

UNIVERSIDAD DE GRANADA

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL**



Universidad de Granada

LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tesis doctoral presentada por el licenciado Antonio Lorente Rivas, bajo la dirección del Doctor D. José Luís Monereo Pérez, catedrático de la Universidad de Granada, para la obtención del grado de Doctor en Derecho.

Granada, enero de 2.009.

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Antonio Lorente Rivas
D.L.: GR. 2021-2009
ISBN: 978-84-692-1883-9

ÍNDICE SISTEMÁTICO

| | |
|---------------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
|---------------------------|---|

PARTE PRIMERA

UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

| | |
|---|----|
| 1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS | 5 |
| 1.1. LA FUNCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO..... | 5 |
| 1.2. METODOLOGÍA DE ESTUDIO..... | 8 |
| 2. EL FACTOR ORGANIZATIVO COMO CONDICIONANTE INELUDIBLE DE LA REGULACIÓN LABORAL Y DEL SISTEMA POSITIVO EX ARTÍCULO 41 LET... | 17 |
| 2.1. DEL TAYLORISMO A LA ORGANIZACIÓN FLEXIBLE..... | 18 |
| 2.2. EL DEBATE DE LA FLEXIBILIDAD EN UN ENTORNO GLOBALIZADO..... | 23 |
| 3. FACTOR ORGANIZATIVO Y CONTRATO DE TRABAJO. EL FACTOR ORGANIZATIVO COMO CONDICIONANTE NECESARIO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y DEL SISTEMA POSITIVO EX ARTÍCULO 41 LET | 39 |
| 3.1. EL CONTRATO COMO ELEMENTO DE INSERCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA..... | 39 |
| 3.1.1. Acerca del concepto de contrato..... | 39 |
| 3.1.2. La ruptura del equilibrio consensual en el contrato de trabajo..... | 44 |
| 3.1.3. La determinación del objeto del contrato como presupuesto inicial delimitador de la modificación de condiciones contractuales..... | 51 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.3.1. <i>Distinción entre objeto y contenido</i> | 67 |
| 3.1.3.2. <i>La determinación del objeto como presupuesto para la modificación sustancial</i> | 68 |
| 3.1.4. <i>Función cambiaria y función organizativa del contrato de trabajo en la empresa</i> | 76 |
| 3.1.4.1. <i>Perspectiva de conjunto</i> | 76 |
| 3.1.4.2. <i>Equivalencia de las prestaciones, suficiencia de la causa y modificaciones contractuales</i> | 84 |
| 3.1.4.3. <i>Insuficiencia de la función cambiaria para explicar el fenómeno de las modificaciones contractuales unilateralmente decididas por el empresario</i> | 85 |
| 3.1.4.4. <i>Factor organizativo y complejidad causal laboral: la teoría de la ampliación de la causa</i> | 86 |
| 3.1.4.5. <i>El problema de la alteración funcional de la causa como base contractual explicativa de la modificación de circunstancias</i> | 89 |
| | |
| 4. LOS PODERES DIRECTIVOS DEL EMPRESARIO COMO EXPLICACIÓN DE LA FACULTAD DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO EX ARTÍCULO 41 LET | 101 |
| 4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL. LOS PUNTOS DE VISTA ECONÓMICO, POLÍTICO Y JURÍDICO. LIMITACIONES DEL PUNTO DE VISTA JURÍDICO. LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN Y EL CONFLICTO DE INTERESES SUBYACENTE | 101 |
| | |
| 5. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LOS PODERES MODIFICATIVOS DEL EMPRESARIO | 125 |
| | |
| 6. LAS NECESIDADES ORGANIZATIVAS COMO EXIGENCIAS DE FACILITACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES | 145 |
| | |
| 7. RECONDUCCIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DEL FENÓMENO MODIFICATIVO ... 157 | |
| 7.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA DECISIÓN MODIFICATIVA..... | 157 |
| 7.2. LAS FACULTADES DE ESPECIFICACIÓN DEL TRABAJO PACTADO: EL PODER DIRECTIVO EN SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO..... | 163 |
| 7.3. LAS FACULTADES DE VARIACIÓN DEL TRABAJO PACTADO: | |

| | |
|---|-----|
| EL <i>IUS VARIANDI</i> EMPRESARIAL..... | 168 |
| 7.3.1. El <i>ius variandi</i> | 170 |
| 7.3.2. La novación..... | 180 |
| 7.3.2.1. <i>La novación en el Derecho del trabajo</i> | 186 |
| 7.4. EL ÁMBITO DE LA DENUNCIA MODIFICATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO LABORAL..... | 193 |
| 7.5. EL ÁMBITO DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPRESARIO..... | 198 |

PARTE SEGUNDA

EL ÁMBITO APLICATIVO DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES

I. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO..... 201

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES.. 201

| | |
|--|-----|
| 1.1. SOBRE EL CONCEPTO DE CONDICIONES DE TRABAJO..... | 201 |
| 1.1.1. El concepto de condición de trabajo en las fuentes y la doctrina laboral..... | 204 |
| 1.1.2. Acerca de las condiciones de trabajo modificables..... | 222 |
| 1.2. EN TORNO AL CONCEPTO DE LA SUSTANCIALIDAD DE LA MODIFICACIÓN..... | 229 |
| 1.2.1. El concepto de sustancialidad. Diferenciación entre lo sustancial y lo accesorio. Evolución doctrinal..... | 233 |
| 1.2.2. Un planteamiento diferente de las modificaciones sustanciales: el ¿nuevo? planteamiento jurisprudencial francés de lo sustancial..... | 247 |
| 1.3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 LET..... | 256 |
| 1.3.1. Acerca de la imperatividad o dispositividad del contenido del artículo 41 LET..... | 256 |
| 1.3.2. El ámbito de juego de la autonomía individual en la regulación del artículo 41 LET..... | 258 |

| | |
|--|-----|
| 1.3.2.1. <i>Las cláusulas contractuales de modificación</i> | 258 |
| 1.3.2.2. <i>La autonomía individual y la posible modificación de las condiciones recogidas en convenios o pactos extraestatutarios</i> | 268 |
| 1.3.3. La incidencia de la negociación colectiva en el régimen jurídico de las modificaciones sustanciales..... | 274 |
| 1.3.3.1. <i>La modificación de condiciones de trabajo a través del convenio colectivo</i> | 276 |
| 1.3.3.2. <i>Las cláusulas de remisión a la autonomía individual</i> | 278 |
| 1.3.3.3. <i>La posibilidad de pactar un procedimiento diferente al previsto en el artículo 41 LET</i> | 283 |
| 1.3.3.4. <i>Las cláusulas prohibitivas de modificabilidad</i> | 290 |
| 1.3.3.5. <i>La remisión a los acuerdos o pactos colectivos</i> | 291 |
| 1.3.4. El procedimiento del artículo 41.2.3 LET: el debate de la modificación del convenio colectivo. El alcance del concepto..... | 295 |
| 1.3.4.1. <i>La naturaleza jurídica del acuerdo modificativo</i> | 302 |
| 1.3.5. El procedimiento del párrafo 4º del 41.4 LET. La modificación de las condiciones colectivas de carácter contractual..... | 307 |
| 1.3.5.1. <i>La naturaleza del acuerdo modificativo</i> | 312 |
| 1.4. LA DISTINCIÓN ENTRE MODIFICACIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS..... | 314 |
| 1.4.1. Planteamiento general..... | 314 |
| 1.4.2. Las modificaciones individuales..... | 323 |
| 1.4.3. Las modificaciones plurales..... | 325 |
| 1.4.4. Las modificaciones colectivas..... | 346 |
| 1.4.4.1. <i>La modificación de condiciones contenidas en convenio colectivo. El alcance de la enumeración del 41.2.3, in fine LET</i> | 346 |
| a) La modificación de la jornada y los horarios..... | 350 |
| b) La modificación de turnos y horarios nocturnos..... | 357 |
| c) La modificación del sistema de remuneración..... | 360 |
| d) La modificación del sistema de trabajo y rendimiento..... | 368 |
| 1.4.4.2. <i>La modificación de condiciones contenidas en acuerdos de empresa y convenios extraestatutarios</i> | 371 |
| 1.4.5. La posible modificación de las condiciones más beneficiosas..... | 372 |
| 1.5. LA CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 41.1.F) CON EL 39.5 LET: LA MOVILIDAD FUNCIONAL MÁS ALLÁ DEL ARTÍCULO 39. SITUACIONES SUBSUMIBLES..... | 382 |

| | |
|--|-----|
| 1.5.1. Modificación por mutuo acuerdo..... | 387 |
| 1.5.2. la modificación sustancial de funciones <i>ex</i> artículo 41 LET..... | 390 |
| 1.5.3. La relación de los artículos 39.5 y 41 LET: ¿Imperatividad o dispositividad?..... | 393 |
| 1.6. LAS REMISIONES DE LOS ARTÍCULOS 36 Y 37 LET Y 26 LPRL A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 39 Y 41 DEL ESTATUTO. SU INCIDENCIA EN LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES..... | 399 |
| 1.7. EXCLUSIONES LEGALES POR RAZONES LÓGICO-JURÍDICAS Y DE POLÍTICA LEGISLATIVA..... | 412 |
| 1.7.1. Traslados y desplazamientos..... | 412 |
| 1.7.2. La minoración del salario establecido en convenio colectivo. Las cláusulas de descuelgue salarial <i>ex</i> artículos 82.3 y 85.3 LET..... | 414 |
| 1.7.3. Conversión de un contrato a tiempo completo en tiempo parcial o viceversa | 417 |

2. LA NECESARIA CAUSALIDAD DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES..423

| | |
|--|-----|
| 2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL:. DE LA NECESARIA CRISIS DE LA EMPRESA AL EFECTO BENEFICIOSO DE LA MEDIDA: LA POTENCIACIÓN DE LOS PODERES EMPRESARIALES.. | 423 |
| 2.1.1. Antecedentes históricos..... | 425 |
| 2.1.2. La justificación causal en la redacción original del Estatuto de los Trabajadores..... | 431 |
| 2.1.3. Influencia de la Reforma Laboral de 1.994..... | 437 |
| 2.2..LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN COMO RAZONES LEGITIMANTES DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES..... | 441 |
| 2.2.1. El elemento teleológico como criterio aplicativo..... | 441 |
| 2.2.2. Análisis taxonómico causal..... | 448 |
| 2.2.3. De una visión causal cuatripartita a la necesidades organizativas de la empresa como única y englobadora causa justificativa de la decisión..... | 457 |
| 2.3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL..... | 463 |
| 2.3.1. La conexión de razonabilidad y el control de oportunidad de la modificación..... | 463 |
| 2.3.2. El control de oportunidad judicial..... | 472 |

PARTE TERCERA

LOS PROCEDIMIENTOS MODIFICATIVOS Y SUS EFECTOS

| | |
|---|------------|
| I. LOS PROCEDIMIENTOS MODIFICATIVOS..... | 483 |
| 1. PLANTEAMIENTO GENERAL..... | 483 |
| 2. PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN INDIVIDUAL..... | 483 |
| 2.1. LA NOTIFICACIÓN DE LA MEDIDA MODIFICATIVA: FORMA, PLAZO Y CONTENIDO.485 | |
| 2.1.1. Forma..... | 485 |
| 2.1.2. Preaviso..... | 490 |
| 2.1.3. Contenido..... | 493 |
| 2.2. LOS DESTINATARIOS DE LA NOTIFICACIÓN..... | 495 |
| 2.3. LA POSIBILIDAD DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN INDIVIDUAL..... | 498 |
| 3. EL PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES COLECTIVAS DE TRABAJO..... | 501 |
| 3.1. INTRODUCCIÓN..... | 501 |
| 3.2. SIGNIFICACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA DEL PERÍODO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN CON LOS REPRESENTANTES..... | 503 |
| 3.3. SUJETOS LEGITIMADOS EN EL PERÍODO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO MODIFICATIVO..... | 506 |
| 3.4. LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA-NEGOCIACIÓN ENTRE EL EMPLEADOR Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES..... | 531 |
| 3.4.1. Duración de la consulta-negociación..... | 531 |
| 3.4.2. Contenido de la consulta-negociación..... | 537 |
| 3.4.3. La necesaria exigencia de causalidad en la modificación..... | 546 |
| 3.4.4. Conclusión del acuerdo..... | 550 |
| 3.4.5. La solución de discrepancias surgidas en la fase de consulta-negociación..... | 552 |

| | |
|--|------------|
| 3.4.6. Documentación de las consultas y negociaciones..... | 556 |
| 3.5. COMUNICACIÓN A LOS AFECTADOS POR LA DECISIÓN MODIFICATIVA..... | 557 |
| 4. LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY CONCURSAL..... | 561 |
| 4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA LÓGICA DE LA LEY CONCURSAL..... | 561 |
| 4.2. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS CONTRATOS..... | 568 |
| 4.3. EL EXPEDIENTE DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL..... | 572 |
| 4.3.1. Ámbito de aplicación del expediente: la modificación de los convenios colectivos..... | 573 |
| 4.3.2. Legitimación..... | 577 |
| 4.3.3. Necesidad de justificación causal..... | 579 |
| 4.3.4. Requisitos formales: la documentación exigida..... | 581 |
| 4.3.5. Fase de consultas y negociación..... | 583 |
| 4.3.6. Necesidad de informe de la autoridad laboral..... | 588 |
| 4.4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL. SU MARGEN DE APRECIACIÓN..... | 589 |
| 4.5. EL RETORNO A LA JURISDICCIÓN SOCIAL: LA COMPETENCIA EXCLUSIVA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DEL CONCURSO..... | 594 |
| 4.6. UN OBSTÁCULO AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR: LA PROHIBICIÓN TEMPORAL DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES RESCISORIAS..... | 599 |
| II. LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN MODIFICATIVA..... | 603 |
| 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: DEL AQUIETAMIENTO A LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA..... | 603 |
| 2. EL AQUIETAMIENTO DEL TRABAJADOR..... | 605 |
| 3. LA NO CONFORMIDAD CON LA DECISIÓN MODIFICATIVA..... | 609 |
| 3.1. LA IMPUGNACIÓN DE LA MODIFICACIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL..... | 609 |
| 3.2. LA IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN MODIFICATIVA EMPRESARIAL A TRAVÉS | |

| | |
|--|-----|
| DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 138 LPL..... | 614 |
| 3.2.1. Ámbito objetivo de aplicación..... | 614 |
| 3.2.2. Características del procedimiento del artículo 138 LPL..... | 634 |
| 3.2.2.1. <i>Sumariedad y urgencia</i> | 634 |
| 3.2.2.2. <i>La irrecurribilidad de la sentencia de instancia</i> | 637 |
| 3.2.2.3. <i>Legitimación</i> | 650 |
| 3.2.2.4. <i>Juicio oral</i> | 653 |
| 3.2.2.5. <i>El problema de la caducidad del plazo de ejercicio de la acción de impugnación</i> | 654 |
| 3.2.2.6. <i>Acerca de la posible acumulación de acciones y autos</i> | 664 |
| 3.2.2.7. <i>La sentencia. Posibles pronunciamientos</i> | 666 |
| a) Sentencia que declara la modificación justificada..... | 668 |
| b) Sentencia que declara la modificación injustificada..... | 669 |
| a') La notificación al trabajador..... | 672 |
| b') El preaviso al trabajador afectado..... | 679 |
| c') Sistema de preferencias..... | 683 |
| c) La nulidad de la modificación..... | 687 |
| a') Efectos de la sentencia..... | 696 |
| 3.2.2.8. La ejecución de sentencias..... | 698 |
| a) Justificadas..... | 698 |
| b) Ejecución de sentencias de injustificación..... | 700 |
| a') El incidente de no readmisión..... | 710 |
| c) La ejecución de sentencias de nulidad..... | 715 |
| 3.3. EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS..... | 718 |
| 3.4. LA INTERVENCIÓN DE LOS REPRESENTANTES EN LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO..... | 721 |
| 3.4.1. El procedimiento de conflicto colectivo del 151 LPL..... | 722 |
| 3.4.1.1. <i>Acerca de cuál sea la naturaleza del proceso</i> | 730 |
| 3.4.1.2. <i>El objeto de la pretensión</i> | 731 |
| 3.4.1.3. <i>Especificaciones procedimentales</i> | 732 |
| 3.4.2. La controvertida y compleja relación entre los pronunciamientos de la impugnación individual y colectiva de las modificaciones sustanciales: la interrelación entre los procedimientos del 138 y del 151 LPL..... | 736 |
| 3.4.2.1. <i>Subordinación de la impugnación individual a la colectiva</i> | 736 |

| | |
|--|------------|
| 3.4.2.2. <i>Ejecución de la sentencia colectiva: ¿Ejecución directa o a través de procesos individuales?</i> | 746 |
| 3.5. EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO A INSTANCIA DEL TRABAJADOR..... | 756 |
| 3.5.1. Naturaleza jurídica de los supuestos extintivos..... | 757 |
| 3.5.2. Acerca de la posibilidad de compatibilizar una indemnización por daños y perjuicios con la indemnización tasada del Estatuto..... | 766 |
| 3.5.3. La rescisión contractual del artículo 41.3 LET..... | 783 |
| 3.5.3.1. <i>Carácter extrajudicial de la rescisión contractual</i> | 798 |
| 3.5.3.2. <i>Plazo y forma de la rescisión contractual</i> | 802 |
| 3.5.4. La resolución contractual ex artículo 50.1.a) LET..... | 811 |
| 3.5.4.1. <i>Naturaleza jurídica</i> | 811 |
| 3.5.4.2. <i>Requisitos para su ejercicio</i> | 813 |
| 3.5.4.3. <i>El debate acerca de un requisito inexistente: la necesidad del incumplimiento empresarial</i> | 834 |
| 3.5.4.4. <i>Carácter judicial de la facultad resolutoria del trabajador</i> .. | 846 |
| 3.5.4.5. <i>Plazo de ejercicio</i> | 855 |
| 3.5.5. Acerca de la posible compatibilidad entre el derecho de rescisión del 41.3 y la acción resolutoria del 50.1.a) LET..... | 865 |
| 3.5.5.1. <i>La posibilidad de ejercicio acumulado</i> | 869 |
| 3.5.5.2. <i>El ejercicio simultáneo de ambas acciones</i> | 872 |
| 3.5.5.3. <i>Ejercicio sucesivo</i> | 872 |
| 3.5.6. Acerca de la posible compatibilidad de la acción de impugnación con el derecho de rescisión y la acción resolutoria..... | 873 |
| 3.5.6.1. <i>Acerca de la compatibilidad de la impugnación con la rescisión contractual</i> | 875 |
| 3.5.6.2. <i>Compatibilidad de la impugnación con la acción resolutoria</i> | 883 |
| 3.5.7. Acumulación de las demandas de despido y de resolución contractual por voluntad del trabajador..... | 884 |
| | |
| III. EL PAPEL DE LA DENUNCIA MODIFICATIVA EN EL SISTEMA DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES..... | 897 |

| | |
|---------------------------|-----|
| CONCLUSIONES | 903 |
| BIBLIOGRAFÍA | 937 |

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende llevar a cabo un estudio del fenómeno jurídico de la modificación de las condiciones sustanciales del contrato de trabajo en general y en concreto de lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por el R.D. 1/1.995, de 24 de marzo, en adelante LET), puesto que con escasas variantes este es el régimen modificadorio previsto en los artículos 39.5, 40 y 41 LET.

Las “modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales” es una de las instituciones más importantes para la concreción y especificación de la prestación del trabajador en la empresa, aunque tiene poca trascendencia cara al exterior de la misma, por desarrollarse en su interior y normalmente no exteriorizarse la posible conflictividad generada.

Este es un tema que fue ampliamente tratado por la doctrina en los años inmediatamente siguientes a 1.994, cuando se redactó la regulación actual de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. Sin embargo, se han producido cambios harto significativos en el marco normativo de referencia y en la doctrina jurisprudencial. Por eso, pensamos que hoy es necesario volver sobre este instituto modificativo para indagar en su trayectoria aplicativa y reflexionar acerca del fundamento de este poder que de forma unilateral detenta el empresario ante una realidad profundamente cambiada. Además, debía analizarse la incidencia de la nueva Ley Concursal (Ley 22/2.003, de 9 de julio, en adelante LC) en las modificaciones sustanciales.

La línea discursiva parte de planteamientos generales para terminar en la concreción de los procedimientos modificadorios y su problemática. En pos de este objetivo se ha partido de un análisis de los condicionamientos jurídicos, económicos y sociales que conforman el entorno en que el instituto jurídico modificativo se desenvuelve para, de este modo, ubicar exactamente a qué finalidad sirve y cuál es su contexto jurídico, a

través de un análisis global de las circunstancias que han posibilitado la existencia de esa concreta regulación y no de otra cualquiera.

En esta lógica, el trabajo no se ha limitado únicamente a un análisis jurídico-formal del régimen jurídico de la institución modificativa, si bien ese es el único Derecho en sentido técnico que existe, en cuanto que regula una determinada situación social de relevancia jurídica que hay que conocer como técnica jurídica aplicativa, pero es indudable que si se entiende la filosofía subyacente a la norma se es más consciente de su papel en la conformación de la realidad social.

Desde esta perspectiva, antes de entrar de lleno en el régimen jurídico de la facultad unilateral de modificación contractual que, *ex artículo 41 LET*, posee el empresario, se hace imprescindible exponer, aunque sea someramente, la metodología a emplear en el trabajo, ubicándola en relación con el concepto y fines del Derecho del trabajo, así como el entorno organizativo y las tendencias económico-empresariales que lo afectan en un mundo globalizado, combinando lo económico y lo jurídico con los métodos de las ciencias sociales, partiendo del principio de que un sistema jurídico debe procurar, atendiendo al orden de valores constitucionalmente institucionalizados, la eficiencia económica de sus instituciones, para así dar una respuesta válida a los problemas reales de la sociedad actual, lo que exige vincular la Economía y el Derecho, funcionalizando la teoría jurídica a las exigencias del sistema económico, como se muestra en las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales, sin olvidar los principios de la eficiencia social.

También se ha estudiado el entorno jurídico-contractual de la relación de trabajo, como instrumento jurídico que permite la inserción del trabajador en la empresa, desde la doble perspectiva del objeto y la causa del contrato, en cuanto se pueden ver afectadas por las modificaciones contractuales, para finalizar esta primera parte con un análisis del origen de los poderes directivos en cuanto que incluyen la facultad modificatoria del artículo 41 LET, trazando una panorámica de las diferentes posibilidades de fundamentación de los mismos: teorías contractualistas, institucionalistas y comunitaristas de la empresa, pasando por la fundamentación en el derecho de

propiedad y de libertad de empresa, para concluir en que las necesidades modificativas son una exigencia de la organización productiva empresarial y, en particular, de la gestión de personas en el marco de dicha organización.

Una vez concluida esta primera parte estaremos ubicados perfectamente en una perspectiva explicativa, tanto de la necesidad modificativa, como de a qué o a quién sirve ésta.

La segunda parte, que analiza el régimen jurídico del artículo 41 del Estatuto de los trabajadores, consta de varios apartados. Se comienza delimitando el concepto de condiciones de trabajo y de sustancialidad de la modificación, como presupuestos del instituto de las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales para, a continuación, delimitar el ámbito de actuación del artículo 41 LET, mediante un recorrido por los diversos tipos de modificaciones contractuales incluidas dentro del concepto y del régimen jurídico de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, es decir, modificaciones individuales y colectivas y cuáles son las condiciones sometidas a este régimen jurídico, así como las exclusiones del mismo por razones de política legislativa. Posteriormente se estudia la exigencia legal de razones justificativas de las decisiones modificativas y la necesaria conexión de razonabilidad entre éstas y la mejoría de la situación de la empresa, también requisito legal.

La tercera parte se ha dedicado, en primer lugar, al estudio de los procedimientos modificativos individual y colectivo, así como la incidencia de la ley concursal en estos procedimientos modificatorios. Posteriormente se han analizado los efectos de la decisión modificativa, desde el aquietamiento del trabajador, pasando por la impugnación de la modificación, tanto individual a través del 138 LPL, como por los representantes de los trabajadores por la vía del 151 LPL, así como la posibilidad de acudir al proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, hasta la extinción indemnizada del contrato a instancia del trabajador, ya sea a rescindiendo el contrato *ex* 41.3 LET, o resolviéndolo *ex* 50.1.a) LET, para terminar analizando el papel desempeñado por la denuncia modificativa en el sistema de modificaciones sustanciales.

El punto de partida de nuestro planteamiento, confirmado a lo largo del proceso de investigación realizado, era que el fenómeno modificativo hundía sus raíces más allá de los planteamientos contractuales y normativos al uso, que no son más que el instrumento, siendo su fundamento las necesidades de la organización productiva empresarial que, a su vez, se apoya en el derecho de propiedad o disposición y su consecuencia, la libertad de organización de esa propiedad o titularidad de disposición con el fin de obtener el máximo rendimiento.

PARTE PRIMERA: UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

1.1. LA FUNCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Desde un punto de vista estrictamente funcional, el Derecho del Trabajo tiene por objeto la regulación institucional de las relaciones sociales de producción capitalista, es decir, la regulación de todos los problemas relacionados con la adquisición y el uso de la fuerza de trabajo en el mundo del trabajo asalariado¹. Además, implícita en esa función reguladora se encuentra una función, que podemos llamar organizativa, del sistema de relaciones laborales, por la que el ordenamiento laboral asume una tarea racionalizadora de la fuerza de trabajo en las relaciones de tipo económico cuyo objeto es el trabajo². Esta función organizativa conlleva una doble exigencia de racionalización jurídica en la regulación de esas relaciones sociales, como es facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la mejora de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores³, sin olvidar que esa mejora está también funcionarizada a la integración de la clase trabajadora en el orden establecido.

¹ Sobre esta cuestión véanse las reflexiones de VIDA SORIA, J.: “La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho laboral, núm. 192, t. XLI, octubre-diciembre/1.998, *passim*. Igualmente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, pgs. 16 y 17, y DAUBLER, W.: *Derecho Del Trabajo*, trad. M^a Paz Acero Serna y P. Acero López, revisión. A. Ojeda Avilés, MTSS, Madrid, 1.984, pg. 90.

² Véase JEAMMAUD, A.-LYON CAEN, A.: “Derecho del Trabajo, democracia y crisis: Francia”, en AA.VV.: *Derecho del Trabajo, democracia y crisis en Europa occidental y en América*, trad. G. Tudela Cambroner, MTSS, Madrid, 1.989, pgs. 57 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1.988, pgs. 38 y ss., y 157 y ss.; JEAMMAUD, A.: *Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo*, en Anales de la Cátedra F. Suárez, núm. 22 (1.982), pgs. 102 y ss.; BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1.991, y SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. J.L. Gil y Gil, MTSS, Madrid, 1.996.

³ La necesidad de racionalización fue puesta de relieve, entre otros, por FRAENKEL, E.: *Il significato politico del diritto del lavoro*, 1.932, citado en ARRIGO, A-VARDARO, G.: *Laboratorio WeimAr Conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*, Lavoro, Roma, 1.982, pgs. 110 y ss..

De este modo, el ordenamiento laboral, inserto en la lógica del capitalismo, porque “la regulación de la economía capitalista no flota, aisladamente, en el mundo etéreo de las formas económicas”⁴, contribuye a la formalización del sistema social a la vez que encauza los conflictos laborales, mostrándose en su condición técnica como instrumento de organización⁵ y control social⁶, como un medio institucionalizador del conflicto industrial al que integra en el sistema social establecido⁷.

Como vemos, la finalidad esencial del Derecho del trabajo no es sólo la protección del trabajador, sino otra más amplia, la defensa del régimen social establecido y la posibilidad de su evolución pacífica, asumiendo así la función estructural de insertar a la clase trabajadora en la cuadro político-institucional del sistema vigente⁸.

Esta doble función del Derecho del trabajo, protectora del trabajador y conservadora del orden social existente⁹, presupone una tercera, más importante, sustentadora de ambas,

⁴ Cfr. HEILBRONER, R.L.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*, traducción de M. Gurgú i Martínez, Península, Barcelona, 1.990, pg. 9 y ss., y 67 y ss., dice, desde la lógica del capitalismo y la teoría de la regulación, que el sistema jurídico se inserta entre el conjunto de los mecanismos concurrentes en la reproducción de las estructuras sociales y de las formas sociales, lo que requiere, como sucede en el objeto de nuestro estudio, un proceso dinámico de adaptación de las técnicas e institutos laborales asociados a la cambiante configuración de las relaciones sociales.

⁵ KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, con estudio preliminar de José Luis MONEREO PÉREZ: “Los fundamentos del estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen”, Comares, Granada, 2.002.

⁶ Véase HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, traducción de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. 1.963, pg. 26 y ss.. Desde este punto de vista consiste en un sistema de reglas que tienen un carácter institucional concernientes al ejercicio de la fuerza ; ROS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de G.R. Carrió, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1.977, pg. 58.

⁷ Véanse DAHRENDORF, R.: *Las clases sociales y su conflicto en la Sociedad Industrial*, Rialp, Madrid, 1.979, pgs. 100 a 108; FERRARI, V.: *Funciones del Derecho*, trad. M.J. Añón Roig y J. De Lucas Martín, Debate, Madrid, 1.989, pgs. 165 y ss.. Sobre el papel del Estado en el sistema del capitalismo tardío, puede verse HEILBRONER, R.L.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*, cit., pg. 67 y ss.

⁸ Esta finalidad, propia de todo Derecho, aparece en las normas laborales con mayor intensidad que en los demás sectores del ordenamiento jurídico Vid. BAYÓN CHACÓN, G.- PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 12ª ed., revisada y puesta al día por F. Valdés Dal-Ré, Marcial Pons, Madrid, 1.978-1.979, pg. 25 y ss.

⁹ Véase DAÜBLER, W.: *Derecho Del Trabajo*, cit, pgs. 90 y ss. Esta dualidad funcional permite hablar del carácter ambivalente del Derecho del trabajo a JAVILLIER, J.C.: *Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1.982, pg. 119.

que es la función organizativa del sistema de relaciones laborales, que proyecta esa doble funcionalización, a la que sirve, en el propio ordenamiento positivo y en los principios que lo informan¹⁰. Así, el ejercicio de esas funciones está determinado en gran medida por la consideración de los principios socio-económicos fundamentales subyacentes y determinantes del ordenamiento laboral¹¹. Por eso, en un plano de pura racionalidad política y económica, el principio de protección del trabajador encuentra su límite intrínseco en el contexto del sistema vigente, en la protección del sistema económico, en cuanto que la mejora de condiciones de trabajo no podrá nunca anular, ni tampoco disminuir en demasía, la capacidad de funcionamiento y de supervivencia del propio modo de producción capitalista¹².

El modo de producción capitalista se lleva a cabo mediante el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado, por lo que ese límite infranqueable de la función tuitiva está realmente constituido por el principio de conservación y rendimiento de la empresa y la tutela del interés del empleador como condicionamientos económicos frente al factor protector del Derecho laboral, derivados de la aceptación constitucional del principio de libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado, como dice el artículo 38 CE¹³, porque no puede

¹⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al...*, cit., pgs. 26 y 29. En contra de la tradicional visión del Derecho del trabajo como derecho de la clase obrera, cfr. VIDA SORIA, J.: *La esencia y la existencia...*, cit., pg. 918. Sobre el tema de la consideración del Derecho del Trabajo como un derecho de clase, vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La formación del Derecho del Trabajo*, Universidad, Palma de Mallorca, 1.984, pgs. 153 y ss., mantiene una visión que ya fue defendida también por A. GALLART FOLCH en *Derecho Español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1.936, pg. 9, cuando definió el Derecho del Trabajo como “el conjunto de normas jurídicas dirigidas a regular las relaciones de trabajo entre patronos y obreros y, además, otros aspectos de la vida de estos últimos; pero, precisamente, en razón de su condición de trabajadores”; es decir, en cuanto pertenecientes a una clase social específica, que debe ser “integrada” en el orden social establecido.

¹¹ En esta lógica SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2.008, pgs. 30 a 32.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción...*, cit., pg. 30.

¹³ Como dice MONEREO “éste se corresponde con el orden económico capitalista en lo laboral y su expresión jurídica vendría dada por todas aquellas instituciones individuales y colectivas que funcionalizan la prestación laboral a las necesidades de conservación de la empresa y a la realización del interés económico del empleador: así, la tutela del rendimiento y de la productividad y la consagración del empleador como detentador de la autoridad en la empresa e intérprete de “sus intereses”: de las necesidades de la organización productiva (Cfr. Arts. 5, 20, 40, 41, 51 LET, etc.)”. Cfr. MONEREO

realizar más que lo que es posible económicamente¹⁴ y siempre que no se afecte la pervivencia del sistema económico asentado en la lógica del beneficio privado y en la primacía del rendimiento basado en esa lógica. En este punto del razonamiento es donde cobra su importancia la regulación que el artículo 41 LET hace de las modificaciones sustanciales que, si bien tienen unas limitaciones protectoras de los derechos del trabajador, principalmente exigiendo la existencia de unas causas y un determinado procedimiento para la adopción de la medida, sirven principalmente, como no podía ser de otro modo, a los intereses de la conservación y mejora de la situación de la empresa, pero también al principio de conservación del contrato de trabajo, aunque todo dentro de la subordinación del juego de este instituto jurídico a los intereses de la organización productiva, que es tanto como decir del sistema económico en el que se desenvuelve la relación de trabajo.

Todas estas tensiones entre el principio de rendimiento y productividad y el de protección del trabajador se muestran claramente en la regulación que el Estatuto hace de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en su artículo 41.

1.2. METODOLOGÍA DE ESTUDIO

El estudio de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo operadas mediante el artículo 41 LET, así como de todas las modificaciones sustanciales estén o no incluidas en este precepto, como sucede con la movilidad geográfica del artículo 40 LET, se debe llevar a cabo de acuerdo con un método determinado, entendiendo como tal el procedimiento para tratar un conjunto de problemas que nos permita, partiendo de unos determinados presupuestos, llegar a un fin, el conocimiento del problema objeto de estudio. Como básicamente una ciencia se integra por una teoría y un método y el método se subordina en el marco de la ciencia a la exploración y demostración de una

PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1.988, 38 y ss., y 157 y ss.

¹⁴ Cfr. CAMERLYNCK, G. H. y LYON-CAEN, G.: *Derecho del Trabajo* (trad. J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ), Aguilar, Madrid, 1.974, pg. 25.

determinada teoría, es evidente la instrumentalidad del método con respecto a la ciencia misma¹⁵, si bien también es algo más que un mero instrumento, en cuanto fruto de la autorreflexión de la propia ciencia “sobre los modos de pensamiento y medios de conocimiento de que se sirve¹⁶. Ahora bien, si el método se subordina instrumentalmente a la ciencia, ésta se subordina, a su vez, a su objeto, y éste es el que determinará, en última instancia, la adecuación del método empleado para su conocimiento. Por esto, De Castro ha podido decir que “el objeto a conocer determina irremisiblemente el método de su conocimiento”¹⁷.

De este modo, para el conocimiento del alcance del derecho vigente y, concretamente, para el conocimiento del instituto jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, debemos partir del entendimiento de la doble dimensión dogmática y técnica del Derecho, contempladas no de un modo cronológico o sistemáticamente sucesivo, sino como una unidad dialéctica, por lo que sólo son distinguibles conceptualmente¹⁸.

Por eso, cada problema jurídico y cada institución jurídica tiene su dimensión dogmática y técnica, en cuanto objeto de la ciencia del Derecho¹⁹, de tal modo que, para

¹⁵ Cfr. SALA FRANCO, T.: “El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, I Coloquio sobre relaciones laborales. Anuario del Instituto de relaciones laborales, Zaragoza, 1.977, pgs. 41 y 42.

¹⁶ Vid. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1.994, pg. 237. Idéntica posición en CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho, Metodología de la ciencia del Derecho*, Comares, Granada, 2.003, pgs. 422-423. La metodología, como señala HERNÁNDEZ GIL en *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Madrid, 1.971, pg. 20, pone de manifiesto “el deseo de la Ciencia de perfeccionarse, a través del conocimiento de sí misma, para el mejor cumplimiento de sus fines”.

¹⁷ DE CASTRO BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.995, pg. 490. Véase MONEREO PÉREZ, J.: *Introducción ...*, cit., pg. 352, donde señala, en este sentido, que “es claro que la “cosa Derecho” como objeto de la ciencia jurídica determinará “per se” los modos de pensamiento y medios de conocimiento más apropiados de que se ha de servir”.

¹⁸ Señala MONEREO, *ibidem*, que “es sabido al respecto que la dogmática remite a lo “dado”, en tanto que la técnica a lo “construido”; la materia por contraposición a la forma. Sin embargo, la separación entre una y otra es más conceptual que real. La construcción clásica al respecto está en GÉNY: *Métodos de interpretación en Derecho Privado Positivo*, con estudio preliminar de J.M. MONEREO PÉREZ: “El pensamiento Científico Jurídico de Gény: El problema del Método”, Comares, Granada, 2000.

¹⁹ Cfr. LEGAZ y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, pgs. 81-82. Aquí

su adecuado conocimiento, se hace necesaria la utilización de diversos métodos, ya que “si la lógica formal es normalmente válida para el conocimiento de las formas jurídicas puras, la lógica de lo razonable en problemas humanos se ajusta mejor en procesos jurídico-técnicos”²⁰, como sucede, por ejemplo, cuando el juez ha de comprobar si existe una conexión de razonabilidad entre la modificación contractual propuesta y la mejora de la situación de la empresa en el mercado teniendo en cuenta tanto los factores económicos y organizativos como los sociales²¹. Esto supone contemplar el problema desde una multiplicidad de perspectivas: jurídica, social y económica.

Desde este planteamiento resulta evidente que la modificación unilateral de las condiciones contractuales a iniciativa empresarial no puede ser aprehendida en su integridad y complejidad desde una perspectiva meramente formalista, aunque es cierto que nos permitirá conocer perfectamente los mecanismos técnico-jurídicos del ámbito aplicativo del artículo 41 del Estatuto de los trabajadores. Esta perspectiva, aunque contente a algunos que se den por satisfechos con el conocimiento exhaustivo del régimen jurídico aplicable al fenómeno modificativo, entendemos que es absolutamente insatisfactoria, puesto que éste régimen jurídico concreto es resultado de una serie de fenómenos sociales y económicos confluyentes que hacen que el derecho positivo sea uno concreto y no otro.

Por eso, creemos imprescindible el conocimiento, siquiera enunciativo, porque, siguiendo a Hegel, la verdad es el todo, de esos otros fenómenos determinantes y explicativos de la norma, como son, sobre todo, los factores económicos y políticos y su correlativo reflejo en la distribución del poder, porque sin su influencia conformadora no tendríamos esta sociedad ni este derecho, que no se pueden entender íntegramente sin ver a qué organización socio-económica sirven. Porque el instituto jurídico de la

encuentra su sentido la distinción de BOBBIO en el objeto de la jurisprudencia entre el estudio de la regla en cuanto tal, que corresponde a la teoría *formal* del Derecho (lo construido), y el estudio de lo regulado (lo dado) que corresponde a la jurisprudencia en sentido estricto.

²⁰ Véase MONEREO PÉREZ, *Ib.* pg. 354. Igualmente MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva del Derecho”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37/2.007, pg. 11 y ss.

²¹ Sobre el “juicio de razonabilidad” se tratará más adelante en la Parte Segunda, epígrafe 2.3.1.

modificación sustancial de condiciones de trabajo a instancia unilateral del empresario, sólo se entiende en su complitud si incorporamos a su estudio, además del método jurídico, el análisis de las exigencias económicas y organizativas derivadas del uso de la lógica y la racionalidad económica en la gestión empresarial y del fenómeno del poder²² y de las relaciones de subordinación entre particulares que aparecen en cualquier contexto organizativo y productivo y que aquí, en el ámbito de los poderes modificativos empresariales, se muestran claramente.

Pero, como no podemos eludir el sustrato económico, que sirve de caldo de cultivo al Derecho del trabajo, y muy particularmente la vertiente economicista, presente en la necesidad que cualquier organización empresarial tiene de que la norma le permita funcionar de acuerdo a sus criterios de eficiencia, constitucionalmente consagrados mediante la libertad de empresa, entre los que se incluyen la facilitación de cuantas medidas racionalizadoras de sus recursos humanos necesite, es necesario contemplar nuestro estudio desde la perspectiva de la Economía, porque la teoría económica puede añadir al punto de vista jurídico una visión externa del Derecho que nos permita evaluarlo²³.

Es evidente que la crisis económica ha manifestado la realidad de una fusión del Derecho y la Economía en las sociedades capitalistas, mediante una acusada intervención del Estado en la regulación de los procesos económicos, que han afectado y afectan continuamente al Derecho del trabajo y que han sido estudiados,

²² Cfr., KAHN-FREUND quién, en el punto de partida de su obra sobre la relación entre Derecho y poder, afirma que el Derecho del trabajo es una técnica de regulación de poder social (pg. 45), hasta el punto de que el objetivo principal del Derecho del Trabajo es regular, reforzar y limitar el poder de los empresarios y el poder de las organizaciones de trabajadores (pg. 49), y en consideración a las desigualdades de poder existente en el mundo del trabajo el propósito del Derecho del Trabajo ha sido siempre “y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo” (pg. 52). Véase *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, MTSS, Madrid, 1.987.

²³ Véase LANZILLO, R.: “Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale”, *Contrato e Impresa*, 1.985, pgs. 319 a 321, donde recuerda que éste es un problema fundamental que ya determinó la crisis de los principios jurídicos liberales. Igualmente FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Lógica de mercado y trabajo”, RL, núm. 3/2.003, pg. 25, señala que esta aproximación económica sufre la limitación de que “normalmente no sólo acepta la existente distribución de bienestar y renta, sino también la inevitabilidad o “naturalidad” de las desigualdades”.

esencialmente, por los analistas de las relaciones laborales mas que por la doctrina iuslaboralista²⁴.

En este contexto, el auge de la metodología del Análisis Económico del Derecho²⁵ tiene relación con los actuales planteamientos económicos que maximizan los principios de rendimiento y eficacia económica y cuasisacralizan el mercado²⁶, porque la realidad económica resultante de la globalización comercial obliga a ello, y que fuerzan la aplicación de estos principios a la organización jurídica de la fuerza de trabajo y del sistema entero de relaciones laborales, aunque no a toda la doctrina le parece admisible este planteamiento²⁷.

²⁴ Pueden verse los artículos dedicados al efecto en la revista *Relaciones Laborales*. Desde la perspectiva de la Economía del trabajo, la conexión entre el Derecho del trabajo y la Economía de mercado es objeto de especial atención por DE LA VILLA, L.E. y M.C. PALOMEQUE LÓPEZ: *Introducción a la economía del Trabajo*, 2 vols., Debate, Madrid, 1.978-1.980; desde otra perspectiva CAMPBELL, R. McCONNELL y STANLEY L. BRUE: *Economía laboral*, McGrawHill, Madrid, 1.996.

²⁵ La escuela del Análisis Económico del Derecho es una de las corrientes metodológicas mas interesantes para el conocimiento científico del Derecho, especialmente del derecho de la economía como derecho de la ordenación económica, puesto que pretende estudiar los efectos económicos de las decisiones jurídicas. Tiene la virtud innegable, de realzar la importancia del marco institucional de la economía y, consiguientemente, el papel del sistema legal en la determinación de las actividades de los mercados y las empresas, porque los mercados, en general, necesitan el establecimiento de normas legales que determinen los derechos y deberes de aquellos que llevan a cabo transacciones. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al...*, cit., pgs.389-391, y REBUFFA, G.: “El análisis económico del Derecho”, en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 25/1.985, pg. 161 y ss. y la bibliografía que citan. Véase igualmente POSNER, R.A.: *El análisis económico del Derecho*, trad. Eduardo L. Suárez, FCE, Mexico, 1.998.

²⁶ Sus postulados parecen “partir de la autonomía del mercado como modelo de decisión racional e instancia fundamental de socialización, por lo que tiende inevitablemente a reducir la política y el Derecho a relaciones económicas y a funcionalizar ambas al postulado apriorístico de la eficiencia del mercado” (cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *ib.*, pg. 392

²⁷ A este respecto, se ha señalado que por razones “tanto funcionales como institucionales” derivadas de la “naturaleza singular” del mercado de trabajo éste no funciona como “un simple mercado económico”. Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales”, en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Univ. de Granada, Granada, 1.966, pgs. 55 y 57; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales y de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1.996, pgs. 45 y ss.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Lógica de mercado y trabajo”, cit. pgs. 4 y 5 y la bibliografía que cita.

Esta idea, que en principio es positiva, puesto que introduce una visión realista del Derecho alejada del fetichismo jurídico formalista²⁸, conlleva el peligro de hacernos caer en otro determinismo, esta vez económico, y por tanto externo al Derecho, si bien mucho más explicativo de la realidad que el jurídico, pero que corre el riesgo de estar desconectado de otros elementos de la formación social²⁹. Desde la lógica de la utilización óptima de los recursos para maximizar la riqueza social, el análisis jurídico pretende individualizar las normas mal formuladas, en tanto que ineficientes desde el punto de vista económico, buscando su reformulación bajo criterios de eficiencia económica³⁰, pasando de este modo la eficiencia a ser el principio axial básico de la vida social y política, incluido, por supuesto, el Derecho del trabajo³¹.

Desde esta perspectiva, al analizar una institución jurídica se debe recurrir a un análisis interdisciplinar del Derecho, combinando lo económico y lo jurídico con los métodos de las ciencias sociales y partiendo del principio de que el sistema jurídico debería tener como fin la eficiencia económica de sus instituciones, en la pretensión de dar una respuesta válida a los problemas reales de la moderna y compleja sociedad actual, vinculando directamente la Economía y el Derecho, y funcionalizando la teoría jurídica

²⁸ A este propósito VIDA SORIA, J.: “La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo”, cit. , pg. 919, comenta la “notable inexpresividad en los esquemas jurídicos construidos en, y para, el Derecho del Trabajo”, lo que le lleva a creer “que existe una progresiva esclerosia de nuestras construcciones como consecuencia de su intransitividad. Y creo, en suma, que la causa de todo radica en algo que globalmente podríamos denominar como excesos “esencialistas” en la construcción del Derecho del Trabajo”.

²⁹ Hay que señalar, frente a la recurrente afirmación del carácter economicista del materialismo histórico, al que por otra parte poco se puede objetar, que la obra de Marx, igualmente, expone un análisis de la estructura social total que muestra palmariamente la interinfluencia recíproca de los diversos niveles de la formación social. Véase MARX: *El Capital*, cap. XXIV, libro I, FCE, México, 1.974.

³⁰ Sobre la eficiencia en sentido jurídico, entendida en el sentido mediato de una productiva y distributiva eficiencia con relevancia normativa, HARDIN, R.: “Magic on the frontier: the norm of efficiency”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, núm. 5, 1.996, pgs. 1.987 y ss.; sobre el binomio igualdad-eficiencia, cfr. OKUN, A.M.: “Equality and Efficiency: The big tradeof”, *Brookings Institution Press*, Washinton, 1.975, pgs. 48-49, dice que en la relación igualdad-eficiencia se requiere la desigualdad para asegurar la eficiencia; CARENS, J.H.: “Equality, Moral Incentives and the Market”, *University of Chicago Press*, Chicago-London, 1.981.

³¹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estado y democracia en Otto Kirchheimer”, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia Política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Comares, Granada, 2.002, pgs. CLXX-CLXXI.

a las exigencias del sistema económico, como se muestra claramente en el estudio de las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales.

Esta idea se puede objetar señalando como parece olvidarse que dentro de los parámetros de la eficiencia está la que podríamos llamar eficiencia social, que implicaría, entre otros factores, la equidad social, la redistribución del bienestar, la democratización del sistema social, etc.; en suma, un conjunto de factores que contribuyen al logro de esa eficiencia social en el uso adecuado de sus recursos y que no tiene porqué implicar en absoluto la ineficiencia económica³².

Este planteamiento es el que parece asumir el artículo 41 LET con una redacción que busca el compromiso entre la eficiencia económica y la eficiencia social. De este modo, el Derecho pasa a ser un instrumento técnico para la organización social, que por otra parte es lo que siempre ha sido. Así, más que conexión entre lo jurídico y lo económico, lo que se produce es una subordinación científica del Derecho a la Economía³³. Por otra parte, esta subordinación del Derecho, incluso de la Política, a la Economía no debe extrañar al jurista, puesto que esa ha sido siempre la realidad material de la sociedad, como se ha puesto de relieve por Marx. Esto conlleva el entendimiento de la Economía como teoría general de la sociedad, como la mas avanzada de las ciencias sociales, y como instrumento fundamental para el estudio de los fenómenos legales. El fondo de

³² Cfr. GRANDI, M.: “Problemi e tendenze del diritto del lavoro nelle società industriali”, en AA.VV., BIAGGI, M., SUWA, Y. (a cura di), *Il diritto dei disoccupati. Studi in onore di K. Yamaguchi*, Giuffrè, Milano, 1.996, pgs. 105-106: “El evocado peligro de una “remercantilización” de las actividades laborales puede ser contrastado oponiendo a las razones de la racionalidad económica o científico-tecnológica las razones de la racionalidad normativa, que tienen autonomía propia y no son, ni deben ser, el mero reflejo de las razones del mercado. Las razones de la racionalidad normativa (que son razones del “deber ser”) tienen la esencial función de reconducir los determinismos económicos y de mercado al respeto de la realidad axiológica, que forman la esfera de valores constitutivos de la persona. El mercado de trabajo no es el mercado de la fuerza de trabajo, sino el lugar de encuentro entre la demanda y oferta de valores profesionales y humanos, cuyo destino funcional es compatible con la lógica de la eficiencia económica, si ésta no pretende reconducir a sus propios fines la libertad de las personas”.

³³ En la praxis del movimiento lo que se produce, en verdad, es un reduccionismo en la descripción económica de la realidad jurídica, toda vez que la realidad jurídica es traducida a simples términos económicos, que suponen un determinismo economicista del Derecho, vaciando de significado las categorías construidas por los juristas y procediendo a reformularlas, o incluso sustituirlas, por las categorías del discurso económico “cientifista”, lo que supone la sustitución de un saber por otro. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al...*, cit., pg. 391. Ampliamente MERCADO PACHECO, P.: *Análisis Económico del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.994.

este planteamiento parece tener bastante lógica, en cuanto que la Economía nos permite analizar bastantes más fenómenos sociales que el Derecho, aparte de la constatación de que la praxis jurídica vehiculiza planteamientos económicos y no al revés.

En cualquier caso, es evidente que el método de estudio a seguir debe partir del análisis de la realidad, para así conocer los indudables condicionamientos político-económicos que influyen en el Derecho del trabajo y en la regulación que éste hace de las relaciones de trabajo, que, en gran parte, son relaciones económicas y de poder, o mejor dicho, relaciones de poder económico³⁴. En este sentido, en el fenómeno jurídico de las modificaciones sustanciales del contrato a instancia unilateral del empresario confluyen todas estas influencias y la búsqueda de una eficacia económica, aún sin llegar a su maximización, de los recursos humanos de la empresa, empuja a la concesión de esta facultad al empresario para que pueda adaptar el uso de estos recursos a las necesidades organizativas de la empresa. Todo ello en aras de la productividad general y la mejora de la situación económica del país. Por esto, nuestra metodología no debe desconocer en absoluto las cuestiones sociales y económicas que conforman el Derecho del trabajo y, en concreto, el poder que se confiere al empleador para modificar las condiciones contractuales concertadas con sus trabajadores.

Lógicamente, no se puede desconocer la realidad formal y material de la norma, que habrá de ser estudiada con los parámetros del método jurídico para, así, conocer la realidad aplicativa de la misma, y llegar, finalmente, al conocimiento tanto de lo que la norma quiere decir, como de qué realidad regula y cómo lo hace, así como del trasfondo explicativo del por qué esta regulación es así y no de otra manera.

³⁴ En el análisis económico del Derecho no se plantea el problema del poder, ni siquiera el poder de oposición, ni para la participación, ni para neutralizar el poder, ni para aumentar la participación ni la democratización del sistema social. El Derecho queda reducido al papel de técnica instrumental para la organización social al servicio de la economía. Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al...*, cit., pg. 393.

2. EL FACTOR ORGANIZATIVO COMO CONDICIONANTE INELUDIBLE DE LA REGULACIÓN LABORAL Y DEL SISTEMA POSITIVO EX ARTÍCULO 41 LET

Ahora vamos a estudiar, siquiera sea brevemente, los condicionamientos socio-económicos que afectan al tema en estudio, que se manifiestan en la importancia del factor organizativo de las empresas y la necesidad de flexibilidad que actualmente exige este factor de organización en el mundo empresarial de hoy.

Mediante la concertación del contrato de trabajo el trabajador se inserta en el proceso productivo y en el ámbito organizativo del empleador, puesto que el trabajo por cuenta ajena ha de prestarse subordinadamente³⁵, lo que supone la obligación de realizar su actividad laboral en condiciones de dependencia y ajeneidad. De este modo, trabajará en atención a los objetivos de la organización productiva constituida por el empleador, en la que tiene lugar la efectiva prestación de trabajo, en vista de un rendimiento, bajo una determinación objetiva y dentro de una división técnica del trabajo³⁶. De ahí que se pueda afirmar que “la dependencia del trabajador derivada del contrato de trabajo constituya un instrumento de racionalidad técnica y un mecanismo específico de control social, es decir, de sometimiento de la persona y de la conducta del trabajador al principio de autoridad de la dirección de la empresa³⁷”.

Por eso, es obligatorio preguntarse acerca de las características de la organización en que se inserta el trabajador y la lógica del modo de producción, que se encuentra hoy en proceso de cambio, toda vez que el modo de producción clásico, el fordismo, hoy considerado demasiado rígido, se encuentra en crisis y, en la búsqueda de otro tipo de

³⁵ El artículo 1.1 del Estatuto de los trabajadores, como es sabido, se refiere a “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”.

³⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario y su estructura después de la reforma de 1.997. (La gran transformación: la política salarial en le nuevo paradigma de organización industrial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998, pgs. 17 y 18 y ss..

³⁷ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Universidad de Alicante, Alicante, 1.984, pg. 47, para quién los poderes de organización del empresario encuentran su fundamento último, desde el punto de vista socio-económico, “en la relación de poder que necesariamente se origina en el proceso de producción con motivo de la organización del trabajo”.

organización, se está pasando a otro modelo mucho más flexible y diversificado, con todas las implicaciones que el cambio de paradigma industrial³⁸ supone en los órdenes político, social, económico y, por supuesto, laboral.

2.1. DEL TAYLORISMO A LA ORGANIZACIÓN FLEXIBLE

El modelo organizativo fordista, identificado con la cadena de montaje y la producción en masa, puede ser analizado desde diferentes perspectivas. Como principio o modelo general de organización del trabajo se basa en el acoplamiento estructural del taylorismo³⁹ más la automatización dentro de empresas multidepartamentales, con un sistema de organización del trabajo basado en la producción en serie, es decir, el montaje en cadena de un producto tipificado en las condiciones de control de un gran mercado por una forma organizativa específica: la gran empresa estructurada según los principios de integración vertical y la división del trabajo social y técnicamente institucionalizada.

Sin embargo, estas características, positivas en cuanto permitieron poner en el mercado grandes cantidades de bienes idénticos a precios asequibles para la mayoría de los ciudadanos, se han vuelto en contra suya, recibiendo críticas tanto desde la demanda como de la oferta, sobre todo porque el taylorista-fordista es un modelo centrado en la obsesión del crecimiento ilimitado, tanto en volúmenes productivos como en la extensión de las actividades industriales.

³⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario y su estructura...*, cit., pg. 47, donde señala como paradigma industrial el conjunto significativo de reglas de organización del trabajo en la empresa que reflejan un compromiso social compartido por los agentes implicados y que contribuye a dirigir el cambio tecnológico, por lo que influye en la dinámica de los conflictos laborales. Véase LIPIETZ, A.: *Elegir la audacia: una alternativa para el siglo XXI*, trad. de J. Vergara Antuña, Trotta, Madrid, 1997.

³⁹ El taylorismo intenta la racionalización del proceso productivo procediendo a una estricta separación entre la concepción de los procesos de producción y la ejecución de tareas estandarizadas y formalmente prescritas en la organización productiva. Véase CORIAT, B.: *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. Siglo XXI, Madrid, 1.989, 5ª ed., y, sobre todo, la obra clásica de TAYLOR, F.W.: *Principios de la administración científica*, Ateneo, Buenos Aires, 1.987.

Ahora bien, si su hegemonía como sistema organizativo fue indiscutida desde principios del siglo XX, a raíz, sobre todo, de la crisis económica de los años setenta, aparece una pérdida de rentabilidad del modelo, que comienza a ser cuestionado en base a su ineficacia económico-productiva para continuar proporcionando la adecuada remuneración a los capitales invertidos y su aportación al proceso de acumulación de capital⁴⁰ en el nuevo entorno económico resultante de esta y sucesivas crisis, mas abierto y globalizado, exigente en rapidez y agilidad adaptativa, tanto al nuevo sistema tecnológico como a los requerimientos crecientes de innovación y calidad del producto, que abocan a bastantes sectores productivos hacia modelos basados en la especialización flexible, abandonando el modelo fordista clásico⁴¹.

Gran parte de la motivación de este cambio de paradigma tecnológico deriva, además, del cambio estructural ocasionado por la falta de rentabilidad del capital, del enorme impacto de una serie de innovaciones tecnológicas como las tecnologías informáticas, de la robótica y, sobre todo, de las comunicaciones que han provocado el cambio en los planteamientos productivos y organizativos de las empresas⁴², haciéndolos a la vez diversos y globalizados. Esta nueva economía global y su modelo de desarrollo está provocando cambios cualitativos en la organización de la empresa por medio de una nueva lógica organizativa⁴³, que enfrenta la crisis, el cambio tecnológico y la incertidumbre derivada del entorno cambiante poniendo en práctica políticas de flexibilidad productiva y de organización, igualmente dúctil, de los recursos humanos,

⁴⁰ Cfr. HARRISON, B.: *Lean and Mean: The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*, The Guildford Press, Nueva York, 1.994.

⁴¹ Sobre esta cuestión puede verse, p.e., PIORE, M.J. Y SABEL, CH.F.: *La segunda ruptura industrial*, Alianza, Madrid, 1.990, y CORIAT, B.: *El taller y el cronómetro...*, cit..

⁴² Sobre la incidencia de las nuevas tecnologías puede verse SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2.002, y también de los mismos autores "Sobre "Nuevas Tecnologías" y relaciones humanas", Aranzadi Social núm. 5/2.002, pg. 905 y ss.

⁴³ Debe entenderse por lógica organizativa "un principio legitimador que se elabora en un conjunto de prácticas sociales derivadas. En otras palabras, las lógicas organizativas son las bases ideacionales de las relaciones de autoridad institucionalizadas", cfr. BIGGART, N.W.: "Institutional logic and economic explanation", en MARCEAU, J. (ed.): *Reworking the World: Organizations, Technologies, and Cultures in Comparative Perspective*, Walter de Gruyter, Berlín, 1.992, pgs. 29 a 54, en particular, pg. 49. Esta nueva lógica comienza a sedimentarse con los procesos de reorganización llevados a cabo en la década de los ochenta, cfr. al respecto SENGENBERGER, W. Y CAMPBELL, D. (Edits.): WILLIAMSON, O.E.: *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, Nueva York, 1.985.

buscando modelos de *producción escueta*, ahorrando mano de obra, desjerarquizando y automatizando la producción. La complejidad de este proceso adaptativo hace que no haya una única fórmula, sino diferentes trayectorias organizativas⁴⁴ con idénticos objetivos: aumentar la productividad y la competitividad en el nuevo paradigma tecnológico de la economía globalizada⁴⁵.

Este nuevo modelo, de especialización flexible, se caracteriza por producir series cortas en empresas de reducidas dimensiones, especializadas y ligadas entre sí⁴⁶, de tal modo que son flexibles respecto a la organización de los procesos de producción y del proceso de producción y trabajo. Esta nueva estructura productiva, esencialmente flexible y capaz de plegar sus recursos a los cambios del entorno en la persecución de sus objetivos organizativos, se adapta especialmente al contexto económico globalizado e influye decisivamente en el factor trabajo, que en estas estructuras tiende a “difuminar su identidad colectiva, al producirse una progresiva individualización tanto de sus capacidades y condiciones de trabajo como de sus mismos intereses y proyectos de vida”⁴⁷.

⁴⁴ Véase CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. I. *La sociedad red*, Alianza, Madrid, 1.997, pg. 181, quién pone de relieve que en la mayoría de los casos, estas trayectorias evolucionaron de las antiguas formas de organización industrial, como la empresa integrada verticalmente y la pequeña firma comercial independiente, que ya no eran capaces de realizar sus tareas en las nuevas condiciones estructurales de producción y mercados.

⁴⁵ De entre los nuevos métodos de gestión de la producción y de los recursos humanos utilizados, resalta como más interesante el llamado *toyotismo*, del que puede verse su fundamento en CORIAT, F.: *Pensar al revés. Trabajo y organización en la empresa japonesa*, Siglo XXI, Madrid, 1.993, esp. pg. 19 y ss. Sus métodos van desde el sistema de suministros *justo a tiempo* a la participación colaboradora activa de los trabajadores en el proceso de producción (trabajo en equipo, autonomía decisional de los grupos semi-autónomos, sistema de recompensas retributivas por los logros del equipo, etc.), pasando por una primacía de la innovación y el máximo control de calidad de producto”.

⁴⁶ Es el modelo de estructura en red de pequeñas y medianas empresas y el modelo de producción basado en la franquicia y la subcontratación bajo la cobertura y, a veces, el control de una gran empresa. La unión de estas empresas se produce mediante acuerdos de colaboración en torno a la verdadera unidad operativa que es el proyecto empresarial representado por la red más que por las empresas concretas. Estos proyectos empresariales se aplican a campos de actividad que pueden ser cadenas de productos, tareas de organización o ámbitos territoriales. Cfr. CASTELLS, M.: *La era de la información...*, cit, pg. 193 y ss., esp. pg. 199.

⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario...*, cit., pgs. 60-61.

Esta especialización y flexibilidad se logra mediante el uso intensivo de la microelectrónica, las tecnologías de la información y el uso flexible de los recursos humanos, subordinados, enteramente, a las necesidades y requerimientos organizativos, de lo que es muestra la regulación actual de las modificaciones contractuales del artículo 41 LET, así como la externalización de cuantas tareas se considere que la empresa no necesita realizar ella misma imprescindiblemente.

En otro orden de cosas, el fordismo, visto como estructura macroeconómica y como estructura social de acumulación, implicaba una acusada intervención de los poderes públicos mediante la realización de políticas económicas y sociales redistributivas y de políticas activas de empleo, que tuvieron un efecto estabilizador del sistema de relaciones laborales, mediante la creación de un clima político y social propicio al funcionamiento regular de las economías industrializadas⁴⁸, lo que se traducía en una contractualización a largo plazo del beneficio, basada en grandes acuerdos sobre fijación y estructura salariales, con límites rígidos a los despidos, y una proyección del crecimiento de los salarios basada en los precios y la productividad general. Además, la socialización de los ingresos por medio del Estado de Bienestar⁴⁹ aseguraba un rendimiento permanente a los trabajadores asalariados. Como contrapartida se exige la aceptación por el sindicato, es decir por los trabajadores, de los poderes empresariales. Así, tanto la estructura macroeconómica el sistema económico como los principios de organización, el sistema de empresa, son legitimados y respetados⁵⁰.

En cambio, en los nuevos estilos organizativos la relación se individualiza en extremo, concediéndose un papel esencial a la aportación del trabajador a la calidad del producto y al proceso de innovación, al enriquecimiento de tareas, como se ve perfectamente con

⁴⁸ De esta manera se articularon el proceso de producción y el modelo de consumo que resulta de la producción en masa “clave de la universalización del trabajo asalariado”. Cfr. AGLIETTA, M.: *Regulación y crisis del capitalismo. La experiencia de los Estados Unidos*, Madrid, Siglo XXI, 1.979, pg. 94.

⁴⁹ Porque el fordismo implica la existencia de un Estado del Bienestar más o menos desarrollado, capaz de articular un sistema de Seguridad Social que concediera rentas de sustitución y de compensación que permitan niveles de consumo óptimos, además del establecimiento de una legislación social basada en el doble sistema de fuentes públicas y colectivas capaces de garantizar unas condiciones mínimas de trabajo.

⁵⁰ Cfr. LIPIETZ, A.: *Elegir la audacia: una alternativa para el siglo XXI*, cit.

el sistema de trabajo *justo a tiempo*⁵¹. Además, se está produciendo un replanteamiento del modelo de racionalidad⁵² del sistema de empresa, pasando del modelo centralizado, en pos de la racionalidad perfecta maxweberiana⁵³ acogida por el modelo fordista y taylorista, a otro modelo cimentado en una racionalidad limitada y flexible, conscientes de la imprevisibilidad del entorno y de la necesidad de autonomía de los trabajadores, que necesitan ampliar su margen de decisión en el nuevo entorno que les exige su implicación total con los objetivos de la empresa.

Este nuevo modelo productivo no se sabe aún bien que es, en principio, salvo que debe ser flexible y sin compromisos sociales rígidos, lo que implica llevar a cabo políticas de flexibilidad liberal que conllevan el abandono del dualismo despótico fordista⁵⁴ por un sistema que exige al trabajador cooperación e implicación activas como medio de superación de las disfunciones del anterior sistema.

En esta lógica de autonomía responsable⁵⁵, la existencia de nuevas tecnologías permite diseñar sistemas organizativos flexibles, en cuanto adaptables a la producción de

⁵¹ El sistema de trabajo *just in time*, pretende producir según los estrictos requerimientos del mercado, en los niveles de calidad requeridos y en el momento preciso, evitando la generación de excedentes de producción. Parte de nuevos métodos de gestión de recursos humanos en el sentido de buscar la corresponsabilización de los trabajadores y de asignarles mas autonomía en la toma de decisiones. Sin embargo no está vinculado necesariamente a las nuevas tecnologías, sino que su estilo organizativo de la producción lo que hace es establecer un nuevo tipo de relaciones entre los trabajadores y la dirección y entre ésta y sus proveedores y clientes, que permite organizar el sistema productivo para que las tareas se realicen en el momento necesario y con los requisitos de calidad exigidos. BERANGER, P. *En busca de la excelencia industrial: Just in time*, CDN, Madrid, 1.988; BAÑEGIL, T.M.: *El sistema Just in time y la flexibilidad de la producción*, Pirámide, Madrid, 1.993; FERRÉ MASIP, R.: *La fábrica flexible*, Marcombo, Barcelona, 1.988.

⁵² Sobre la aplicación de los diversos modelos de racionalidad ver mas adelante, en el apartado dedicado a las “necesidades organizativas”.

⁵³ El modelo de organización burocrática de MAX WEBER se basa en la división y asignación clara de autoridad y responsabilidad de los trabajadores, seleccionados por su competencia técnica, organizados y controlados jerárquicamente y a los que se han predeterminado y comunicado claramente los objetivos y medios para su logro. Véase *Economía y sociedad*, FCE, México, 2ª ed., 1.964.

⁵⁴ Véase, sobre el despotismo de fábrica, GAUDEMAR, J.P. de.: *El orden y la producción. Nacimiento y formas de la disciplina de fábrica*, Trotta, Madrid, 1.992, esp. pag. 65 y ss., 107 y ss. y 129 y ss. Entre nosotros, BAYLOS, A. Y APARICIO, J.: *Autoridad y democracia en la empresa*”, Trotta, Madrid, 1.992.

⁵⁵ Cfr. MEYER-DOHM, P.: “Los recursos humanos en el año 2.020: Las estructuras de una empresa en continuo aprendizaje”, en AA.VV.: *El capital humano europeo en el umbral del siglo XXI*, MTSS,

cantidades variables de productos diferentes con especificaciones diversas, incluso sin la existencia de una verdadera estructura productiva en la organización empresarial, como sucede con las llamadas organizaciones *virtuales*, en las que existe una organización central que desempeña las funciones claves de diseño y desarrollo del producto, marketing y distribución, mientras que la actividad productiva se subcontrata en su totalidad a otras empresas⁵⁶, de lo que resulta una auténtica flexibilidad adaptativa a los requerimientos del mercado con la mínima implicación en los factores productivos y la máxima eficiencia y rentabilidad posible. Sin embargo, aún sin llegar al extremo, este modo de producción supone que los contratos de trabajo deben ser también flexibles, para permitir la adaptación del factor trabajo a los requerimientos variados del sistema productivo, por lo que cobra especial relieve la necesidad de que la regulación laboral permita la flexibilidad contractual, en cualquiera de sus fases, de entrada, interna y de salida. De aquí la importancia de una adecuada regulación de las modificaciones contractuales, que no son otra cosa que el instrumento jurídico que posibilita la necesaria flexibilidad durante la vida del contrato de trabajo.

2.2. EL DEBATE DE LA FLEXIBILIDAD EN UN ENTORNO GLOBALIZADO

Como se ha dicho, la globalización⁵⁷ y las innovaciones tecnológicas son los responsables del cambio de paradigma organizativo que exige flexibilidad adaptativa a

Madrid, 1.995, pgs. 509 y ss. Igualmente TERSSAC, G.: *Autonomía en el trabajo*, MTSS, Madrid, 1.995.

⁵⁶ Es un tipo de estructura muy ligada al mundo inmobiliario y a empresas multinacionales, que deslocalizan la producción a países del tercer mundo. Cfr. DAVIDOW, W.H. y MALONE, M.S.: *The Virtual Corporation: Structuring and Revitalizing the Corporation for the 21st Century*, Harper-Collins, New York, 1.992; HANDY, CH.: *The Age of Unreason*, Harvard Business Schol Press, Boston, 1.989.

⁵⁷ El término “globalización” se instala en el discurso socioeconómico a partir de los años ochenta, por influjo anglosajón y con él se pretende definir el proceso general que combina la apertura de las economías nacionales y la integración de las mismas a nivel internacional. Véase ADDA, J.: *Globalización de la economía*, Sequitur, Madrid, 1.999; BECK, U.: *¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Piados, Madrid, 1.998. Los conceptos *globalización* y *mundialización* no responden a una misma realidad, ya que con el primero se alude al proceso de desarrollo en el orden económico, social y político, mientras que con el segundo se resalta la idea de crecimiento y desarrollo desigualitario que dicho proceso encierra, sin que aquí se utilicen con tal sentido preciso; al respecto, cfr. ROBERTSON, R.: *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, London, 1.992; mas recientemente, AUBY, J. B.: “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, 2.001, núm. 156, pgs. 7 y ss., insistiendo sobre la generalización del término

las organizaciones empresariales⁵⁸, porque la globalización no puede ser vista como un problema, aunque pueda serlo desde alguna perspectiva, sino como un presupuesto⁵⁹, en cuanto que hay que partir de la realidad creciente e imparable del fenómeno en la economía⁶⁰, con todas las implicaciones y consecuencias que supone para el sistema de relaciones laborales.

Cuando hablamos de globalización nos referimos a una característica del capitalismo avanzado que alude a la multiplicidad de vínculos e interconexiones entre los Estados y las sociedades del actual sistema económico mundial, de tal manera que las decisiones, acontecimientos y actividades que suceden en cualquier parte tienen repercusión en todo el sistema⁶¹, provocándose así una progresiva integración de la economía mundial, que depende cada vez más de la evolución mundial de los mercados que de las políticas nacionales⁶². En este sentido, se puede hablar de la globalización como “modelo de gobierno y de regulación de la economía mundial”⁶³.

globalización, ya que el de mundialización ha quedado relegado, prácticamente, al debate francés en el cual se manejan las connotaciones ya señaladas. Véase RAMOS QUINTANA, M.I.: “globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo”, en *Justicia Laboral*, núm. 10, 2.002, pag. 29.

⁵⁸ Sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la relación de trabajo puede consultarse la obra de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1.990. Desde una perspectiva más psicosocial, DE LA TORRE GARCÍA, A. y CONDE VIÉITEZ, J.: *El desafío del cambio tecnológico. Hacia una organización del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1.998.

⁵⁹ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre la “globalización” y el futuro del Derecho del trabajo”, *DL*, núm. 60, 1.999, pg. 24.

⁶⁰ Véase, ALBACH, H. y ECHEVARRÍA, S., edit.: *Globalización*, Díaz de Santos, Madrid, 1.999, donde se analiza cómo está siendo afrontada la globalización por grandes empresas europeas como Fiat, Siemens, etc..

⁶¹ Véase MCGREW, A.G. y LEWIS, P. *et al.*: *Globalization and the Nation States*, Polity Press, Cambridge, 1.992, pg. 22.

⁶² “La creación de un mercado global ha sido posible mediante el aumento considerable del comercio mundial, el incremento de las inversiones transnacionales y la organización a nivel internacional de la producción de bienes y servicios. Este proceso de integración económica internacional no sólo deriva de la disminución progresiva de las barreras arancelarias y de la relajación de las medidas de protección de los mercados nacionales, sino también y en importante medida, de los avances tecnológicos y las innovaciones que se han llevado a cabo en el proceso productivo. En cuanto al capital, la emergencia de un mercado financiero global apenas ofrece limitaciones para su libertad de movimientos. En esta realidad, las barreras geográficas no suponen ya inconveniente alguno, lo que permitirá dar continuidad a las nuevas formas de producción y a las estrategias competitivas de las empresas”. Cfr. RAMOS QUINTANA, M.I.: “Globalización de la economía...” cit., pg. 30.

La globalización parte de los profundos cambios acaecidos en el plano tecnológico, esencialmente las tecnologías informáticas y microelectrónicas que han propiciado el desarrollo de la economía informacional y la fluidez de las transferencias financieras sin obstáculo ni control alguno⁶⁴. Este conjunto de cambios ha incidido progresivamente en la organización del trabajo y en los procesos productivos, ocasionando la obsolescencia de tecnologías productivas y de los modelos organizativos existentes, además de la liberalización del comercio internacional⁶⁵. Correlativamente, esto ha provocado la impotencia de los estados nacionales para controlar y gobernar las variables de sus políticas económicas y sociales, hasta el punto de que instituciones como el Fondo Monetario y el Banco Mundial recomiendan abiertamente tanto las políticas de restricción de gasto público en protección social como las medidas de liberalización de los mercados laborales, lo que puede hacer entrar en crisis la forma política de Estado nacional, “pero no la desaparición de los Estados capitalistas desarrollados que impulsan tales procesos”⁶⁶. Sin embargo, no existe una tendencia de las instituciones políticas a la globalización similar a la de la economía, de forma tal que al funcionar la política y la economía como dos sistemas separados⁶⁷, dada la mayor fuerza de la racionalidad económica sobre la política y la jurídica, en realidad, aquella se impone a éstas.

⁶³ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario...*, cit., pg. 94-95 y ss., donde señala que, en realidad, la globalización puede verse como un gobierno no sometido a reglas democráticas y sin sujeción a un control público significado. Sobre esto último véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, passim*.

⁶⁴ Acerca de los factores que están en la base del proceso de globalización, véase CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 1. La sociedad red*, cit., pg. 93 y ss.

⁶⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible*, CES, 1.994, pg. 23.

⁶⁶ En este sentido, GALGANO, F.: “Le istituzioni della società post-industriale”, en GALGANO, F., CASSESE, S., TREMONTI, G., Y TREU, T.: *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1.993, pgs. 29 a 32.

⁶⁷ Cfr. BOBBIO, N : *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1.992, pgs. 43 y ss.; en igual sentido, DAHRENDORF, R.: *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Mondadori, Madrid, 1.997, pgs. 207 y ss.

La globalización se sustenta ideológicamente en el neoliberalismo, que persigue la maximización del crecimiento y la riqueza mundial por medio del mercado libre desregulado, por lo que cualquier intento de control y regulación del mercado que se haga incidirá negativamente, impidiendo la optimización productiva y los beneficios subsiguientes⁶⁸. Este mercado mundial, que se impondría sobre los Estados, actúa como un principio limitador del poder público, toda vez que conforma una nueva instancia de regulación, pero ajena a la influencia de los diferentes agentes⁶⁹. De este modo, es el mercado quién, coaccionando exteriormente al sistema, impondría las condiciones de competitividad, puesto que la sociedad se entiende ahora como una instancia auxiliar del mercado⁷⁰, al servicio de su lógica de racionalización⁷¹, llegando, finalmente, a la existencia de un único sistema de economía de mercado, sin alternativa alguna⁷².

Este fenómeno de la globalización tiene una de sus manifestaciones más llamativas en los procesos de integración económica de grandes zonas geográficas, como MERCOSUR, la unión de libre comercio de América del Norte, y, sobre todo, el proceso de integración europeo. La Unión Europea impulsa políticas de convergencia, asumidas por los países miembros, que han aceptado una limitación de su soberanía. Estos pactos de estabilidad implican, además de una reducción del gasto público, una política de desregulación y flexibilización del mercado de trabajo, de modo que el protagonismo

⁶⁸ Hay que recordar que el problema del sistema capitalista no reside en la creación de riqueza, que lo hace sobradamente, sino en lograr una distribución óptima de la misma. Cfr. HOBBSAWN, E.: *Historia del siglo XX*, Crítica, Barcelona, 1.995.

⁶⁹ Véase MANIN, B.: “Les deux libéralismes: marché et contrepuvoirs », *Intervention*, núm. 9 (1.994), cit. por GORTZ, A.: *Metamorfosis del trabajo*, Madrid, Sistema, 1.995, pgs. 240. Sobre la globalización y los nuevos mecanismos de regulación puede consultarse CHESNAIS, F.: *La mondialisation du capital*, Syros, París, 1.994, esp. 250 y ss.

⁷⁰ En este sentido, POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, La Piqueta, Madrid, 1.989.

⁷¹ Señala MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario...*, cit., pg. 95, que “el proceso de globalización se está traduciendo en la generación de nuevas desigualdades, el aumento del desempleo y la presión a la baja de las garantías sociales y laborales (...) bajo la “coartada” de la imposibilidad de su financiación y las exigencias derivadas de la competencia”, lo que determina el surgimiento paradójico de los llamados “trabajadores pobres” (precarios y a menudo con empleo estable).”

⁷² Esta es la idea expresada por F. FUKUYAMA en su obra *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, 1.992, donde pone de relieve como el debate queda restringido al modelo de capitalismo y al modelo de competencia dentro del sistema capitalista, aparte de los debates coyunturales sobre el sentido de las reformas en el marco del sistema establecido.

del Estado en la actividad económica disminuye y, a la vez, se limitan las políticas sociales. Igualmente se muestra en la exigencia de reducir la presión salarial sobre los costes empresariales⁷³, para así garantizar la recuperación de los excedentes empresariales y una mayor competitividad de las empresas, tanto a nivel comunitario⁷⁴ como interno⁷⁵, que evite la deslocalización de la producción⁷⁶.

⁷³ REICH pone de manifiesto la estrategia de las empresas norteamericanas en las décadas de los setenta y los ochenta de hacer frente a las condiciones de competencia internacional exigiendo considerables reducciones salariales. Cfr. REICH, R.B.: *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI*, Vergara, Madrid, 1.993, pg. 84; HOBSBWM, E.: *Historia del siglo XX*, Barcelona, 1.995, pgs. 551 y ss.

⁷⁴ Son interesantes al respecto las propuestas del Informe Delors, en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, Luxemburgo, 1.993. Este informe acaba pidiendo para “incrementar el empleo y favorecer la competitividad de la industria europea” (pgs. 49 y ss.) una reducción de costes salariales y su vinculación con la productividad de la empresa (ib. pg. 135). Igualmente, las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Essen, de 9 y 10 de diciembre de 1.994, vinculaba la creación de empleo con “unos ajustes salariales moderados, inferiores al aumento de la productividad”. Igualmente, el Consejo Europeo de Ámsterdam, de 17 de junio de 1.997, que aprobó la resolución sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (97/C 236/01), insiste nuevamente en una mayor liberalización de los costes laborales.

⁷⁵ El argumento de la competitividad se ha recogido inequívocamente en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1.994, de reforma laboral, donde se señala como fundamento de la política de flexibilidad laboral “la progresiva internacionalización de la economía, expresada en fenómenos como el acceso al mercado y a la competencia mundial de los países hasta entonces alejados del escenario económico, las exigencias de la convergencia económica en el contexto europeo, la aceleración del proceso de innovación tecnológica, o los efectos de las fases bajas del ciclo económico. Todos ellos conducen a un nuevo ámbito económico en el que las empresas españolas van a tener que desarrollar su actividad, y que ha sido fruto de una aceleración de los procesos históricos como no se había conocido en épocas anteriores del sistema de relaciones industriales (...). De ahí la necesidad de adoptar medidas en todos los terrenos de la acción política, lo que incluye, lógicamente, también el ámbito laboral, para fortalecer nuestra economía a través de una mejora de la competitividad de las empresas españolas”.

⁷⁶ Las políticas de deslocalización de la producción pueden y deben verse también desde la óptica de los países receptores de las empresas deslocalizadas, no únicamente desde nuestra perspectiva eurocéntrica y de la incidencia sobre nuestro bienestar económico. Es la otra cara de la globalización que permite a estos países elevar sus niveles de vida con los ingresos, bajos y a veces misérrimos, pero ingresos a la postre, que proporcionan a estos países, aunque obviamente la mayor parte de las plusvalías generadas en el proceso productivo se quedan en la empresa matriz, no el en tercer mundo, que no obstante rentabiliza su localización productiva, pudiendo, por esta vía, integrarse en los circuitos del comercio mundial, lo que a la larga hará que sus niveles de bienestar y sus condiciones de trabajo se vean mejoradas. Por eso no debe hablarse en justicia de que estos países hagan “dumping social”, sino de que su diferencia de costes les hace ser competitivos, y si el mercado es abierto lo debe ser para todos, con sus ventajas e inconvenientes. En el mismo sentido, cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Sobre La “globalización” y el futuro del Derecho del trabajo”, DL, núm. 60/1.999, pg. 25, donde señala que “la globalización puede representar una oportunidad de primer orden para que una gran parte del tercer mundo abandone el ostracismo económico, puede, asimismo, abrir importantísimos mercados de futuros para las economías desarrolladas”.

En cualquier caso, es indudable que estas políticas de desregulación y flexibilidad laboral remercantilizan las condiciones en que se presta el trabajo asalariado, si es que alguna vez ha dejado de estarlo, además de haber inspirado una legislación pro empresarial y favorecido la socialización y publicación de costes y riesgos empresariales, enmarcada en una política que tiene como función la lucha contra el paro flexibilizando las condiciones de uso del factor trabajo, entendiendo por tales las condiciones salariales y laborales en las que se lleva a cabo la prestación laboral, de tal modo que se permita su modificación y adaptación a las necesidades organizativas. Pero ésta quizás sea la “única estrategia inteligente”⁷⁷, una vez aceptada la inevitabilidad y la tendencia creciente del fenómeno globalizador, como medio para lograr el mantenimiento de una competitividad que, en definitiva, beneficia al conjunto de los ciudadanos⁷⁸.

Desde ese punto de vista, las modificaciones legislativas emprendidas en los países europeos no deberían ser calificadas como proempresariales, calificativo que puede suponer un rechazo por aquella doctrina laboral que piensa únicamente dentro de la dicotomía empresario-trabajador, sino como modificaciones legislativas flexibilizadoras del mercado de trabajo para que las empresas nacionales puedan sobrevivir en el entorno de libertad de competencia comercial. Así, la reforma del artículo 41 LET, que flexibiliza y facilita la modificación de las condiciones contractuales debe ser vista, esencialmente, como un instrumento para la conservación del contrato de trabajo, no como una pérdida de garantías para el trabajador, porque si el contrato es rígido la empresa también lo es y al final su competitividad, luego su existencia, se verán comprometidas, arrastrando con ello el contrato de trabajo cuyas condiciones se pretendían blindar.

⁷⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre la “globalización”...”, cit., pg. 26.

⁷⁸ Acerca de esta idea, véase KÖSTER, W.: “El euro en el marco de una economía globalizada”, en *Globalización*, ALBACH, H. y GARCÍA ECHEVARRÍ, S., cit., pg. 93: “la política nacional tiene que crear tal estructura económica que los factores de producción internacionalmente movilizables, principalmente capital financiero, físico y humano, así como el “know how”, se atraigan de manera duradera frente a las ventajas de los factores de producción inmovilizables, principalmente la mano de obra no altamente cualificada”.

En cuanto a la reiteradamente mentada flexibilidad empresarial, podemos definirla como la capacidad de las organizaciones económicas para adaptarse a las condiciones de mercado de forma competitiva. La mayor incertidumbre de la economía globalizada, con la consiguiente imprevisibilidad de la demanda, exige estructuras organizativas y productivas más flexibles⁷⁹. En este sentido, la flexibilidad se ve como un conjunto de mecanismos e instrumentos que tiene la empresa para enfrentarse con las variaciones cualitativas y cuantitativas de la demanda, reduciendo el efectos de estas fluctuaciones sobre su estructura de costes. Obviamente, la flexibilidad no es una exigencia empresarial nueva, sino una necesidad organizativa de siempre⁸⁰. En cambio, lo nuevo son los niveles de inestabilidad e incertidumbre del entorno que, al afectar también la gestión de recursos humanos, han provocado la traducción del concepto de flexibilidad “en una variedad de intervenciones legislativas en materia laboral y, también, en nuevas formas de relacionarse los actores sociales”, condicionando, como factor común y de modo permanente, el funcionamiento de las economías de los países desarrollados⁸¹.

Por esto, el Derecho del trabajo debe atender a esta realidad plural y diversificada del mundo laboral⁸² en esta economía actual globalizada y tecnologizada, sin intentar

⁷⁹ Acerca de la incertidumbre de la economía puede verse STREEK, W.: “Management de la incertidumbre e incertidumbre del management; los empresarios, las relaciones laborales y el ajuste industrial durante la crisis”, en *Papeles de la Economía Española*, núm. 27, 1.986, pgs. 138 a 150. También en una perspectiva general, WEISS, D.: “La empresa-red y la gestión de los recursos humanos”, en WEISS, D. Y otros: *La función de los recursos humanos*, CDN, Madrid, 1.993.

⁸⁰ Cfr. SALA FRANCO, T.: “El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del trabajo”, en AA.VV. , (dir.J. Rivero Lamas) *La flexibilidad laboral en España*, Universidad, Zaragoza, 1.993, pg 40: “La demanda de flexibilidad laboral, del “factor F”, como se le ha denominado-, ha sido históricamente una reivindicación empresarial, identificable con una explícita solicitud de menores costes sociales y una mayor gobernabilidad del factor trabajo y para ello, en lo jurídico-laboral, de una mayor flexibilidad normativa concretable en una reducción del garantismo legal, reglamentario y convencional (...) Podría afirmarse que los empresarios, en una operación de “marketing ideológico” admirable, han ganado la batalla terminológica, con lo que ello tiene de arrastre psicológico en el orden de las ideas –de ahí el recelo sindical- y han sentado las reglas del juego.”.

⁸¹ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del trabajo”, en AA.VV. , (dir.J. Rivero Lamas) *La flexibilidad laboral en España*, Universidad, Zaragoza, 1.993, cit., pg. 12 y ss. La crisis económica de los años 70 llevó a buscar “en la flexibilidad de la normativa laboral un instrumento, entre otros, para hacer frente a las dificultades de las empresas para subsistir en un ciclo económico de recesión.

⁸² En este sentido se ha propuesto la extensión de los límites del Derecho del trabajo más allá del trabajo subordinado a cualquier tipo de trabajo como medida tendente a evitar la eficacia del mismo, como ha sucedido, p.e. con la nueva regulación del trabajo autónomo dependiente por la Ley 20/2.007, de 11 de julio. Igualmente véase, el “Informe Supiot” (AA.VV. *Transformation du travail et devenir du droit du*

aplicar los criterios tradicionales de regulación del trabajo subordinado, que respondían a otras realidades económicas y empresariales, porque, a la postre, la realidad económica, se quiera ver o no, se impone para bien o para mal de la sociedad. En este sentido, se puede decir que el Derecho del trabajo debe definirse como flexible “en el sentido de que privilegia la adaptación de las estructuras empresariales a la vista del objetivo de su máxima racionalización”, con la limitación conceptual de que el concepto de flexibilidad era ajeno al bagaje cultural jurídico⁸³, aunque se manifieste como condicionamiento económico en la conformación de las instituciones jurídicas, como sucede especialmente en los casos de modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales por causas empresariales, en base a los artículos 40, 41 y 51 LET, principalmente, y en toda la normativa reguladora de las reconversiones empresariales.

La flexibilidad puede ser contemplada como problema estructural, como respuesta a la coyuntura económica o como solución a problemas puntuales de un sector productivo o una empresa⁸⁴, por lo que se puede distinguir entre flexibilidad de mercado⁸⁵, de empresas⁸⁶ y de contrato de trabajo⁸⁷, entendida como el conjunto de instrumentos y

travail en Europe, en DS, núm. 5, 1.988, pg. 433); RIVERO LAMAS, J.: “Descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, en RIVERO LAMAS, J.(Dir.) y De VAL TENA, A.L.(Cord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El “Outsourcing”*, Aranzadi, Pamplona, 2.003.

⁸³ Acerca del Derecho del trabajo como Derecho flexible, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción...*, cit. Este concepto está siendo asumido por todos, lo que no quiere decir que siempre se compartan sus criterios, a pesar de que inicialmente existía y existe en la doctrina un cierto vértigo a enfrentarse con la dura realidad del mercado y con la necesidad de revisar el marco jurídico-laboral para adaptarlo a una nueva realidad económica. Véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja”, R.L., 1.991, t. I, pgs 79-90.

⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible*, cit., pg. 17.

⁸⁵ *Ibidem*, pg. 19. En la flexibilidad de mercado se incluirían cuestiones como la movilidad interempresarial, la duración del trabajo, otros indicadores agregados de desajuste estructural. (pgs. 85 y ss.), la formación y adaptabilidad de la mano de obra (pgs. 139 y ss.) y la estructura de la negociación colectiva. Cfr. FINA, L.: “El problema del paro y la flexibilidad del empleo. Informes sobre un debate”, MTSS, Madrid, 1.991. Sobre la importancia de la estructuración de la negociación colectiva en la adaptación general de la economía y de las empresas a los cambios del entorno, véase, SEGURA, J.: *La industria española y la competitividad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1.992, pg. 66.

⁸⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: “La flexibilidad, ¿un debate interesante o un debate interesado?”, en RL, I/1.987, pg. 16, la identifica como “el conjunto de mecanismos e instrumentos que tendría la empresa para enfrentarse con las fluctuaciones y las variaciones cualitativas y cuantitativas de la demanda, reduciendo el efecto de éstas sobre su estructura de costes. *Idem*: “Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo”, cit., pgs. 2 y 3. Desde otra perspectiva, FINA, cit, pgs. 101 y ss., incluye en ésta, que nosotros

mecanismos que permiten la adaptación de la vida y contenido del contrato de trabajo a los acontecimientos y necesidades que inciden en la organización productiva en la que el contrato se inserta, y esta función es la que cumple la regulación de la modificación de las condiciones contractuales del trabajador en los artículos 39, 40 y 41 LET.

En cualquier caso, la flexibilidad es un tema recurrente, siempre de actualidad en cualquier política de relaciones laborales⁸⁸. Y hoy más, si cabe, en que ha pasado, gracias al cambio de paradigma productivo, a ser consustancial con el sistema productivo, pasando de ser vista como necesidad coyuntural de las empresas a valor estructural al servicio de la sociedad y de la ordenación de los mercados⁸⁹. Por eso, ha pasado, de ser una cuestión de interés exclusivo de empresarios y doctrina, a interesar como objeto del máximo interés a sindicatos, patronales, gobiernos, y organizaciones internacionales.

Con todo lo dicho, es evidente que flexibilidad es la capacidad de adaptación a los cambios del entorno y es indudable que la mayor o menor capacidad de adaptación a las circunstancias del mercado pueden verse afectada por la regulación jurídica existente para esos cambios, sean éstos de índole económica, tecnológica, organizativa o productiva, que pueden repercutir, especialmente, sobre la flexibilidad de los contratos y de las empresas, de manera que la mayor o menor amplitud que el ordenamiento conceda a estos conceptos influirá en la mayor o menor adaptabilidad a las nuevas realidades de las organizaciones productivas, así como de los contratos de trabajo a las

denominamos “flexibilidad en las empresas”, las que él identifica como “flexibilidad externa o “numérica”, en primer lugar, y la “flexibilidad interna o funcional”, en segundo caso.

⁸⁷ La flexibilidad del contrato de trabajo se refiere tanto a la facilitación de la contratación, a través de la libertad de uso de diversas modalidades contractuales, la posibilidad de modificación de las condiciones en que se presta el trabajo según los requerimientos organizativos y las facilidades para la extinción contractual.

⁸⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo”, conferencia pronunciada en Las Palmas de Gran Canaria, en las III Jornadas de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, abril 1.993, publicada en “Laborum”, año 2, núm. 1, pgs. 18 y ss.

⁸⁹ A este respecto, SALA FRANCO”, T: “El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral...”, cit., pg. 40, habla de que se ha pasado de la conciencia de crisis a la “instalación en la crisis de manera permanente”.

necesidades reales de aquellas⁹⁰. En este sentido, el contrato de trabajo, y en concreto el contenido de la prestación contractual, se ve afectado por las alteraciones que pueda sufrir la empresa en su adaptación a esas circunstancias cambiantes del entorno globalizado e inestable en que se mueve, pero, además, se ve también sujeto a los vaivenes propios del dinamismo de los avances científicos, los conocimientos profesionales y la aparición de nuevos métodos productivos. Este conjunto de causas son las que justifican la existencia de la diversidad de procedimientos modificativos de la prestación y extintivos del contrato que el ordenamiento pone a disposición de la organización productiva como instrumentos de adaptación, es decir, de flexibilidad. Así, la flexibilidad se ve como “la única vía a través de la cuál resulta posible prevenir las dificultades a las que debería enfrentarse la empresa si, por el contrario, permaneciera firme e inmutable”⁹¹.

Por eso, la flexibilidad del mercado de trabajo se contempla como una exigencia del sistema productivo y como un bien para los países, no como una necesidad de las empresas, porque de su implantación se derivarán, consecuentemente, unos mejores niveles de competitividad, de empleo y, lógicamente de bienestar⁹². Como vemos, la flexibilidad es instrumental a la competitividad, otro concepto económico que, sobrepasando el ámbito de la economía, ha pasado a ser el objetivo no sólo de las empresas, sino también del Estado y de la sociedad entera⁹³, hasta el punto de que la competitividad ha pasado a ser valorada positivamente en el sistema de relaciones laborales de cualquier país desarrollado⁹⁴.

⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible*, cit., pgs. 19,20 y 21.

⁹¹ En estos términos, CARABELLI, U.: *Occupazione e protezione sociale nell'economía di mercato*, Scuola Superiore G. Reiss Romoli, L'Aquila, 1.991, pg. 10, en DE LA BORBOLLA, cit., pg. 24.

⁹² Valorando muy positivamente la flexibilidad y su contribución a la competitividad de la economía, puede verse SAGARDOY, J.A.: “Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1.990.

⁹³ Acerca de la competitividad pueden verse: CANALS, J.: *Competitividad internacional y estrategia de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1.991; PETRELLA, R.: “L'evangile de la compétitivité”, en *Les frontieres de l'economie globale*, Manières de voir, n° 18, Le monde diplomatique, mai 1993, pg. 14 y ss.; PORTER, M.: *The Competitive Strategy*, Free Press, New York, 1.980 y *The competitive Advantage of Nations*, Mac Millan, London, 1.990; SEGURA, J.: *La industria española y la competitividad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1.992.

⁹⁴ Véase, CES: *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*,

El ordenamiento, al regular el margen de flexibilidad del mercado de trabajo, lo que hace es dotarlo de una capacidad de adaptación a ese entorno económico cambiante en que se mueve y es sabido que la flexibilización del mercado de trabajo puede llevarse a cabo facilitando la entrada, la salida o la permanencia en ese mercado⁹⁵. En el primer caso lo hace estableciendo diversas modalidades contractuales para la inserción en el mundo laboral; en el segundo, suavizando los requisitos para llevar a cabo extinciones contractuales que permitan adaptar la plantilla de trabajadores a los requeridos por la producción en marcha; y, en tercer lugar, flexibilizando la prestación del trabajo convenido para que la empresa pueda adaptar la fuerza de trabajo disponible a los requerimientos exactos y concretos de las necesidades productivas⁹⁶.

Esta flexibilización de la prestación de trabajo se puede llevar a cabo mediante diversos mecanismos jurídicos que derivan de la ampliación de facultades directivas⁹⁷, consustancial a la asunción del concepto de flexibilidad en la empresa, como es la modificación de funciones, la polivalencia funcional y, especialmente, por medio del mecanismo previsto en el artículo 41 LET, que permite al empresario modificar de manera unilateral las condiciones sustanciales del contrato de trabajo. De esta manera, los trabajadores del núcleo estable de la empresa, gracias a la flexibilización funcional

Madrid, 1.994, pg. 67, donde se afirma que la evolución del empleo “revela la influencia de factores estructurales que afectan a la ocupación, al margen de la coyuntura económica. Parte de estos factores puede encontrarse en lo que se viene denominando *rigideces* del mercado de trabajo, asociadas no exclusivamente con las vías institucionales de entrada y salida de la ocupación”.

⁹⁵ Una panorámica de esta triple perspectiva flexibilizadora del ordenamiento español puede verse en DURÁN LÓPEZ, F, MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T.: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1.987, pg. 97 y ss.

⁹⁶ También deben tenerse en cuenta las posibilidades que las nuevas tecnologías brindan para trabajar desde le propio domicilio. Sobre la problemática del teletrabajo y la dependencia y subordinación del trabajador véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, RL t.I/2.005, pg. 1315 y ss.

⁹⁷ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Flexibilidad...”, cit., pgs. 24 y 32, donde señalará, a ese propósito que en el ámbito del Derecho laboral el dilema flexibilidad-rigidez remite a un replanteamiento del sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral, debiendo concederse un papel relevante a la autonomía colectiva para flexibilizar la norma, así como admitir una mayor libertad y responsabilidad empresarial para organizar el trabajo. Igualmente, RODRÍGUEZ-PIÑERO: “La huida del Derecho del Trabajo”, R.L., 1.992, t.I, pgs. 85-92.

conservarán su empleo, aunque tengan necesidad de recualificarse para adaptarse a las nuevas tecnologías y así poder desempeñar puestos y funciones no previstas inicialmente en su contrato de trabajo, ni desempeñadas en las condiciones inicialmente pactadas. Igualmente, está al servicio de esta flexibilidad, que aumenta la competitividad de la empresa, la progresiva desregulación de la relación de trabajo, que conlleva la individualización y contractualización de los contenidos contractuales, aún en los casos en que esa deslegalización se hace para que las condiciones de trabajo se concierten colectivamente. Lo que se pretende, en suma, no es más que mantener y fomentar la competitividad de las empresas en los actuales mercados globalizados, caracterizados por un entorno cambiante en el que las empresas deben adaptarse continuamente a la actualidad de las coyunturas, y este entorno es el que nos permite comprender el sentido y las aplicaciones de las facultades modificativas del artículo 41 LET.

Porque lo que sucede ahora, en este nuevo paradigma organizativo de la flexibilidad, es que los trabajadores de la empresa se encuentran divididos y segmentados en dos sectores, una élite que conforma el núcleo estable, el núcleo duro, de la empresa, que debe asumir, a cambio de la seguridad en el empleo, la movilidad funcional, tanto a corto plazo mediante cambios de puestos o ampliación de competencias, como a largo en forma de obligación de reciclaje y modificaciones en su plan de carrera, es decir trabajadores con una amplia cualificación, y otro grupo de trabajadores, mano de obra periférica, con menores o mínimas cualificaciones, precarizados al albur de las necesidades coyunturales⁹⁸. Con el primer grupo las necesidades de flexibilización se colman mediante la movilidad funcional y de las demás condiciones contractuales, mientras que el segundo grupo fluctuará en función de medidas de flexibilización numérica en la entrada y salida de la empresa.

⁹⁸ Véase GORTZ, A: *Metamorfosis del trabajo*, cit., pgs. 93 a 95. Existe otro subgrupo, que es la mano de obra externa, formada por asesores profesionales muy cualificados y la mano de obra ocasional de los numerosos subcontratantes derivados de las necesidades de externalización de las empresas. En realidad, las condiciones laborales del grupo conformador del núcleo estable son enteramente similares a las del modelo clásico de relaciones laborales japonés. Cfr. ARAKI, T.: *Flessibilità delle condizioni di lavoro in Giappone*, Lavoro e Diritto, 1.993.

Esta es la realidad organizativa, refrendada en parte por la realidad normativa, que permite a las organizaciones empresariales adaptarse a las fluctuaciones de la demanda. Pero, en cualquier caso, la flexibilidad laboral no debe contemplarse independientemente del sistema de garantías individuales y colectivas⁹⁹, en cuanto es una política que debe estar presidida por el deseo de racionalizar los procesos de cambio y la adaptación de los sectores y empresas con el acompañamiento inseparable de una mayor solidaridad, tendente a la búsqueda del reemplazo y a la reducción del desempleo, pero sin caer en el infraempleo.

Esto es lo que se conoce con la nueva palabra de moda: flexiseguridad, que se refiere a que la flexibilidad debe ir acompañada de políticas públicas de protección al desempleo y a la recualificación de los desempleados para su nueva absorción por el mercado, garantizando, de esta manera, a la vez la protección social y la competitividad¹⁰⁰. El éxito de la implementación de estas directrices en Dinamarca ha animado a iniciar esa senda a la Unión Europea con la loable intención de generalizar el modelo, especialmente con el *Libro Verde* de la Comisión de las Comunidades Europeas¹⁰¹, donde se plantean una serie de reflexiones acerca de las reformas que prioritariamente necesita el Derecho del trabajo para adaptarse a la nueva situación económica y comercial de un entorno extremadamente competitivo, tratando de conciliar la eficiencia y la equidad social mediante reformas facilitadoras del despido combinadas con políticas activas de empleo y protección social.

⁹⁹ Igualmente en esta línea, RIVERO LAMAS, J.: “Flexibilidad...”, cit., pgs. 33 y 34.

¹⁰⁰ La formulación original de este planteamiento aparece en Dinamarca a partir del año 1.993 y gira sobre tres ejes: flexibilidad, mediante normas facilitadoras del despido, seguridad social, alto nivel de protección al desempleo, y un mercado laboral activo de búsqueda de actividad y recualificaciones. La mejor síntesis de las características del modelo danés de flexiseguridad se encuentra en el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre *Flexiseguridad: el caso de Dinamarca* (2006/C195/12) de 17 y 18 de mayo de 2.006, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de agosto de 2.006.

¹⁰¹ *Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, COM (2.006) 708 final, de 22 de noviembre de 2.006, producido en cumplimiento del mandato del Consejo de Europa. Para una visión global del fenómeno, sus resultados y posibilidades, véase AA.VV. en *El debate sobre la flexiseguridad*, Revista de relaciones laborales 16/008-1, Universidad del País Vasco, y MONTAYA MELGAR, A.: “Sobre globalización, “flexiseguridad” y estabilidad en el empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 6/2.008, pg. 81 y ss.

Sin embargo, este objetivo parece difícil de alcanzar y el empleo innovador y de calidad, flexible y, además, en un entorno de seguridad, no se encuentra fácilmente, de lo que parece responsabilizarse al Derecho del trabajo clásico por la rigidez del marco laboral y de su sistema de derechos y garantías¹⁰². La verdad es que el problema reside en los altos niveles de protección laboral y social que concede el Derecho del trabajo clásico europeo, pero no considerado en sí mismo, aislado del mundo exterior, como surgió, sino porque la realidad económica que le dio vida ya no existe y si un determinado modo de producción y una concreta estructura económica producen unas específicas relaciones laborales, a nueva realidad económica nuevo sistema laboral.

Hoy, el ámbito de juego actual en economía es mundial, existe libertad de comercio prácticamente completa y el mercado ya no es un mundo cerrado, como podía ser España o, más amplio, Europa, sino que cualquier producto fabricado en no importa donde, en no importa que sistema de relaciones laborales, puede ser vendido en cualquier parte y competir con aquellos fabricados con todos los derechos y garantías de un sistema desarrollado y civilizado de relaciones laborales. Este es el verdadero problema al que nadie parece tener claro como enfrentarse, salvo que nuestro modo de pensar no va a sacar a los países desarrollados del atolladero en que se encuentran, aparte algunas excepciones debidas a su alto nivel de desarrollo tecnológico, como sucede en los países nórdicos o determinados y concretos sectores productivos, porque es inevitable, mientras exista libertad de comercio, y parece que esta es la única posibilidad de convivencia pacífica, que los países desarrollados continúen transfiriendo renta, vía compras, o puestos de trabajo, vía deslocalizaciones, al tercer mundo, que, por otra parte, tiene aquí una receta para poder salir de la miseria en que se encuentra, como ya se observa en bastantes lugares, aunque su incipiente bienestar no parezca tal a nuestros ojos.

¹⁰² Con una opinión muy crítica de estas ideas, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “libro verde” de la comisión de las comunidades europeas”, en *El debate sobre la flexiseguridad*, Revista de relaciones laborales 16/2008-1, Universidad del País Vasco, pg. 174 y 176, alertan del riesgo de que en aras de la consecución del objetivo de modernización de la normativa laboral se caiga en una carrera de reformas a la baja, con el riesgo de aumentar las diferencias sociales entre áreas de Europa.

La consecuencia será, posiblemente, la continua degradación, en términos muy genéricos, de nuestro sistema de derechos y garantías laborales, guste o no, porque su coste debe ser soportado por el sistema productivo, que debe competir con los bienes y servicios producidos a bajo precio¹⁰³. Esta es la perspectiva del futuro inmediato, porque no hay otra solución que haga viable el mantenimiento del empleo, aunque las condiciones, ni individuales ni colectivas, puedan ser las anteriores¹⁰⁴, porque cuando sistemas económicos y productivos antes aislados se ponen en comunicación, y no otra cosa supone la actual liberalización comercial, como en la teoría de los vasos comunicantes, el nivel de todos los sistemas tiende, inexorablemente, a igualarse.

Desde una perspectiva clásica, frente a esta situación “se debería establecer una “cláusula social” y “reglas de comportamiento” en el comercio mundial como garantía flexible de los derechos sociales de la ciudadanía, que vaya mas allá de la búsqueda de una igualación en las condiciones de la competencia”¹⁰⁵. Así, superando las teorías economicistas sobre el *dumping social*, que degradan las condiciones de reproducción salarial y no salarial¹⁰⁶, hay que elevarse por encima de la antigua concepción del Derecho del trabajo como simple derecho igualador de las condiciones de competencia al mercado¹⁰⁷, si bien este problema tiene muy difícil solución por la complejidad de los

¹⁰³ No debe olvidarse que, además de la producción manufacturera que prácticamente toda se fabrica en países subdesarrollados, existe una creciente deslocalización de servicios, impensable hasta hace poco, posible gracias a las redes informáticas y a los altos niveles educativos de países como la India o China, entre otros, que permiten que puestos de trabajo de muy alta cualificación se desempeñen a muy bajo coste laboral para vender el servicio en los países desarrollados.

¹⁰⁴ Igualmente en esta línea, VIDA SORIA, J.: *Discurso pronunciado por el Doctor Don José Vida Soria con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa*, Universidad de Granada, Granada, 2.008, donde hace un muy lúcido análisis de la situación actual, que no puede más que compartirse, señala, en pg. 41, que “no hay solución otra que entrar por las fauces del sistema económico liberal. Los razonamientos y los datos económicos son tozudos y parece que irrefutables. Eso no parece ser dudoso. Y tampoco es dudoso lo dicho antes: que aquí tampoco existen paradigmas, ni para las soluciones que se avecinan ni para otra que sirvan de eventual recambio; modelos ni siquiera provisionales, para reconducción a un Orden social nuevo de repuesto”.

¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario...*, cit., pg. 110.

¹⁰⁶ Véase BESSE, G.: “Mondialization des échanges et droits fondamentaux de l’homme au travail: quel progrès aujourd’hui », en *Droit Social*, núm. 11/1.994 ; Igualmente, MINGIONE, E.: *Las sociedades fragmentadas*, MTSS, Madrid, 1.993.

¹⁰⁷ Por más que, como dice G. LYON-CAEN, la libertad de competencia es inseparable de la igualación de las condiciones de competencia, igualación asegurada especialmente por las normas aplicables al trabajo. Cfr. *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, París, 1.995, pg. 94.

factores e intereses implicados, la distancia que separa las condiciones laborales de los diversos concurrentes del mercado y la ineludible tendencia a la igualación a largo plazo cuando existe un único mercado.

De aquí que pueda uno preguntarse: ¿Es viable la *fortaleza* europea norteamericana y japonesa defendida por las llamadas *cláusulas sociales*?¹⁰⁸ ¿Es mejor *dividir* el mundo a efectos productivos, asignando la *mano invisible* la producción de determinados productos al primero, otros al segundo, etc.? ¿Cómo se fijarían los valores a efectos de intercambio, en el mercado o fuera de él?, etc.. Podríamos seguir planteando interrogantes en la búsqueda de una solución, que a lo peor no existe, para mantener ¿y mejorar? el nivel de bienestar de las sociedades desarrolladas y, especialmente, el sistema de Estado del Bienestar europeo, al que se califica desde algunos sectores como un ataque a la eficiencia del sistema económico y un obstáculo al mantenimiento de unos adecuados niveles de competitividad¹⁰⁹.

En cualquier caso, está claro que no podemos obviar las necesidades de flexibilidad organizativa, que se traducen, entre otras cuestiones, en los requerimientos de movilidad de los trabajadores dentro de estructura organizativa empresarial, tanto en lo que se refiere a las funciones desempeñadas, como al lugar, circunstancias y condiciones en que el trabajo se desarrolla y que se materializan normativamente en la existencia del instituto jurídico de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo regulado en los artículos 39.5, 40 y 41 del Estatuto de los trabajadores.

¹⁰⁸ Véase PLÁ RODRÍGUEZ, A.: “Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre comercio”, *Revista de Trabajo*, núm. 3, 1.994, pg. 51 y ss.; CAIRE, G.: “Globalization et relations professionnelles”, en *Revue Tiers Monde*, núm. 156, 1.998, pg. 743 y ss.; KELLERSON, H.: “La Declaración de la OIT de 1.998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 2, 1.998, pg. 243 y ss.

¹⁰⁹ Véase DORE, R.: “Dos tipos de rigidez: la concepción de la empresa como comunidad y el colectivismo”, en R. Brunetta y C. Dell’Aringa (coord.) *Relaciones laborales y resultados económicos*, MTSS, Madrid, 1.992, pg. 148, donde pone de relieve como el primer factor de rigidez de la empresa es el Estado de Bienestar, manifestado en “los distintos programas públicos de mantenimiento de los ingresos y las garantías jurídicas de los trabajadores y los sindicatos”.

3. FACTOR ORGANIZATIVO Y CONTRATO DE TRABAJO. EL FACTOR ORGANIZATIVO COMO CONDICIONANTE NECESARIO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y DEL SISTEMA POSITIVO EX ARTÍCULO 41 LET

3.1. EL CONTRATO COMO ELEMENTO DE INSERCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

3.1.1. Acerca del concepto de contrato

La palabra contrato, entendida como acuerdo de voluntades mediante el que los interesados se obligan para los fines más diversos, puede emplearse en un amplio sentido. Precisando más, podemos decir que contrato es todo acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones¹¹⁰. De este modo, el contrato existirá “cuando la voluntad de cada parte actúa en consideración a un interés opuesto o distinto del que impulsa a la otra. Los contratantes persiguen intereses opuestos que se armonizan mediante su acuerdo de voluntades”. Por eso, podemos considerar como contrato “toda convención libremente celebrada para crear obligaciones”¹¹¹, si bien, el artículo 1.254 del Código Civil declara que “contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

Este acuerdo, la celebración del contrato, puede o no ser simultáneo con su cumplimiento, aunque lo normal es que las obligaciones establecidas habrán de cumplirse en el futuro, como sucede con el contrato de trabajo. De este modo, lo acordado subsiste “con fuerza obligatoria con independencia de que subsista la voluntad inicial de obligarse”, porque se

¹¹⁰ En este sentido, todo contrato es un negocio jurídico bilateral, pero no todo negocio jurídico bilateral es un contrato. Cfr. OSSORIO MORALES: "Notas para una teoría general del contrato", Revista de Derecho Privado, 1965, pg. 1073. Acerca de la formación del concepto de contrato, puede verse, por todos, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 3ª ed., 1.988, t. II, vol. I, pgs. 20 a 35. Desde una perspectiva objetivista BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2.000, pg. 57, dice que “el negocio jurídico “es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo”.

¹¹¹ Cfr. PUIG BRUTAU, *ibidem*, pgs. 10 y 11.

ha convertido en norma jurídica, en ley, para las partes, como dispone el Código Civil *ex* artículo 1.091, cuando dice que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”, y dispone en el 1.256 que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. El contrato, por tanto, es un acto de voluntad generador de obligaciones y al mismo tiempo es la situación o estado jurídico que deja establecido¹¹².

En consecuencia, el concepto de contrato presenta dos vertientes: una, la de acuerdo de voluntades que genera obligaciones y otra, la situación o estado de derecho resultante de lo convenido, es decir, el conjunto de normas que ordenan las conductas recíprocas de los contratantes mediante el establecimiento entre ellos de derechos y obligaciones¹¹³, lo que implica que el contrato es capaz de obligar a las partes al cumplimiento de una determinada prestación. Esta fuerza obligatoria se basa, para unos, en que el contrato es una manifestación de la vida de relación de la persona y se fundamenta en la misma vida social¹¹⁴; para otros, la fuerza vinculante del contrato se ha fundado en el llamado dogma de la voluntad¹¹⁵; otros, en cambio, fundan esta obligatoriedad en una consideración ética derivada de la buena fé, que exige proteger la confianza que nuestra promesa o conducta pueden haber suscitado en otro¹¹⁶. Todo esto lleva, o debe llevar, a que esa obligación no pueda ser cambiada unilateralmente por uno de los contratantes, sino que, al igual que se creó por la voluntad bilateral de las partes, su modificación debe seguir la misma vía.

¹¹² Véase PUIG BRUTAU, *ibidem*, pg. 14 y ss. De esta manera se puede hablar del contrato como acto y del contrato como norma. Cfr., p.e., KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F., 1993, pgs. 267 y 268.

¹¹³ Cfr. OSSORIO MORALES, *ibidem*, pg. 1.080.

¹¹⁴ PUIG BRUTAU, *ibidem* pg 15, donde matiza que el contrato está justificado porque es obra del hombre y ésta vale en la medida en que su palabra tiene valor.

¹¹⁵ Esta teoría considera que el contrato obliga debido a la intención de los contratantes y en el sentido y límites de esa intención o voluntad, para lo que se intenta captar el contenido mismo de la voluntad para así conocer la medida de la obligación asumida.

¹¹⁶ Para esta teoría, la voluntad manifestada por un sujeto ha influido en la esfera de intereses de otro sujeto de derecho que sufriría un perjuicio si el primero no quedara obligado. Véase, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, t. I, 5ª ed., 1.996, pgs. 124-125.

Sin embargo, este principio, que es la regla general en el Derecho de obligaciones, no se sigue en el Derecho del trabajo, que sí permite la modificación por voluntad unilateral de una de las partes, el empresario, de las condiciones contractuales, que sí se concertaron de común acuerdo. Esto se permite por la primacía que las normas laborales conceden al ejercicio de los poderes empresariales en orden a la especificación y modalización de la prestación de trabajo, para atender a las necesidades de la organización productiva empresarial en que se desarrolla el trabajo prestado y se lleva a cabo a través de la regulación que los artículos 39, 40 y 41 LET hacen de la facultad empresarial de modificación unilateral del contrato.

De aquí se desprende que en el Derecho del trabajo, aunque éste sea una rama especial del Derecho civil, no siempre se respetan los principios básicos del derecho de contratos y de obligaciones, como sucede con los artículos 39, 40 y 41 LET, dedicados a la movilidad funcional, geográfica y de las demás condiciones de trabajo, respectivamente, y las cláusulas de descuelgue salarial del 82.3 LET, por lo que es conveniente, al menos, sobrevolar los requisitos del contrato a fin de ubicar en su justa medida las especificidades contractuales del ordenamiento jurídico laboral.

Según el artículo 1.262 del Código Civil: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca” . Estos requisitos¹¹⁷ son los elementos esenciales del contrato, entendidos como elementos cuya concurrencia es indispensable para la existencia del contrato. Además, ha sido tradicional hablar de que existen elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato. Siendo los esenciales aquellos sin los cuales no existe contrato; en cambio, los elementos naturales son los que la ley estima que forman parte del mismo si los contratantes no los han excluido, mientras que los elementos accidentales son los que la ley no incluye supletoriamente, y por ello no hace falta que las partes los dejen excluidos, si bien pueden introducirlos en el contrato

¹¹⁷ Algunos distinguen entre requisitos y presupuestos, como LUNA SERRANO, A. en *Elementos del Derecho civil* de J.L. LACRUZ BERDEJO, II, 1ª, Bosch, Barcelona, 1977, pg. 41: los requisitos son los del art. 1.261 CC, pero "la pluralidad de partes y el interés" de las mismas que merezca la tutela del ordenamiento se presentan como presupuestos previos y lógicamente necesarios para que aparezca y exista la figura conceptual del contrato".

para mejor alcanzar los fines que se han propuesto, como sucede con la condición, el término y el modo¹¹⁸.

El primero de los requisitos, el consentimiento comprende dos aspectos fundamentales y bien diferenciados, como son el relativo a la capacidad de consentir y el referente a la prestación del consentimiento. En cuanto al primero, la capacidad para consentir está regulada de forma negativa en el Código Civil, señalando quienes no pueden prestar consentimiento, aunque mas bién el sentido del artículo 1.263 es que, aunque presten su consentimiento, éste no es válido ni eficaz; invalidez e ineficacia que se transmiten al negocio jurídico en que se prestó ese consentimiento viciado, puesto que la capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio¹¹⁹.

Pero, además de la capacidad general para consentir, que se traduce en la capacidad para contratar y la volición en el fuero interno, es preciso que esa voluntad se manifieste sin discrepancia entre lo querido y lo declarado y que las partes contratantes coincidan, desde su respectiva posición, en cuanto al objeto y la causa del contrato¹²⁰. De esta manera, el

¹¹⁸ Cfr. PUIG BRUTAU, *ibidem*, pgs. 41 y 42. Esta sistematización de la estructura del contrato en elementos esenciales, naturales y accidentales ha sido censurada, toda vez que los llamados elementos naturales del contrato no son mas que consecuencias, efectos en suma, de determinados contratos, en lugar de elementos configuradores del contrato, por lo que no han de ser considerados en el mismo plano que los elementos que entran en la formación del contrato. En cuanto a los elementos accidentales, lo son en el sentido de que pueden introducirse o no en el contenido del contrato a voluntad de las partes, sin perjuicio de que se trate de elementos absolutamente esenciales en relación con determinados tipos de contratos. En idéntica línea crítica, señala DE CASTRO BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pg. 54, que esta clasificación de los elementos del negocio en *essentialia, naturalia y accidentalia*, de origen escolástico ha sido ya superada y con razón, debido a “su incorrección lógica, ya que para cada grupo se utiliza diverso criterio”.

¹¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., pg.144. En este sentido, “más que de capacidad para prestar el consentimiento, debe hablarse pura y simplemente de la capacidad para contratar”.

¹²⁰ Véase DE CASTRO BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit, pgs. 56 y ss. donde trata ampliamente la “declaración de voluntad” y la “declaración negocial”, y la problemática consiguiente. Igualmente, BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pgs. 143-149, donde se refiere al “elemento subjetivo del negocio” en relación a los “tres aspectos del elemento objetivos: forma, contenido, causa”. Por otra parte, en cuanto al objeto y la causa del contrato es ya un lugar común señalar que la doctrina civilista es unánime en su calificación de los mismos como los dos conceptos mas oscuros y difíciles de la teoría general del contrato.

consentimiento cumple varias funciones¹²¹. Una primera función es la de ser requisito de la existencia del contrato, al que dota de una determinada estructura: la consensual. Por eso, el contrato es un consentimiento, pero no cualquiera, sino cualificado en su contenido, que es la obligación. Además, y en consecuencia, el consentimiento es fuente de obligaciones contractuales¹²².

El consentimiento, en la teoría del tipo contractual, es elemento estructural de la noción de contrato, puesto que es requisito de su existencia legal como elemento tipológico necesario¹²³. Otra función del consentimiento es la relacionada con la determinación del momento en que las partes quedan vinculadas y se produce el nacimiento de las obligaciones¹²⁴, de manera que nos va a permitir clasificar los contratos en consensuales y reales. La tercera función que puede cumplir el consentimiento es la de conformar la estructura del contrato, sirviendo de *medio técnico* mediante el que se incorporan al contrato los demás elementos necesarios para su existencia, que son los del artículo 1.261, es decir, “el objeto cierto que sea materia del contrato” y la “causa de la obligación que se establezca”. La integración del objeto en el contrato se hace a través del consentimiento¹²⁵, puesto que no puede darse un consentimiento sin que verse sobre *algo*, que será el objeto. Por eso, el acuerdo consensual será acuerdo contractual y su interdependencia es tal que la ausencia de uno conlleva la del otro y siempre la inexistencia del contrato¹²⁶. En cambio, el

¹²¹ Cfr. GETE-ALONSO y CALERA, M.C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1,979, pgs.232 y ss.

¹²² El artículo 1.254 del Código civil dice que las obligaciones nacen, entre otros, de los contratos.

¹²³ Véase, p.e., SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia,” en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Alonso Olea*, MTSS, Madrid 1.990, pg. 673 y ss.

¹²⁴ Esta función se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 1.258, que sienta la declaración general de que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...”. Hay que poner en relación este artículo con otros como el 1.740, 1.758 y 1.863, que exigen además del consentimiento la entrega de la cosa para el nacimiento de la obligación contractual.

¹²⁵ El artículo 1.262.1 del Código civil dice que “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa (el término “cosa” se utiliza aquí alude al objeto del contrato) y la causa que han de constituir el contrato”.

¹²⁶ El artículo 1.266 exige que “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarlo”, en cambio, “el error sobre la persona” sólo lo invalidará si la causa que llevó al contrato hubiese sido la consideración hacia ella.

error sobre el objeto es un consentimiento viciado que hace inválido el contrato. Finalmente, el consentimiento es también el medio que incorpora el otro elemento necesario al contrato, que es la causa. Así, al consentimiento sobre el objeto se sumará el acuerdo causal, “sobre la causa de la obligación que se establezca”, exigido por el artículo 1.261 Cc. En resumen, el consentimiento cumple una función integradora de los demás elementos que conforman la noción del contrato, sirviendo de medio técnico de incorporación del objeto y de la causa. Sin embargo, se debe precisar que en el contrato de trabajo el papel del consentimiento en la conformación del contrato resulta atemperado por el carácter normado del mismo, que limita el libre juego de la voluntad al tener que atenerse a lo dispuesto por la norma, heterónoma o autónoma, sobre sus condiciones, siendo, una vez concertado, únicamente relevante a efectos de la aceptación o no por el trabajador de las modificaciones que unilateralmente se decidan por el empresario, implicando el rechazo la extinción contractual, no el mantenimiento de las condiciones originalmente pactadas.

3.1.2. La ruptura del equilibrio consensual en el contrato de trabajo

Esta consideración del consentimiento y de las funciones que cumple con respecto al negocio jurídico en general y al contrato en particular, no siempre es aplicable en su integridad al contrato de trabajo, puesto que, por ejemplo, en las vicisitudes modificatorias del contrato de trabajo, cuando estas derivan de la voluntad del empresario, como sucede con las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo operadas *ex* artículos 39.5, 40 y 41 LET, que pueden llevarse a cabo por voluntad unilateral del empleador, una de las partes contratantes puede modificar el contrato sin necesidad de que la otra, el trabajador, preste su consentimiento a esa modificación. Además, por si no fuera suficiente, en los casos en que al empresario se le exige legalmente que no pueda tomar sólo la determinación modificatoria, no se exige tampoco la aquiescencia de la contraparte, sino únicamente la de sus representantes laborales. De este modo se configura una de las mayores especificidades del régimen legal del contrato de trabajo con respecto a la regla general aplicable al negocio jurídico y se quiebra el equilibrio consensual del mismo.

No obstante, es claro que si admitimos en el plano jurídico-laboral la atribución a las partes de la determinación de los elementos del contrato sobre los que deben consentir para que éste tenga existencia, esto implica la afirmación del origen contractual de la relación laboral¹²⁷, puesto que nadie puede consentir por ellos ni determinar las prestaciones a las que se obligan, lo que supone un amplio campo para la conformación de la relación de trabajo¹²⁸, dentro, por supuesto, de las especificidades del contrato de trabajo en cuanto contrato intervenido normativamente. Pero, en cualquier caso, esta determinación supone la asignación de un importante espacio de juego para la autonomía individual, puesto que el momento en que las partes determinan el objeto contractual es, posiblemente, el momento de la autonomía negocial sobre el que menos inciden las normas inderogables¹²⁹. Tampoco debe olvidarse la autonomía que la parte acreedora de la deuda laboral tiene para modular y determinar a su conveniencia la obligación del trabajador, lo que contradice los postulados del Código civil, por más que el empresario deba sujetarse a determinados requisitos en el ejercicio de estos poderes de especificación.

Todo esto sucede porque el trabajador, cuando concierta su contrato de trabajo, lo que hace es obligarse a trabajar para otro a cambio de un salario¹³⁰. Este trabajar para otro implica hacerlo bajo su dependencia, lo que supone a sus ordenes y bajo su supervisión técnica, porque el trabajador cuando contrata se está insertando en el ámbito organizativo ajeno en que consiste la empresa. De esta manera pasa a formar parte de una organización que, en principio, le es ajena, pero que le va a condicionar en la ejecución de su prestación, tanto como para que la prestación y contraprestación que concertó en el contrato, así como el modo de cumplimiento de estas prestaciones, se pueda ver modificado, no sólo sin su consentimiento, sino en contra de su opinión, sólo y exclusivamente en base a los requerimientos y necesidades de esa organización productiva en la que ha ingresado concertando un contrato de trabajo. En este sentido, la figura del contrato de trabajo es una

¹²⁷ Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “El origen contractual de la relación jurídica de trabajo”, Cuadernos de Política Social, nº 60, 1.960, pgs. 69 y ss.

¹²⁸ Véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, AL, nº 21/1.992, pg. 374-375.

¹²⁹ Cfr. GIUGNI, G.: *Mansioni e Qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Nápoli, 1.963, pg. 388.

¹³⁰ Cfr. El artículo 1.1 LET.

técnica específica de organización de relaciones sociales, como son las relaciones de trabajo¹³¹.

En la doctrina iuslaboral los términos *contrato* y *organización*, pese a su insoluble dependencia mutua, pueden considerarse antitéticos¹³², en cuanto el primero sugiere la autonomía negocial en el establecimiento de las modalidades y límites del vínculo obligatorio, mientras el segundo se refiere al conjunto de poderes del empresario, en cuanto sujeto que organiza los factores intervinientes en la producción¹³³, asumiendo desde esta óptica el valor simbólico de relacionar contrato con libertad del trabajador y organización con los poderes del empresario¹³⁴.

Este binomio contrato-organización plantea una situación aporística a los iuslaboralistas, en cuanto el contrato de trabajo se formula como un contrato cambiario mediante el que los contratantes, en función de sus concretos y personales intereses, intercambian prestaciones, mientras que, funcionalmente, este intercambio se produce dentro de una organización productiva, en la que el contrato ha ubicado el cumplimiento prestacional¹³⁵, que no se puede entender sin la comprensión previa del concepto jurídico de empresa. De aquí que la relación entre los elementos contractual y organizativo y en concreto la integración del componente organizativo en el esquema contractual, sea una cuestión

¹³¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al art. 1.1”, en AA.VV., dir. J.L. Monereo Pérez, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2000, pag. 4.

¹³² Cfr. ZOPPOLI, A.: “Managerialità, dirigenza e contratto di lavoro”, *Lavoro e Diritto*, núm. 2, 1.993, pgs. 267-276.

¹³³ Cfr. MAGRINI, S.: “Lavoro (contrato individuale)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1.973, pg. 233.

¹³⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Organización empresarial y contrato de trabajo”, cit., pg. 12: “El término “organización” se utiliza englobando un doble perfil del fenómeno organizativo, el perfil estático (organización como elemento de coordinación de los recursos productivos), como el perfil dinámico (el conjunto de poderes funcionales a la coordinación de los factores productivos): entre ambos la esencia del fenómeno consiste en el objetivo de la optimización de los recursos productivos.

¹³⁵ No se puede olvidar que la integración o no del trabajador en una organización productiva de titularidad ajena es un elemento cualificador de la relación laboral frente a un contratante autónomo (véase art. 1.1 LET, que dice que el trabajo se presta “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”).

clave, porque el esquema inicial cambiario del contrato de trabajo no parece responder a las exigencias derivadas de la organización productiva en que se desenvuelve¹³⁶.

Pero esta dicotomía contrato-organización no tiene razón de ser, en cuanto que, como se ha dicho por la doctrina, precisamente la función típica del contrato de trabajo es constituir una organización que permitirá coordinar la actividad laboral ajena¹³⁷ para la adecuada utilización y gestión, dentro de ciertos límites, de la mano de obra. En cualquier caso, es claro que la idea clave es que el interés del empleador reside en la coordinación de la actividad del trabajador. En este interés, aunque no sea coincidente con los intereses del trabajador desde el punto de vista económico-social, es decir, cambiario, se comprenden y sintetizan la dimensión organizativa y la dimensión cambiaria del contrato de trabajo¹³⁸. Por eso, el interés que el empleador satisface mediante el contrato de trabajo es el “interés a la organización del trabajo ajeno” orientado al resultado del aparato productivo en su conjunto, es decir encaminado a la consecución de los objetivos de la organización. Por tanto, la función del contrato de trabajo será crear una organización¹³⁹. Este planteamiento ha sido criticado porque, en apariencia, este interés en el resultado de la organización hace pensar en un planteamiento comunitarista, que daría un carácter asociativo al contrato de trabajo, al plantear un objetivo común a ambas partes, como ese resultado de la organización¹⁴⁰. Sin embargo, este planteamiento puede ser hoy revitalizado cuando nos encontramos con los nuevos sistemas organizativos en que se exige la absoluta identificación del trabajador con los objetivos de la empresa.

¹³⁶ Véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Fisonomía laboral de la empresa contemporánea”, Revista Estudios de Deusto, núm. 57/1.976, pg. 529, donde señala que el “contrato de trabajo, heredero del viejo arrendamiento de servicios, es una institución típicamente individualista, en virtud de la cual el trabajador cede los frutos de su trabajo a un tercero por un salario. Esa transferencia inicial de los frutos, imposibilita fundar la participación en el contrato, ya que en éste se fundamenta la dependencia, y su reverso, el poder de dirección”.

¹³⁷ Cfr. PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1.966, pgs. 43, 45 y 92. Se ha criticado esta afirmación objetando que el contrato de trabajo no presupone una organización *in fieri*, sino una organización ya en acto, de tal manera que el vínculo contractual no determina la organización, sino que inserta al trabajador en la misma (MAZZONI, G.: “Note sull’organizzazione di lavoro nell’impresa”, Rivista di Diritto del Lavoro, 1.968, pg. 401.).

¹³⁸ Cfr. PERSIANI, *ibidem*, pgs. 143 y 266.

¹³⁹ *Ibidem*, pg. 75 y ss.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, *ibidem*, pgs. 18-20.

Desde una perspectiva diferente, más matizada, se puede sostener que, si bien el contrato no es extraño al fenómeno organizativo, ha de deslindarse claramente la prestación de trabajo del resultado final del proceso productivo. Así, sólo aquella parte de la organización en la que el trabajador está implicado le puede ser afectada¹⁴¹. Por eso, esta fracción es la que debe delimitarse como exigencia de la organización productiva dentro del vínculo obligatorio, tanto en lo concerniente a los comportamientos debidos, en cuanto exigibles en observancia de las ordenes impartidas por el empleador en el ejercicio de su poder directivo o como límite al resto de exigencias que pueda plantear la organización productiva sobre la vida del contrato de trabajo. De aquí es fácil concluir que el único punto jurídicamente relevante “entre resultado de la organización productiva y comportamiento debido (...) viene dado por el ejercicio del poder de supremacía” del empleador¹⁴².

Desde esta lógica aparece de nuevo la dicotomía contrato-organización, pero vista de otro modo, puesto que ahora el contrato es el instrumento que circunscribe, que delimita, la relevancia de la organización en la relación contractual, señalando sus áreas de influencia, es decir de ejercicio de sus poderes. Así, el contrato atribuye al empresario, dentro de esos límites, una serie de poderes para la coordinación de la prestación laboral: éste es el terreno sobre el cual se encuentran *contrato y organización*¹⁴³; por lo demás, el contrato continúa siendo el instrumento que, delimitando la prestación obligatoria, limita las pretensiones empresariales, esto es, de la *organización*¹⁴⁴.

En resumen, se puede decir que el contrato de trabajo asume, dentro de la empresa, la doble función de institucionalizar y reglamentar el conflicto de intereses subyacente en la

¹⁴¹ Cfr. LISO, F.: *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Angeli, Milano, 1.982, pg. 53.

¹⁴² *Ibidem*, pg. 59.

¹⁴³ *Ibidem*, pg. 55.

¹⁴⁴ ZOPPOLI, A.: *Managerialità...*, cit., pg. 271. En esta línea debe señalarse que la fuente contractual (normada) de la relación tiene una función esencial: constituye un instrumento de garantía sobre la prestación, haciendo verificables los confines y las modalidades de ejecución y permitiendo que la propia subordinación sea, en gran medida, un “elemento calculable” (MENGONI, L.: “L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile”, DLRI, 1.990, pg. 7).

relación de trabajo, formalizando las relaciones de cambio y, a la vez, sirve de instrumento de la función organizativa del trabajo en la empresa¹⁴⁵. En este sentido, el contrato de trabajo está presidido por la dialéctica contradictoria entre conflicto y cooperación, que, a la postre, no es sino un reflejo en el contrato de trabajo de la función genérica del propio ordenamiento laboral en los términos ya conocidos¹⁴⁶.

Por esto, el sistema de contratación laboral y, en consecuencia, el juego del contrato de trabajo en la empresa comporta una mezcla de factores cambiarios y organizacionales bajo un mismo nexo contractual¹⁴⁷, inmersos en el más complejo cuadro de la organización productiva¹⁴⁸, de manera tal que permite visualizar la íntima conexión de la forma contractual con la dinámica de la organización productiva y las relaciones de poder subyacentes que consagra el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, en el contrato de trabajo se perciben dos vertientes, reducida una a la mera función cambiaria, mientras que la segunda perspectiva, ésta funcional, la organizativa, anuda las vicisitudes y exigencias de la organización productiva con la propia dinámica contractual. Esta vertiente funcional se manifiesta, a través del requisito de la consustancial dependencia del trabajo por cuenta ajena, como uno de los exponentes más claros de esa función organizativa del contrato de trabajo que, más allá de cualquier lectura en términos exclusivamente individualistas, conduce a una contemplación en términos

¹⁴⁵ Véase RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1.963, pg. 127: “el ordenamiento jurídico al institucionalizar el trabajo prestado por cuenta ajena y elevar al plano jurídico este hecho social, coloca en la base del contrato laboral, que es el título para la utilización de este trabajo, un “prius” funcional constituido por el fin económico social al que ha de plegarse el negocio bilateral que las partes crean en virtud de su autonomía privada”. En contra de esta dimensión organizativa del contrato, puesto que extracontractualizan el fenómeno organizativo, manteniendo únicamente la función cambiaria del contrato, MANZINI, G.F.: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1.957, pgs. 120 y ss., acogida por LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Univ. De Alicante, 1.984, pg. 54.

¹⁴⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción...*, cit., pg 15 y ss.; *Idem: Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1.992, pg. 29 y ss.

¹⁴⁷ Cfr. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *ibidem*, pgs. 22 y 27.

¹⁴⁸ Véase KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, cit., pgs. 52 y 53. Señala que los recursos de capital no pueden ser utilizados por nadie sin ejercer un poder de mando sobre personas, “los fines económicos no pueden lograrse sin un orden jerárquico dentro de la unidad productiva. No puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer, es decir, sin este elemento de subordinación en el que los juristas correctamente ven la nota fundamental del “contrato de trabajo”.

organizativos, de inserción del trabajador en el ámbito organizativo empresarial, todo ello sin apartarnos del marco contractual individual. Desde este punto de vista, la función organizativa del contrato de trabajo formaliza la cooperación o colaboración del trabajador en el cuadro de la organización productiva de su empleador¹⁴⁹, a la vez que lo subordina a las necesidades de esa organización, que exigirá, cada vez que sea necesaria, la modulación y modificación de sus condiciones contractuales para utilizar adecuadamente su prestación laboral.

No obstante, hay que precisar que la consideración del elemento organizativo presente en el contrato de trabajo no implica necesariamente la contemplación del contrato como un verdadero contrato de organización, puesto que el contrato de trabajo es esencialmente un contrato cambiario, sin relación alguna con la idea de contrato asociativo¹⁵⁰. En cambio, lo que sí hace es establecer una subordinación de la existencia y condiciones del contrato de trabajo al interés o necesidad económica, técnica, organizativa o productiva empresarial, cuya función organizativa es idónea para atraer el más amplio interés empresarial dentro de la relación intersubjetiva contractual¹⁵¹, que se observa especialmente en el diseño jurídico de las vicisitudes contractuales modificativas, de tal modo que su juridificación atiende, sobre todo, a las necesidades propias de la organización productiva, que de esta manera han quedado objetivadas en la norma¹⁵².

¹⁴⁹ MENGONI, L.: “La questione della subordinazione in due trattazioni recenti”, *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1.986, I, pg. 17, interpreta la dependencia como un componente descriptivo de la subordinación, identificativa del contrato de trabajo en términos de “inserción orgánica del trabajador en la empresa”.

¹⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía...*, cit., pg. 77; para un estudio sobre la delimitación entre las relaciones societarias y el contrato de trabajo, véase LUJÁN ALCARÁZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1.994, pgs. 160 y ss.

¹⁵¹ TULLINI, P.: *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1.994, pg. 221 y ss. A este respecto, LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 41 y 42, señala que “las relaciones de producción capitalistas generan no sólo la existencia de determinados intereses en conflicto, sino también la prevalencia del interés por el beneficio y la posibilidad de lograrlo mediante el poder detentado en su seno por el empresario”; son las reglas impuestas por la competencia del mercado el condicionamiento que ha originado “que el empresario capitalista se vea abocado a supeditar cualquier interés a las “necesidades de la producción”, es decir, tenga que utilizar la fuerza de trabajo y, por consiguiente, orientar los criterios organizativos, en función de la obtención del mayor grado de plusvalía”.

¹⁵² Se trata de una funcionalización jurídico-organizativa del contrato de trabajo instrumentalizada en orden a que el empresario realice su interés al beneficio. Pero, el interés directamente protegido no es la

3.1.3. La determinación del objeto del contrato como presupuesto inicial delimitador de la modificación de condiciones contractuales

Se hace imprescindible proceder a la delimitación de lo que se debe entender por objeto del contrato, pues este término se usa con diversas acepciones, no todas correctas. Además, su delimitación conceptual afecta al estudio de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, en cuanto se hace necesario precisar el ámbito contractual sobre el que estas modificaciones se ejercen, puesto que unos refieren la modificación al objeto del contrato y otros la relacionan con el contenido.

El planteamiento del problema es el siguiente: como hemos visto, el artículo 1.261 del Código Civil establece como uno de los requisitos esenciales del contrato el objeto, a la vez que los artículos 1.271 a 1.273¹⁵³ determinan sus requisitos, con arreglo a una concepción que abona a primera vista la idea de que o el negocio no tiene objeto o éste consiste exclusivamente en una cosa o en una prestación¹⁵⁴. Así, el punto de partida normativo, que debiera ser el que ofreciera un cimiento sólido sobre el que edificar nuestra

consecución del beneficio empresarial, sino otro, previo e instrumentalizado en orden a su consecución: el interés al resultado del aparato productivo, para lo cual se diseña un contrato de trabajo cuya existencia se subordina a su contribución organizativa al mismo (Véase PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro...*, cit., pg. 71 y ss.); como advierte MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía...*, cit., pg. 68, en la base del proceso de diferenciación jurídica del contrato de trabajo respecto al arrendamiento de servicios “se halla el elemento de funcionalización del trabajo prestado a las exigencias de funcionamiento de una organización productiva cuyo gobierno es atribuido al empleador”.

¹⁵³ Estos artículos están englobados en el tit. II, “De los contratos”, sección 2ª: “Del objeto de los contratos”:

1.271: Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. (...) Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

1.272: “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”.

1.273: “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

¹⁵⁴ No debe perderse de vista que el 1.088 Cc, cuando dice que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”, es coincidente con el texto del 1.126 francés, por lo que también colabora a la confusión entre el objeto de la obligación y el del contrato.

construcción, no ofrece seguridad alguna. Por eso, la cuestión del objeto¹⁵⁵ del contrato, indiscutido como elemento esencial del mismo en nuestro ordenamiento, no goza de unanimidad alguna en cuanto a su conceptualización en la doctrina civilista, de modo que ni el código, ni la jurisprudencia, ni la doctrina científica ofrecen un concepto de objeto que sea aceptable para las exigencias de una crítica rigurosa, como se evidencia cuando se observa la confusión existente entre el objeto del contrato, del negocio en definitiva, y el objeto de la obligación¹⁵⁶. Sin embargo, en la doctrina laboralista, en cambio, se advierte un importante consenso¹⁵⁷ al señalar el trabajo como objeto de este contrato¹⁵⁸. Pero la existencia de este casi unánime acuerdo no significa en absoluto que se hayan superado los problemas de la doctrina civilista, como señalaremos más adelante, puesto que el término jurídico con el que se designa ese trabajo, prestación, no es usado siempre con significado

¹⁵⁵ En el diccionario de la Real Academia de la Lengua, Espasa, Madrid, 2001, se señalan como acepciones de la voz *objeto*: 1) Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo. 2) Aquello que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales. 3) Término o fin de los actos de las potencias. 4) Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación. 5) Materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio. 6) Cosa. Señala DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos...*, cit., t. 1, pg 197, con razón, que parte de la complejidad y oscuridad del tema puede obedecer al sentido de la palabra *objeto*, que no sólo es multívoca, sino que es, además, un concepto no jurídico aplicado a realidades y esquemas jurídicos.

¹⁵⁶ En cuanto al objeto, igual que sucede con la causa del contrato, la doctrina civilista es unánime en su calificación de los mismos como los dos conceptos más oscuros, difíciles y complejos de la teoría general del contrato. Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit, pg. 142. Es ya un lugar común en la doctrina referir que "el punto de partida de toda esta cuestión deriva del Código civil napoleónico de 1804 que, influenciado por la doctrina de DOMAT y de POTHIER, confunde en sus arts. 1.126 a 1.130 el objeto de la obligación con el del contrato", de modo que el artículo 1.126 afirma que "todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o que una parte se obliga a hacer o a no hacer". Véase, DE LOS MOZOS, J.L.: "El objeto del negocio jurídico", *Revista de Derecho privado*, 1.960, pgs. 372-373, quién señala que la doctrina francesa va a girar a partir de aquí entre dos posturas acerca del concepto de objeto del contrato y del negocio: "o se trata de referirlo a la prestación o bien se refiere a su contenido, o se implican ambas cuestiones confusamente". Así se muestran en el primer sentido y fieles al tenor literal del Código la mayoría de los autores de la llamada escuela de la exégesis.

¹⁵⁷ Esta idea de la práctica unanimidad de la doctrina sobre el objeto ha sido muy resaltada. Véase, por todos, SUPPIEJ, G, *Il rapporto de lavoro*, in Enc. giur. Lavoro, Padua, 1982, pg. 90. SANTORO-PASARELLI, F.: *Nozioni di diritto del lavoro*", Jovene, Nápoles, 1985, pgs. 146-147. Y entre la doctrina española, a MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, 15 ed. Tecnos, Madrid, 1994, pg. 301, idea reproducida en las ediciones siguientes, y GARCÍA VALVERDE, M.D.: "Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial", *Documentación laboral*, nº 45/1995, pg. 111.

¹⁵⁸ CABANELLAS, G.: "Elementos esenciales del contrato de trabajo", en *Estudios sobre derecho individual del trabajo*, en AA.VV. *Estudios en homenaje al profesor Mario L. Deveali*, Heliasta, Buenos Aires, 1.979, considera que el objeto de este contrato es el trabajo; para ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del trabajo*, 25ª ed., Civitas, Madrid, 2.008, pg. 83, "el objeto del contrato de trabajo no son los frutos, sino, por traslación, el trabajo mismo, la actividad del trabajador".

unívoco, ni con su uso se supera la confusión entre el objeto del contrato y el objeto de la prestación. Lo que parece indicar, más bien, es que se dan por resueltas las cuestiones generales de derecho, aceptando apriorísticamente la corrección dogmática de la terminología conceptual empleada, que no es siempre el caso, toda vez que el término objeto se emplea con diferentes acepciones, unas veces en referencia al del contrato, otras al de la obligación y otras a la prestación.

Por otra parte, esta idea del trabajo como objeto contractual ha sido acertadamente criticada, porque en el trabajo sólo reside el interés de una de las partes, el empresario¹⁵⁹. Consecuentemente, debe integrarse en esta perspectiva del objeto del contrato la utilidad perseguida por la contraparte, el trabajador, que es la percepción de un salario, que debe, por tanto, integrarse en el objeto del contrato. De este modo, esta integración nos conduce, tanto a otra expresión mas amplia, englobadora de ambas visiones del objeto, que sería la de *servicios retribuidos*, que se recoge en el artículo 1.1. LET, como a la contemplación de la existencia de un doble objeto contractual. No obstante, hay que llamar la atención acerca del hecho de que el trabajo como objeto del contrato es algo diferente del trabajo como obligación que una parte contrae con respecto a otra, distinción que nos remite al factor diferenciador entre objeto y contenido del contrato¹⁶⁰.

Estas confusiones y las dificultades consiguientes han llevado a un sector de la doctrina a negar que pueda hablarse en sentido estricto de objeto del contrato. Así, se ha dicho que hablando con propiedad un contrato no tiene objeto¹⁶¹. El contrato es un acto jurídico que

¹⁵⁹ Véase MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 229. Califica de simplista la idea de el objeto del contrato de trabajo es “el trabajo prestado en ciertas condiciones (personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena). Esta tendencia simplificadora ha venido encontrando fundamento en el hoy derogado art. 2 LCT, según el cuál el objeto del contrato de trabajo era “todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencias ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones”.

¹⁶⁰ CABANELLAS, G: “Elementos esenciales del contrato de trabajo”, cit., pg. 106.

¹⁶¹ COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, Instituto Reus, Madrid, 1926, I, pgs. 150 y ss. y III, pgs. 586 y ss. Véase, DE LOS MOZOS, op, cit, pg 374, donde señala que la mas autorizada doctrina francesa se atiene a la orientación tradicional. Así, Ripert dice que "un contrato no tiene objeto; tiene efectos y los efectos consisten en la producción de obligaciones: son estas obligaciones las que tienen un objeto (RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit civil de Planiol*, I, 5ª ed., Librairie générale de droit Paris, 1.950, pg. 129 y ss, núms. 271 y ss.; II, pgs. 93 y ss, núm. 244). Esta idea aparece mas claramente oscilando entre la idea de prestación y la de contenido en otros autores: BONNECASE, J.: *Elementos de Derecho civil*, II, José M. Cajica, México, 1945, núm. 287, pgs. 301 y ss.; CARBONNIER, J.; *Droit civil, Presses Universitaires de France*, París, 1957, II, pgs. 362 y ss.

produce el efecto de crear obligaciones, ya a cargo de las dos partes, ya a cargo de una de ellas. Son las obligaciones las que tienen un objeto, no en rigor el contrato. De ahí que sólo de un modo elíptico pueda hablarse de objeto del contrato¹⁶². Sin embargo, otros, consideran que sólo tiene relieve en los negocios patrimoniales y se confunde entonces con el objeto de la obligación¹⁶³. No obstante, esta remisión no soluciona el problema, puesto que el tema del objeto de la obligación también es muy debatido¹⁶⁴. Tampoco se considera aceptable para todos eludir la cuestión diciendo, como hace la mayoría de la doctrina que niega la existencia del objeto del contrato, que el precepto del Código que lo exige se refiere a las obligaciones y, por tanto, debe entenderse su manifestación como una incorrecta expresión legal¹⁶⁵.

Esta multiplicidad de opiniones expuestas se puede sistematizar en diversas corrientes de opinión. La primera dirección, calificada como “acaso la mas simplista y la más carente de prejuicios conceptuales” es la que considera que el objeto del contrato son las *cosas* y los *servicios*, como sucede en el Código civil francés. Esta es también la misma línea de pensamiento recogida en nuestro Código civil, aunque éste perfila mucho mas las ideas recibidas del *Code Napoléon*, de modo que exige para la validez de todo contrato un objeto cierto que sea “materia del mismo” en el artículo 1.261¹⁶⁶. En esta lógica, como señala el

En la doctrina italiana sucede algo parecido debido a la influencia francesa. Véase MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*, Giuffré, Milano, 1.952, pg. 99: “El objeto del que hablan los arts. 1.346-1.349 es la prestación, si bien debe observarse que la prestación es un concepto referente a la materia de la obligación y no a la del contrato, ya que la prestación propiamente es el contenido de la obligación”. En el mismo sentido, BARASSI, L.: *Instituzione di Diritto civile*, Giuffré, Milano, 1.955, pgs. 446-451, y CARNELUTTI, F.: *Teoria General del Derecho...*, cit., pg. 159.

¹⁶² PUIG BRUTAU, J., *ibidem*, pg. 109: “En este sentido, cabe decir que las palabras “objeto del contrato” son una expresión abreviada del siguiente proceso: a) existe un acuerdo de voluntades, b) del que resulta uno o varios derechos personales o de crédito, c) que imponen una determinada conducta a los contrayentes, d) conducta que se refiere a la manera de proceder con determinada cosa, objeto o servicio(...). Tienen objeto, propiamente los derechos y obligaciones nacidas del contrato, pero este objeto de la relación jurídica creada la enumera el Código como un requisito del contrato mismo”.

¹⁶³ Véase PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, II, pg. 141 y ss.

¹⁶⁴ Como ha sido puesto de relieve por MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.958.

¹⁶⁵ DE LOS MOZOS, op. cit, pg. 375.

¹⁶⁶ Véase DIEZ-PICAZO, op. cit., t. I, pgs. 197-198, : “Ambos preceptos del Código Civil francés se

artículo 1.271 Cc, podrán ser objeto del contrato todas las cosas, presentes o futuras, siempre que estén en el comercio de los hombres, y los servicios que no sean contrarios a las leyes y a las buenas costumbres. De este modo se desdobra por el Código civil el objeto del contrato en dos direcciones: cosas y servicios.

Esta es la opinión de la doctrina usual en materia civil¹⁶⁷, sustentada igualmente por una parte de la doctrina iuslaboralista¹⁶⁸, que entiende que, si el objeto del contrato es el bien o los bienes susceptibles de valoración económica con utilidad material para los sujetos contratantes, el objeto del contrato de trabajo estará constituido “por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado”, si bien su forma de expresión lo acerca a la idea de prestación.

Más matizadamente, se ha señalado que si la teoría general de las obligaciones dice que “por objeto de un contrato debe entenderse la sustancia económica –bienes y utilidades que caen bajo la voluntad de las partes- es evidente que la “materia”, (según la expresión del 1.261 Cc) del contrato de trabajo está constituido por los bienes que desean intercambiar los contratantes mediante la celebración del pacto o contrato”¹⁶⁹, que serían, en este caso, el trabajo y el salario que trabajador y empresario intercambian mediante el contrato de trabajo.

Por otra parte, si recordamos que la definición clásica de contrato de trabajo dice que es el que liga a una persona, trabajador, que presta sus servicios a otra, empresario, que los retribuye, organiza y dirige, estamos siendo conducidos a admitir que el objeto del contrato

encuentran dominados... por una completa confusión conceptual”, puesto que se habla de *cosa* en un sentido vulgar y extraordinariamente amplio, incluso con impropiedad, pues las cosas como realidades exteriores pueden ser objeto de las obligaciones de dar, pero no de las de hacer o no hacer, que en muchas ocasiones pueden agotarse en el puro servicio, en la simple conducta de la persona, sin que sea necesario referir este hacer a una realidad del mundo exterior”. Por otra parte, el art. 1.127 introduce un nuevo punto de confusión, cuando queriendo aclarar dice que la cosa puede considerarse en sí misma o en su uso o en su posesión.

¹⁶⁷ DIEZ-PICAZO, *ibidem*.

¹⁶⁸ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pg. 485.

¹⁶⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pg. 299 y bibliografía citada.

es la prestación de servicios retribuidos¹⁷⁰, como se desprende también de la literalidad del artículo 1.1. LET, es obvio que estamos ya ante una idea muy cercana a la concepción de la prestación como objeto del contrato. A este modo de entender el objeto del contrato como las cosas o los servicios se le pueden hacer serias objeciones¹⁷¹ como, por ejemplo, que esta idea no puede aplicarse a todos los tipos contractuales, por lo que se demuestra insuficiente, a pesar de los términos del artículo 1.272 Cc¹⁷².

La admisión de la idea de cosa o de servicio como objeto contractual nos lleva a aquella otra que considera que el trabajo es una mercancía¹⁷³ como otra cualquiera que concurre al mercado y que puede ser comprada o vendida sin más que someterse al juego de la oferta y demanda¹⁷⁴, *cosificando* así el trabajo, lo que implica también *cosificarse* el trabajador a sí mismo¹⁷⁵, volviendo a una situación de esclavitud, sino formal como en la Antigüedad, sí real, material, en cuanto que el propio trabajador, dueño de su fuerza de trabajo y libre para

¹⁷⁰ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 85.

¹⁷¹ CASTÁN rechaza esta concepción cuando reconoce que no son la cosa, ni la prestación, el objeto del negocio jurídico, sino los derechos y obligaciones que por él se constituyen, si bien de esta manera, parece que “refiere el objeto al “contenido” del negocio” (Cfr. *Derecho civil español, común y foral*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, pgs. 508-509. De este mismo parecer es GARRIGUES DÍAZ-Cañabate, J.: “El consentimiento y el objeto en el contrato de sociedad”, RDM, 2/1.946, pg. 131 y ss.

¹⁷² Como sucede con el contrato de cesión de créditos y demás derechos incorporales en que el objeto no es ya una cosa, ni tampoco un servicio, sino un crédito, un derecho, una acción (art. 1.526); en definitiva, un derecho subjetivo, un poder jurídico cuya titularidad ostenta una de las partes. Cfr. DÍEZ-PICAZO, cit., t. I, pgs. 198 y 199.

¹⁷³ La Declaración de Filadelfia de 1.944, que contiene los fines y objetivos de la OIT, dice que “el trabajo no es una mercancía”, rechazando la evidente realidad del carácter mercantil del mismo. Como señala ALONSO OLEA, J.: “La empresa vista desde el punto de vista social”, en AA.VV., *La empresa*, Madrid, 1.962, pg. 90: “será una mercancía distinta de las demás, con un régimen peculiarísimo (...) pero que el trabajo es un bien que existe en el mercado y que se canjea mediante un precio, que es el salario, esto parece una realidad evidente”. Véase MARX, C.: *Trabajo asalariado y capital*, Equipo Editorial, Madrid, 1.968, pgs. 33 y 90, donde señala que “el valor de la fuerza de trabajo se fija lo mismo que el de otra mercancía”.

¹⁷⁴ MARX, K.: *El Capital*, t. 1, pg. 120 y ss.; *Idem: Trabajo asalariado y capital*, cit. pg. 24; CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Akal, Madrid, 1.982, pg. 68-72. Esta consideración del trabajo como mercancía estuvo en la base de los procesos de liberalización económica, jurídica e institucional generadora de la “cuestión social”. Cfr. POLANYI, G.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, cit., pg. 321 y ss.

¹⁷⁵ A este propósito VIDA SORIA, J.: “La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo”, cit., pg. 924, señala que “el Derecho del Trabajo reside nada más que en la existencia de una clase obrera que vende su trabajo, [y a la vez se vende a sí mismo según la lúcida exposición y el definitivo diagnóstico marxista]”.

contratar en pie de igualdad formal con el patrono, vende su trabajo, que es inherente e inseparable de él o más propiamente, vende parte de su tiempo, que es lo mismo que decir de su vida, pasando a ser esclavo a tiempo parcial, por horas, lo que parece mas exacto¹⁷⁶. Si parece excesivo lo de vender se puede hablar de alquiler, pero estamos diciendo lo mismo. Es el antiguo esquema de la *locatio operarum*¹⁷⁷.

Esta idea, lógicamente, ha sido rechazada por la totalidad de la doctrina iuslaboralista moderna en base “a un intento pietista de encubrir esa compraventa nuda con diversas tesis encaminadas a una pseudoprotección de la dignidad del vendedor de su fuerza de trabajo [que] no ha servido sino para crear círculos viciosos de dialéctica gratuita”¹⁷⁸, porque realmente parece responder a la cruda y descarnada realidad socio-económica subyacente que juridifica el contrato de trabajo, si bien con todas las matizaciones que se quiera¹⁷⁹.

¹⁷⁶ En apoyo, circunstancial, de esta idea se puede usar, aunque han sido dichas con una finalidad diferente, las palabras de LYON-CAEN, G.: “Défense et illustration du contrat du travail”, Archives de Philosophie du Droit, t. XIII, París, 1.968, pg. 64: “El trabajo no es un bien pues no hay arrendamiento de un objeto cuyo disfrute le sea reconocido al arrendatario (...) el trabajo como tal no existe, sólo hay un hombre que trabaja”. Se muestra contrario, entre otros, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001, pgs.165 y ss., con amplia argumentación y bibliografía de apoyo.

¹⁷⁷ A este respecto, CARNELUTTI señala que “uno de los mejores éxitos de la ciencia jurídica consiste en la posibilidad de valorar exactamente al hombre, no tan sólo como sujeto, sino también como objeto de derecho. Y por lo tanto, la antigua repugnancia contra el concepto de *locatio hominis*, cuando el hombre es libre, no puede considerarse sino como una superstición”. Véase “Contrato de trabajo”, Derecho del Trabajo, t. VIII/1.948, pg. 225 y ss., esp. 227.

¹⁷⁸ CABRERA BAZÁN, J., op. cit., pgs. 53 y ss., esp. 56. En contra, ALONSO OLEA dice que “los intentos de objetivar radicalmente, de cosificar, por entero la prestación, aparte de posiblemente inútiles, resultan estrictamente inhumanos”, en *Introducción...*, pg. 111. A favor de esta idea de compraventa de energía humana que es el trabajo asalariado CARNELUTTI: “Studi sulle energie”, en Rivista di Diritto civile, 1.913, pgs. 230 y ss.: disociando la energía del cuerpo que la produce, considera sólo aquélla como objeto del contrato de trabajo. De este modo, las energías humanas, en cuanto objeto de un contrato, son cosas, y pueden ser objeto de contrato sólo cuando se objetivizan, se exteriorizan y se separan del cuerpo, que es el hombre. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1.999, pg. 37, se muestra contrario a la idea de objetivación, negando la posibilidad de separación de la fuerza de trabajo de la persona que es su fuente portadora.

¹⁷⁹ Evidentemente la realidad socio-profesional llevaría a hacer todas las excepciones que se quieran a esta afirmación, puesto que junto a profesiones y trabajos en los que se implica enteramente el alma del trabajador, hay otros muchos en que por la cualificación, formación y realidad económica y laboral en que se desarrollan, se asiste, con todos los razonamientos edulcorantes que se quieran, a una pura y dura compraventa o alquiler del trabajador a cambio de remuneración, sin que este tenga necesidad de implicar nada más que su nuda fuerza de trabajo, como sucede en la típica cadena de montaje o en multitud de trabajos que únicamente exigen la fuerza y resistencia física necesaria para su desempeño. Sobre la división del trabajo y los diversos tipos de trabajadores puede verse GORZ, A.: *Metamorfosis del trabajo*, ya citado, aparte, por supuesto, de las obras de MARX.

Ahora bien, si llevamos la argumentación hasta el final, en esta lógica, el objeto no sería ya la cosa, es decir, el trabajo o la energía laboral, sino el tiempo del hombre, que equivale a decir el propio hombre, con lo que se cae en la herejía de la *cosificación* y de la objetivización del hombre, contra la que la civilización cristiano-occidental lleva dos milenios luchando en el campo de las ideas en pos de la dignidad humana, aunque esta lucha ética no ha tenido su correspondiente laboral hasta tiempos recientes.

No obstante, hay que señalar que nada obsta a que el trabajador conserve su plena dignidad humana, que no pierde por el hecho de ponerse a disposición de otra persona, de sujetarse a las ordenes del empresario, aunque entendamos que vende su tiempo o su energía o que se alquila por horas¹⁸⁰, puesto que el poder que el contrato otorga al empresario comprador sobre el trabajador que vende no implica un desprecio a los valores humanos y a su dignidad como persona que trabaja, sino que, al contrario, se exige que el ejercicio de los poderes directivos siempre respete la dignidad de ese trabajador. Y esto es así con independencia de que admitamos que el contrato de trabajo es una compraventa de energía laboral o de tiempo del trabajador o se niegue diciendo que lo que se contrata es un intercambio de trabajo por salario –“servicios retribuidos” dice el artículo 1.1 LET-, que entiendo dice lo mismo de una manera bastante mas piadosa y, como se dice ahora, más correcta políticamente.

Una segunda corriente de opinión es la que defiende a la prestación como objeto del contrato. Esta dirección, originada en el derecho alemán, señala como objeto del contrato a la prestación, entendida como el “comportamiento de una de las partes que tiene un valor económico y ofrece interés para la otra”. De este modo, al igual que sucede con la compraventa o el arrendamiento que, desde este punto de vista, ya no tienen como objeto la cosa o el precio, sino el comportamiento destinado a entregar la cosa y a pagar el precio¹⁸¹, en el contrato de trabajo ya no será el trabajo sino el comportamiento de las

¹⁸⁰ En este sentido “la persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador. El cuerpo es el lugar, el pasaje obligado de la realización de las obligaciones del trabajador; es la cosa misma que forma la materia del contrato”, señala SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, cit., pg. 80, donde, además, señala que “hablar del carácter personal de la relación de trabajo es, a la vez, ambiguo, peligroso e insuficiente”. Véase la extensa argumentación, en línea con la aquí mantenida, que expone en las paginas 61 a 85.

¹⁸¹ Afirma DIEZ-PICAZO, *Ibidem*, pg. 200, que esta idea parece presidir el moderno Código civil

partes orientado al cumplimiento de las obligaciones respectivas, laboral para el trabajador y salarial para el empresario.

Además de referirnos al objeto del contrato como un único concepto, podemos hacerlo en la doble acepción de objeto mediato o inmediato del contrato. En este sentido se dice que los contratos en nuestro ordenamiento positivo engendran obligaciones, surgiendo de todo contrato una o varias prestaciones de dar o de hacer o no hacer, que constituyen el objeto inmediato del contrato. Pero como a su vez estas obligaciones recaen sobre cosas materiales o sobre actos humanos, éstas constituyen el objeto mediato del contrato¹⁸².

Si el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, como dice el artículo 1.254 del Código civil, parece que el objeto inmediato del contrato debe ser la creación de esa relación jurídica generadora de las obligaciones y derechos respectivos de las partes¹⁸³, que a su vez determinarán la conducta que los contratantes deben seguir para cumplir las obligaciones contractuales. Esta conducta, con la que cada parte debe corresponder al derecho de la otra, es lo que se denomina prestación. Con el uso de este concepto se “trata de unificar el objeto del derecho de crédito, consistente en la satisfacción del derecho del acreedor por medio de una determinada conducta de la persona obligada”¹⁸⁴. De este modo

italiano, aunque en ninguno de los preceptos que le dedica (arts. 1.346-1.349) define lo que haya de entenderse por objeto del contrato.

¹⁸² OSSORIO MORALES, J.: *Lecciones de Derecho civil*, 2ª ed., Comares, Granada, 1.986, pg. 229. Haciendo una distinción similar, cfr. PERSIANI: *Contrato di lavoro e organizzazione*, cit., pg. 61, citando a GIORGI, distingue entre la obligación como objeto inmediato del contrato y la prestación como objeto mediato. La teoría de OSORIO y la de GIORGI se diferencian en que la primera contempla como objetos la cosa o servicio y la prestación, mientras que la segunda asume la obligación y la prestación.

¹⁸³ El Código civil, en su artículo 1.088, dice que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. De este modo, en lugar de dar un concepto de obligación se limita a enumerar sus posibles contenidos. Cfr. Sobre este tema, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, T. II, pg. 47 y ss., donde trata ampliamente el problema del concepto jurídico de obligación, entendida así como la “correlación del deber del deudor y el derecho del acreedor”, por lo que el “deber del deudor es un genuino deber jurídico”, en el sentido de que “el derecho del acreedor es un derecho subjetivo que tiene como contenido la persona del deudor”. Asimismo, véase, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, cit., t.I, vol. 2, pgs. 5 y ss., acerca del concepto de obligación.

¹⁸⁴ Cfr. PUIG BRUTAU, T. I, vl. 2, pg. 22 y ss.: “En las modernas obras de Derecho civil español es usual utilizar la palabra “prestación” en el sentido amplio de la conducta debida por el obligado, que puede consistir en dar, hacer o no hacer (art. 1.088 Cc.)”. Para CARNELUTTI, en cambio, la prestación, es el medio en virtud del cual la relación se agota y se observa, esto es, el cumplimiento de la obligación.

se hace coincidir el objeto del contrato y de la obligación¹⁸⁵, olvidando que el objeto de la obligación lo constituye el comportamiento del deudor, la conducta de acción u omisión a que está obligado, es decir, la prestación. De este modo, el objeto se define como prestación¹⁸⁶.

Sin embargo, esta posición, que confunde el objeto del contrato con el de la obligación, es la mayoritariamente mantenida por la doctrina laboralista, que la sostiene con escasas variantes, coincidentes en que “la prestación laboral y la prestación salarial constituyen (...)el objeto del contrato y son a la vez objetos de las obligaciones básicas del trabajador y del empresario”¹⁸⁷. Esta idea, por otra parte, es la que se desprende del artículo 1.1 del ET, que habla de “servicios retribuidos”, lo que permite hablar de la “doble cara del objeto del contrato de trabajo: la prestación laboral y la prestación salarial”¹⁸⁸. Esta idea se basa en que el objeto del contrato es el trabajo, realizado libremente, con finalidad productiva y susceptible de contraprestación. De este modo, como el contrato de trabajo es un contrato sinalagmático, su bilateralidad y reciprocidad conducen a que su objeto sea doble: prestación laboral y prestación salarial¹⁸⁹.

.Cfr. *Diritto e processo nella teoria delle obbligazione*, en Studi Chiovenda, 1.927, pgs. 251 y ss.

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Edit. Ceura, Madrid, 1983, pg. 98: “El contrato y la obligación está en relación de causa a efecto; el contrato se da en el plano de las declaraciones de voluntad; la obligación es la consecuencia derivada del contrato. El objeto del contrato y el de la obligación coinciden. Hablar del objeto del contrato o del objeto de la obligación es referirse al mismo fenómeno contemplado en dos fases de su manifestación y desarrollo”.

¹⁸⁶ En esta lógica, el Código “parece referir el objeto de los negocios patrimoniales al de la prestación”, como se ve en la exigencia de objeto cierto del artículo 1.261.2 y la necesidad de que las cosas estén en el comercio y sean posibles, al igual que los servicios de que se trate (PUIG BRUTAU, cit., pg. 110). Con similar planteamiento GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, pg. 123; MESSINEO, F.: *Dottrina generale del contratto*, cit., pg. 99; BARASSI, *Istituzioni di Diritto civile*, cit., pgs. 446-451, y CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho...*, cit., pg. 159.

¹⁸⁷ Véase, por todos, GARCIA VALVERDE, op. cit., pg. 111 y la bibliografía que cita. En el mismo sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, AL, nº 21 de 1.992, pg. 375, señala también el consenso acerca del objeto del contrato de trabajo en la doctrina al que identifican con “las prestaciones que conforman el contrato de trabajo, la prestación de trabajo y el salario”.

¹⁸⁸ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, 16ª ed., Tecnos, 1995, pg. 299, donde dice que “en la expresión sintética “servicios retribuidos” se cifra esta doble cara del objeto del contrato de trabajo: la prestación laboral y la prestación salarial, objetos a su vez de las obligaciones básicas del trabajador y el empresario”.

¹⁸⁹ CABANELLAS, G: *Elementos esenciales del contrato de trabajo*, cit., pg.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, tendiendo a reducir el objeto a la actividad laboral comprometida, esto es a la prestación: “Por objeto del contrato de trabajo y, por traslación, de las obligaciones que de él dimanen, hay que entender (...) al trabajo o servicio en sí mismo, es decir, la actividad del trabajador prestada por cuenta y bajo dependencia ajena”¹⁹⁰. Inicialmente, la literalidad del párrafo señalado se refiere a la prestación del trabajador, si bien posteriormente se amplió esta opinión, como no podía ser de otra manera, hasta englobar la prestación salarial¹⁹¹.

Estas posiciones pueden ser objetadas, en línea con las críticas hechas a los civilistas sostenedores de esta tesis. Además, cuando hablan del trabajo como objeto del contrato y como prestación, es decir como obligación que una parte contrae con respecto a la otra, están hablando de cosas diferentes: precisamente esta distinción es la que existe entre objeto y contenido del contrato¹⁹².

La tercera corriente de opinión es la que señala a la obligación como objeto del contrato. Si aceptamos que el contrato es un “acto jurídico que regula la conducta que han de seguir las personas que lo otorgan”¹⁹³, el objeto del contrato deberá ser la obligación que se constituye, se modifica o se extingue por el contrato. De este modo, se puede concebir como objeto del contrato no sólo la relación obligatoria¹⁹⁴ en particular, sino en general la

¹⁹⁰ Ver STCT de 7 de octubre de 1981, Ar 5704. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia”, en *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios en homenaje de Manuel Alonso Olea*, MTSS, 1990, pg. 710.

¹⁹¹ Ver STS 31 de marzo de 1.984, Ar 593.

¹⁹² Cfr. CASI: “La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro”, Giuffré, Milán, 1947, pg. 101.

¹⁹³ El artículo 1.254 del Código civil declara que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

¹⁹⁴ El Código civil, en su artículo 1.088, dice que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. De este modo, en lugar de dar un concepto de obligación, se limita a enumerar sus posibles contenidos. Cfr. Sobre este tema DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, pgs. 47 y ss., donde se trata ampliamente el problema del concepto jurídico de obligación, ligado casi siempre al de obligación contractual (pg. 54), que permite una construcción bipolar del concepto de obligación, entendida así como la “correlación del deber del deudor y el derecho del acreedor”, por lo que “el deber del deudor es un genuino deber jurídico”, en el sentido de que “el derecho del acreedor es un derecho subjetivo que tiene como contenido la persona del deudor” (pg. 55).

relación jurídica patrimonial¹⁹⁵. Alonso Olea¹⁹⁶, en su postura ecléctica, mantiene que, en un sentido traslativo, “el objeto del contrato son las obligaciones –de trabajar, de remunerar- asumidas por las partes, siendo el trabajo y el salario, a su vez, objeto de estas obligaciones”, pero la continuación de su argumentación traslaticia le lleva a afirmar que “el objeto del contrato de trabajo es la prestación de servicios retribuidos”, expresión que nos remite a cuanto acabamos de decir con respecto a la identificación del objeto del contrato con la prestación. Frente a estas ideas se puede objetar, como ya se señaló, que la relación jurídica sobre la cual incide el contrato no es su objeto, sino su efecto, en cuanto que la relación obligatoria es una realidad derivada del contrato, producida por él y emanada del contrato. Tampoco puede decirse que el objeto del contrato son “estas relaciones a las que el contrato da vida contempladas no como efecto del contrato, sino antes de su producción, porque entonces el objeto del contrato no es la relación, sino la contemplación ideal de la relación y de esta manera se esfuma nuevamente el objeto del contrato”¹⁹⁷.

Hasta ahora no ha quedado claro, ante la disparidad de criterios expuestos, cuál es para la doctrina el objeto del contrato, sino mas bien lo contrario. Por eso, debemos hacer un intento de resolver la situación de una manera que nos permita conciliar, si eso es posible, las opiniones doctrinales con la realidad normativa.

A la vista de las diferentes opiniones y las objeciones que se plantean a cada una, la solución dogmáticamente mas acertada a primera vista es mantener que el contrato no tiene objeto, sino que lo que tiene son efectos, la creación de obligaciones, que sí tienen objeto, y este objeto en el contrato de trabajo está conformado por las prestaciones laboral y salarial de los contratantes.

¹⁹⁵ A este respecto, es claro que el objeto inmediato del contrato es la creación de esta relación jurídica generadora de las obligaciones y derechos respectivos de las partes, que a su vez determinarán la conducta que los contratantes deben seguir para cumplir las obligaciones contractuales. Cfr. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, cit, t. I, vol. 2, cit., pg 5 y ss; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit.,t.1, pg. 201.

¹⁹⁶ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del trabajo*, cit, pg. 54, mantienen una posición en la que caben casi todas las opciones.

¹⁹⁷ ALBADALEJO, M.: *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1.960, pg. 165 y ss.

Por esto, se dice que el objeto es siempre la materia social afectada, la realidad social acotada como base¹⁹⁸. Que el objeto del contrato sea la *materia* de éste, un *quid* externo, un *quid* material¹⁹⁹, nos lleva a admitir como objeto del contrato “las mas variadas realidades; las cosas u objetos corporales; las energías naturales, que no parecen entrar, en rigor en el concepto estricto de cosas; las creaciones del ingenio, la obra intelectual, el invento; las situaciones de poder o de deber de que los sujetos son titulares; el comportamiento de las personas en cuanto puede proporcionar una utilidad o un valor económico o servicios; el dinero como pura medida de valor...etc.”²⁰⁰, y que hace que sea muy difícil englobar en un concepto unitario esta realidad.

Sin embargo, Betti lo encuentra en la idea de interés, de modo que para él “objeto o materia del negocio son (...) los intereses que, según la organización social, consientan ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas”²⁰¹. De este modo, nunca puede confundirse el objeto del contrato con la cosa motivo del tráfico o con la prestación²⁰². Para Betti el objeto del negocio son los fines prácticos a alcanzar: el resultado práctico²⁰³. Desde este punto de vista, el objeto del

¹⁹⁸ DE CASTRO, : *El negocio jurídico*, op., cit., pgs. 53 y 55. Acertadamente pone de relieve DE LOS MOZOS, J.L.: “El objeto del negocio jurídico”, cit, pg. 377, que la idea del objeto como materia del negocio, o como “intereses regulados” (BETTI), que es lo mismo, “coincide felizmente” con la expresión del Código civil en su artículo 1.261.2 (“Objeto cierto que sea materia del contrato”).

¹⁹⁹ CARIOTA-FERRARA, en DE LOS MOZOS, cit, pg. 382.

²⁰⁰ DIEZ-PICAZO, *ibidem* pg. 201.

²⁰¹ BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pg. 77, habla de *intereses* en lugar de *bienes*, porque también éstos, “en la consideración de la conciencia social, hecha propia por el Derecho, son estimados siempre con referencia a los sujetos y mirando a su específica aptitud para satisfacer necesidades de la vida de relación”. En cambio, DIEZ-PICAZO califica la idea de interés como difusa y propone sustituirla por el concepto de *bien*, entendido como “aquella realidad susceptible de utilidad y de interés”, porque el término interés “tanto puede significar la relación objetiva del hombre con esta realidad que se presenta como útil, cuanto el móvil, apetito o fin subjetivado que mueve al hombre a actuar, a relacionarse con esta útil realidad, a “interesarse” por ella”. Cfr. DIEZ-PICAZO, cit., t. I, pg. 202. En cualquier caso, el problema es que la idea de bien, como la de prestación, sugiere la de objeto, como señala MOSCO, L.: *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1.947, pg. 167.

²⁰² Esta confusión se presta a serias objeciones ya señaladas en parte. Su admisión lleva tanto a la existencia de contratos con dos objetos (contratos bilaterales como el contrato de trabajo o de compraventa), con un solo objeto (contratos unilaterales, como el préstamo simple), o ninguno (contrato de bienes con ocasión de matrimonio sin aportaciones).

negocio no es más que la realización jurídica²⁰⁴ del interés práctico o intento práctico de las partes, su resultado en fin, que si bien es adonde se dirige la voluntad negocial, no debe reconducirse en ningún caso a los motivos como elemento interno de la declaración de voluntad, toda vez que los motivos son normalmente irrelevantes para el Derecho²⁰⁵.

El problema aparece cuando se quiere concretar en que consiste ese intento, ese interés práctico, preciso y determinado que se ha admitido por alguna doctrina²⁰⁶ como objeto del contrato de trabajo y que estaría en “el trabajo en cuanto supone despliegue de energías, desarrollo de una actividad determinada”, cualificado con las características que le permiten ser el “interés práctico” de un contrato de trabajo, como es la “prestación libre de un trabajo, con ánimo de producir un resultado” para quién se presta, que es el que remunera ese trabajo. Así, se entiende que “se dan los dos aspectos que constituyen el objeto de todo contrato: la materia como realidad, conjunto de bienes, utilidades o relaciones que caen bajo la voluntad de las partes, y el interés práctico que delimita la figura del contrato en cuestión”. Y concluye diciendo que, dado el tenor literal del 1.1 y 8.1 del ET, el interés práctico del negocio jurídico-laboral es “la prestación de un servicio en las condiciones que para esa prestación se señalan en los preceptos enunciados”. En resumen, que el objeto del contrato de trabajo es la prestación de cada uno de los contratantes. De nuevo estamos inmersos en la elipsis de orden práctico que nos lleva a

²⁰³ BETTI, *ibidem*, pgs. 82 y 83

²⁰⁴ Y lo será si el negocio emprendido tiene una “función económico-social”, digna de tutela, es decir, si la causa del negocio es válida. Las partes, en el negocio jurídico, tienen un intento práctico, no un intento jurídico, si bien se sirven de un medio jurídico para conseguir su intento práctico. (De los MOZOS, *ib.*, pg. 382). En esto reside la diferencia entre los negocios jurídicos y otros hechos sociales al margen del Derecho, como son los actos de urbanidad, cortesía, etc.”. En este sentido, COVIELLO, N.: *Doctrina general del Derecho civil*, Uteha, México, 1919, pg. 458, señala que “las declaraciones de la voluntad privada, para producir efectos jurídicos, deben tener un objetivo práctico; más aún, en cuanto un fin práctico está reconocido y protegido por el Derecho, la declaración de voluntad que tiende a conseguirlo asume la figura y la eficacia de negocio jurídico”.

²⁰⁵ No obstante esta irrelevancia jurídica de los motivos, IHERING (*El fin del Derecho*, Comares, Granada, 2.000, pg. 40) decía: “Si el fin determina la voluntad, el hecho de que las voluntades de dos o más personas vengán a recaer en un mismo punto prueba la concordancia de sus fines o de sus intereses al acto que meditan [...] Su contrato demuestra la coincidencia de sus intereses, no teóricamente, indicando que sus respectivas especulaciones se basan en la realización de una sola y misma coyuntura, sino como fin práctico de una cooperación para la cual ambos se unen”. En el mismo sentido, COVIELLO. *Doctrina general del Derecho civil*, cit., pg. 458.

²⁰⁶ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del trabajo*, 6ª ed. Ariel, Barcelona, 1995, pg. 341 y ss.

identificar el objeto del contrato con el de la obligación-efecto del contrato, sólo que partiendo de otro concepto de objeto, antes la cosa o el servicio que se debe prestar y ahora el intento práctico.

En cualquier caso, esta interpretación no parece acorde con la teoría del objeto como el interés práctico del contrato, que entiendo debiera ser el interés en el intercambio prestacional, como fin práctico al que se dirige la voluntad de las partes en la concertación contractual. Ahora bien, el caso es que ya estamos dentro de la *función económico-social* del contrato, es decir, en la causa, en la que se integra y con la que se confunde esta idea del objeto del contrato²⁰⁷, si bien algún autor ha defendido exactamente lo contrario, que la causa se integra en el objeto²⁰⁸.

A la vista de la diversidad de opiniones expuesta, que no acaban de determinar cuál es la verdadera noción que puede predicarse del objeto del contrato, empeño que parece imposible, tenemos que llegar a una posición que nos permita compaginar las exigencias dogmáticas con la realidad normativa y que nos permita descender del cielo de los conceptos jurídicos²⁰⁹ a la realidad normativa, desde una perspectiva mas centrada en un normativismo realista que permita compaginar el rigor dogmático con el respeto a la norma, que exige la existencia de objeto para la validez de un contrato, y el respeto a la terminología consagrada por el uso, aunque en rigor no se comparta. Desde este punto de vista podemos decir, siquiera sea a efectos discursivos, que el objeto del contrato será el trabajo, pero no cualquiera, sino el trabajo en vistas a un rendimiento útil, como actividad organizada en vista de ese resultado. Esta idea del trabajo dirigido hacia resultados útiles y productivos, llevado a cabo dentro del ámbito organizativo ajeno, nos permite explicar el

²⁰⁷ Cfr. MESSINEO, op. cit., pg. 77, donde identifica el *intento* con la causa desde una óptica subjetivista. Esta visión del objeto, dice DE LOS MOZOS, *ibidem*, pg. 376, apoyado en una amplia bibliografía, permitiría diferenciar el objeto, como elemento del contrato, de la función del ordenamiento jurídico con respecto al mismo, poniendo en evidencia que intereses son merecedores de tutela jurídica, si bien parece que el efecto que consigue está en dirección opuesta al pretendido, pues los confunde.

²⁰⁸ Véase MOSCO, op. cit. pg. 225. Dice que el objeto del negocio no es una repetición de otro requisito como es la causa sino al contrario, puesto que niega la sustantividad de la causa como requisito independiente del negocio jurídico diciendo que lo que la doctrina entiende por causa pertenece al concepto del objeto del negocio o a una parte del mismo.

²⁰⁹ Véase IHERING, R.: *Bromas y veras de la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Madrid, trad. de Tomás A. Banzhaf, Civitas, 1.987.

especial régimen novatorio y modificativo del contrato de trabajo, puesto que el trabajo por cuenta ajena sólo será útil a la organización empresarial en que se presta si en cada momento puede ser desempeñado allí donde las necesidades organizativas lo exijan, lo que se puede hacer a través del instituto modificativo apropiado. En caso contrario, ese trabajo será improductivo y puede hasta representar una carga perjudicial para la competitividad empresarial.

Desde esta perspectiva, ese trabajo útil es el objeto de la relación social de base económico-patrimonial relevante para el Derecho, que se formaliza por medio del contrato de trabajo, del que, por traslación, pasa a ser objeto también. En este sentido, el contrato de trabajo es la expresión formal de una relación social que tiene como objeto el trabajo, entendido como energía o fuerza de trabajo empleada en un proceso productivo determinado²¹⁰. Esta calificación, de relevancia práctica, permite determinar las funciones y, por tanto, el trabajo a realizar, es decir, la prestación debida. Desde esta perspectiva, el intercambio prestacional, el traslado remunerado de los frutos del trabajo dependiente, es la causa del contrato de trabajo, mientras que el objeto será la prestación de servicios a cambio de remuneración.

Así, el objeto del contrato es la realidad social acotada como base del mismo o, mas expresamente, la “representación común”²¹¹ de los contratantes sobre un sector de la realidad social, que permite el consentimiento en cuanto es concurrencia de oferta y aceptación. Para resumir, si el objeto es aquello en lo que se está de acuerdo, el objeto del contrato de trabajo será el trabajo útil remunerado, pero sin olvidar que este objeto es propiamente el objeto de la obligación creada por el contrato. En este sentido, “el objeto de la relación laboral es una obligación de hacer: un ponerse a disposición del empresario para trabajar. El trabajador debe trabajo como actividad (obligación de actividad), no un resultado (obligación de resultado). Es el trabajo-actividad lo que es objeto del tráfico

²¹⁰ Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 1.1”, en *Comentario al Estatuto de los trabajadores*, cit., pgs. 5 y 6.

²¹¹ Cf. GETE-ALONSO y CALERA, MARIA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, pg 274.

jurídico²¹². Sin embargo, esta contemplación del trabajo como obligación de actividad puede desplazarse a la consideración del trabajo como resultado en determinadas situaciones, como cuando se práctica en la empresa una dirección por objetivos²¹³, en las que está íntimamente comprometido el trabajador con el resultado de la organización. Sin embargo, esto no supone un desplazamiento total, sino que el planteamiento se vuelve más complejo y tiende a modularse, al moverse en la línea que va desde la mera actividad presencial a la mayor o menor implicación en los objetivos empresariales.

3.1.3.1. Distinción entre objeto y contenido

Llegados a este punto, la distinción entre objeto y contenido del contrato no debe ofrecer dificultad alguna²¹⁴. El contenido del negocio está constituido por las prestaciones y demás efectos jurídicos nacidos del mismo²¹⁵. Las prestaciones son el objeto de las obligaciones, y su concreción es el contenido. En este sentido se puede decir que la prestación es el contenido del contrato²¹⁶, en cuanto modo de llevar a cabo ese dar, hacer o no hacer alguna cosa objeto de la prestación debida.

De este modo, el contenido del contrato puede ser entendido como “la reglamentación contractual, el conjunto de cláusulas queridas por las partes o introducidas en él por mandato legal, de los usos o de la equidad”²¹⁷, es decir, el modo de llevar a cabo la

²¹² Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 1”, cit., pg. 25.

²¹³ Sobre el carácter del trabajo como deuda de actividad o de resultado en relación con el salario, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del salario*, cit., pg. 349 y ss.

²¹⁴ De una opinión diferente es GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pgs. 123 y 124, donde indica que esta distinción no siempre es fácil de hacer, necesitando a veces una “operación de interpretación del contrato, dirigida a distinguir entre objeto y contenido”. GALGANO parte de una concepción del objeto como “el derecho (real o de crédito) que el contrato transfiere de una parte a la otra o bien la prestación que una parte se obliga a ejecutar a favor de la otra. Para él, el objeto consiste en las cosas o en las prestaciones mediante las cuales se realiza la función económica del contrato”, como ya se ha dicho.

²¹⁵ Cfr. DE LOS MOZOS, cit., pg. 383, siguiendo a CARIOTA FERRARA, cit, pgs. 94 y ss.

²¹⁶ Véase MESSINEO: op. cit, pg. 99.

²¹⁷ Cfr. GALGANO, F.: *Ibidem*.

prestación debida, para lo que ésta puede y debe concretarse materialmente²¹⁸. Si obviamos esta distinción, se confunden los objetos del contrato y de la obligación, que es lo que le sucede a la mayoría de la doctrina iuslaboralista cuando se expresa elípticamente acerca del objeto del contrato y dice que este objeto es, en el contrato de trabajo, el salario o el trabajo.

La importancia de esta distinción no sólo es erudita y doctrinal, sino también práctica respecto al contenido del contrato de trabajo, puesto de relieve no sólo en su determinación inicial mediante el acto clasificatorio, que incardina al trabajador en el ámbito organizativo ajeno, sino lo que es más importante para el objeto de este trabajo, en la determinación específica que puede ser llevada a cabo mediante la modificación de ese contenido a lo largo de la vida del contrato. Porque lo que se va a modificar mediante el ejercicio de los poderes empresariales de dirección es el contenido de la prestación objeto de la obligación o si se quiere decir de otra forma, el contenido del contrato de trabajo, pero nunca, hablando con propiedad, lo que se modifica es el objeto de ese contrato²¹⁹.

3.1.3.2. La determinación del objeto como presupuesto para la modificación sustancial

Para que el contrato sea válido y la prestación exigible deben concurrir los requisitos que se exigen al objeto del contrato por el Código Civil en sus artículos 1.271, 1.272 y 1.273, que piden que el objeto del contrato sea posible, lícito y determinable o, al menos, susceptible de determinación²²⁰.

De estos tres requisitos el más importante para nuestro estudio es la determinación del objeto, preceptuada en el artículo 1.261 Cc, cuando exige que el objeto del contrato sea

²¹⁸ COLIN y CAPITANT, citados por MOLERO MANGLANO, C.: *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*, T.I, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1988, pg. 32:

²¹⁹ En este sentido cfr. VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*”, BORRAJO DACRUZ, E., dir., Edersa, Madrid, 1.995, pg. 93.

²²⁰ Sobre estas cuestiones, se puede ver, p.e., PUIG BRUTAU, J.: *fundamentos...*, cit., t. I, vol. 2, pgs. 111 a 116.

cierto, y en el 1.273 Cc, que añade que el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La importancia de esta exigencia de determinación del objeto del contrato radica en que la existencia de obligaciones contractuales exige previamente la determinación de las mismas, porque para que exista contrato el consentimiento debe versar sobre un objeto cierto, concreto y determinado sobre el que consentir en obligarse²²¹. Consecuentemente, la conducta en que consiste la prestación debe ser descrita perfectamente por las partes, fijándose de manera clara e indubitada los actos que hayan de ser realizados, tanto para su exigencia, como para que se pueda enjuiciar la adecuación entre lo programado y lo cumplido, es decir si lo hecho se ajusta o no a lo que debía hacerse.

Por eso, la importancia y la función del objeto del contrato reside en servir de guía para el conocimiento de las prestaciones que pueden ser exigidas a los deudores, permitiendo identificar lo que el deudor debe y lo que el acreedor está facultado para exigir²²². En consecuencia, uno de los problemas de la determinación de la prestación en el contrato de trabajo²²³ deriva, como acertadamente señala Vida Soria, de la contraposición de intereses subyacente en la relación laboral, que se manifiesta aquí en que el interés del empleador se satisface mejor cuanto mayor sea la indefinición del tipo de trabajo contratado, de modo que contrata al trabajador “para que trabaje para él, en todo y para todo”; en este sentido “la posibilidad de variar el contenido (e incluso el objeto) de la prestación laboral, va insita en el interés del empleador”. En cambio, el interés del trabajador es totalmente diferente, puesto que lo importante para él es “que se determine con la mayor concreción qué tipo de trabajo tiene que realizar”²²⁴. Esta determinación puede hacerse pormenorizadamente, con

²²¹ DIEZ-PICAZO, op. cit., pg. 210.

²²² DIEZ-PICAZO, *ib.* pg. 465.

²²³ Véase, *in extenso*, sobre la determinabilidad del objeto del contrato de trabajo ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Mergablum, Sevilla, 2.002, pag. 177 y ss.

²²⁴ Véase, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pgs. 76 y 77, “porque con ello se garantiza, de un modo indirecto, pero ciertamente importante, aparte de su retribución, las condiciones en que va a tener que trabajar, la cantidad de trabajo que tiene que prestar (el esfuerzo que tiene que realizar), la posibilidad misma de prestar el trabajo, la conservación y eventual acrecimiento de sus facultades laborales, y la permanencia de su empleo”.

total concreción, o, como el código lo que exige es una determinación “en cuanto a su especie”, puede hacerse someramente una determinación primaria, para su concreción posterior. Éste es, por cierto, el modo mas frecuente de determinación en el contrato de trabajo, puesto que en la mayoría de los contratos sólo se determina el nivel profesional a desempeñar por el trabajador, por lo que se hace ineludible proceder a una determinación mas extensa y concreta con posterioridad.

En cualquier caso, se use un sistema u otro para la determinación de la prestación, permitiendo una mayor o menor concreción, el hecho de la misma, en cuanto implica dar el consentimiento en el objeto y la causa contractual, supone, por la propia esencia del contrato de trabajo, la inserción del trabajador en el ámbito organizativo del empresario, con todas las consecuencias que se derivan de este hecho, como son la dependencia²²⁵ de su empleador y la ajeneidad en los frutos de su trabajo, siendo estas dos características, ajeneidad y dependencia, indisociables en el cuadro de una relación de trabajo típica, toda vez que la ajeneidad se proyecta y especifica dinámicamente en la dependencia. Además, la ajeneidad, en cuanto que deriva de la cesión *ab initio* de la titularidad de los frutos del trabajo, implica también la atribución al otro del poder de organizar la actividad del trabajador, en principio como hecho sociológico que se juridifica mediante el contrato de trabajo. Por eso, el trabajador, al contratar remuneradamente su trabajo, entra a formar parte de la organización interna de esa empresa, pero en una situación jurídica de subordinación, que “implica una obligación de sometimiento del trabajador en la prestación de servicios al poder de dirección y organización detentado por el empresario²²⁶”.

²²⁵ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al art. 1.1...”, cit., pgs. 5 y 11 y ss., donde recuerda que “la dependencia -entendida en términos jurídicos como subordinación del trabajador a los poderes directivos del empresario- comporta una limitación de la autonomía funcional del trabajador, que es correlativa, desde el punto de vista lógico-jurídico, a la potestad del empresario para dirigir su actividad a fin de obtener el mayor rendimiento de la producción y del beneficio de la empresa” (STJCE 21 noviembre 1.991), lo que supone un “sometimiento o sujeción dinámica del trabajador a la autoridad del empresario en la empresa”, en cuanto carecen de autonomía para organizar su propio trabajo.

²²⁶ BARASSI, cit. pg. 5, señalando que la subordinación jurídica se resuelve en “la facultad del empleador de imponer su propia voluntad y en la obligación del trabajador de sujetar a ella la suya”.

Como se ha apuntado, la determinación genérica del objeto es una de las peculiaridades del contrato de trabajo²²⁷, que en la generalidad de los casos se hace por referencia a “un tipo de trabajo”, entendido como conjunto de actividades “de semejantes cualidades y una valoración económica o utilidad equivalente”²²⁸, de modo que lo que se acuerda es una especie de trabajo, un *genus*, que permite a las partes remitir tanto la enumeración de las funciones a desempeñar, como la descripción de las actividades que configuran el *genus* al régimen que las normas reglamentarias o convencionales tienen pormenorizadamente señalado²²⁹.

Con este método sólo mediatamente se fija en el contrato el contenido básico de la prestación debida, que se hace con referencia a ese género, que será el grupo o la categoría profesional, con lo que, en uso de la autonomía individual de los contratantes, la prestación se define remitiendo a una norma heterónoma. Pero también puede hacerse la determinación de modo detallado, individualizando contractualmente las funciones a desarrollar²³⁰, haciendo pleno uso de la autonomía individual de los contratantes en la fijación del objeto del contrato. El inconveniente de este método con respecto al primero es que la enumeración completa de las funciones es prácticamente imposible, aparte de que conlleva una evidente falta de flexibilidad en la determinación diaria de la prestación, que

²²⁷ P.e., De SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación laboral”, RL, t.2/1.995, pg. 173-174.

²²⁸ VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997, pg. 66.

²²⁹ Sobre la determinación de la prestación laboral ha escrito gran parte de la doctrina, entre los que se puede señalar, por todos, a CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1.983, pgs. 67 y 68, donde expone la extendida reflexión de que “la prestación debida por cada trabajador individual viene determinada básicamente por disposiciones de carácter general”, limitándose “la función de las partes individuales (...) a pactar en el contrato una clasificación profesional específica, de las varias fijadas en el Convenio Colectivo”, quedando, por consiguiente, “un campo de actuación exiguo a la voluntad de las partes expresadas en el contrato de trabajo”.

²³⁰ Sobre el papel de la autonomía de la voluntad en la libre determinación del objeto del contrato de trabajo y su relación con la normativa sectorial y convencional, en cuanto derecho necesario o relativo, véase PÉREZDE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, AL, núm. 21, 1992, pgs. 374-6; VALDÉS DE LA VEGA, B, *La profesionalidad...*, cit., pgs. 75 y ss. y pg. 130, señala que, de hecho, éste suele ser el método seguido para la fijación de funciones intercategoriales dentro del débito laboral del trabajador”.

puede salvarse incluyendo cláusulas de cierre genéricas, pero que nos vuelven al primer modelo²³¹.

La determinación genérica de las prestaciones del contrato de trabajo, si bien conlleva una flexibilidad que colabora a la vocación de permanencia del vínculo contractual, es insuficiente para identificar plenamente el contenido de la actividad que se debe prestar, es decir, el objeto de la obligación. Por eso se debe acudir, salvo que se haya llevado a cabo esa determinación prestacional detallada a la que se aludía, a otro mecanismo de concreción que nos permita conocer exactamente en qué consisten las obligaciones asumidas por los contratantes. Este sistema es el ofrecido por la clasificación profesional²³², en la que se inserta el trabajador por su adscripción a un grupo o una categoría profesional u otro criterio similar, que permite conocer de modo muy exacto cuáles son las obligaciones y derechos del trabajador y, por tanto, en qué consiste el contenido, tanto de su prestación como de la correspondiente al empresario, es decir, en qué, dónde, cuándo y cómo trabajar y cuanto cobrará a cambio.

El proceso de la determinación se puede materializar de diferentes modos: uno, especificando el objeto, sin concretar el encuadramiento, que se llevará a cabo de acuerdo con el principio de equivalencia función-categoría, incluyéndolo en el grupo o categoría mas acorde con el trabajo pactado y desarrollado efectivamente; un segundo método consiste en especificar el objeto mediante el encuadramiento directo del trabajador en una categoría o grupo profesional, aquel al que el convenio colectivo aplicable asigna unas determinadas funciones a desarrollar; en tercer lugar, se puede señalar el objeto y su equiparación profesional, con lo que desde el inicio se han determinado y concretado los objetos de las obligaciones de las partes.

²³¹ Cfr. ALEMÁN PÁEZ, F.: “La categoría y el grupo profesional como límites a la movilidad funcional”, R L, T. II, 1992, pg. 184, refiriéndose a la clasificación profesional, afirma que “la realidad socio-profesional y realidad técnico-funcional, como sustratos materiales de la clasificación, es harto casuística, compleja y, sobre todo, debido al momento actual de revolución tecnológica, extraordinariamente mutable” y, por tanto, son “aspectos de compleja traducción legislativa”.

²³² Sobre este tema puede verse especialmente a ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico, cit., pg. 179 y ss.; Igualmente, VINUESA ALADRÓ, A: “La clasificación profesional. Comentario al art. 16.4 ET”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, Edersa, t. IV, 1.983, pgs. 273 y ss.: donde señala que la clasificación profesional hace referencia, mas que a la profesión u oficio, a las funciones del trabajador en la empresa.

Pero, en cualquier caso, estas determinaciones de la prestación, mas o menos concreta, hechas de una forma directa o indirecta, en virtud de la autonomía de las partes únicamente o con auxilio de la norma convencional, se refieren exclusivamente al momento inicial de la prestación, por mucha vocación de permanencia que las declaraciones contractuales expresas o tácitas le concedan. Por eso, no puede olvidarse que la inserción en el ámbito organizativo ajeno, consustancial al contrato de trabajo, implica que esta determinación, en cuanto “sujeción personal laboral” que, en principio, es genérica, “se especifica dinámicamente en su objeto durante la ejecución continuada de la prestación de trabajo bajo el poder de dirección y mediante la utilización de multiplicidad de técnicas de especificación jurídica que el ordenamiento laboral atribuye al empresario como titular, por cualquier título, de la organización productiva y que le permite el gobierno continuado del complejo de prestaciones laborales”²³³, porque el objeto y las circunstancias de la prestación laboral van a verse necesaria y sucesivamente alterados en respuesta a las exigencias del mercado en cuanto a la oferta y demanda de los productos fabricados en la empresa y a la evolución de los medios y técnicas de producción, que provocan una constante necesidad de adaptación de la cualificaciones y funciones desarrolladas por los trabajadores implicados²³⁴. Todo esto significa que existe un nivel de incertidumbre que afecta por igual al trabajador y al empresario, acerca de cuáles son las condiciones en que se va a desarrollar el trabajo o que van a ser operativas en un futuro.

Ahora bien, lo que caracteriza el contenido de la relación de trabajo, no es sólo la permanente necesidad de variación de la prestación, sino el especial poder de variación unilateral del empresario, configurado como pieza indispensable de cualquier organización productiva, que para ser eficaz necesita, además del poder para determinar la prestación, disponer de la facultad de modificar los elementos intervinientes en la producción, sobre todo la prestación laboral²³⁵, puesto que el proceso productivo está sometido a una serie de

²³³ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al art. 1.1”, cit, pg. 8.

²³⁴ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍN EZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 17 a 19.

²³⁵ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍN EZ, *ibidem*, pg. 20.

variables que afectan a sus elementos materiales y personales, ya sean endógenos -muerte o incapacidad de trabajadores, obsolescencia de maquinaria- o exógenos -niveles científicos, técnicos y económicos del mercado- que cuando cambian fuerzan, a su vez, la alteración de las prestaciones laborales pactadas para adecuar la organización productiva de la empresa a las nuevas circunstancias.

Para el objeto de este estudio, la determinación del contenido de la prestación es importante, en cuanto que es la referencia inicial que nos permitirá enjuiciar si las modificaciones y concreciones que de esa situación primera se han hecho, mediante los poderes empresariales de especificación y variación, lo han sido de un modo ajustado a la norma reguladora de las mismas o se han extralimitado. Así, incluso la propia noción de modificación sustancial y, por consiguiente, el juego de los artículos 39.5, 40 y 41 LET dependerá de la modulación y conformación que del contenido del contrato, es decir, de las condiciones de trabajo, se haya fijado²³⁶. En cualquier caso, una vez que se admite la validez de la modificación, la situación de referencia dejará de ser la inicial de incardinación del trabajador en el ámbito organizativo empresarial, pasando a serlo, a su vez, la situación modificada legalmente y así sucesivamente. Es decir, que la especificación y concreción del contenido contractual puede ser modificado y variado tantas veces como sea necesario, con la única exigencia del respeto a las normas reguladoras de las facultades de variación empresariales. Desde el punto de vista jurídico esta alteración será legal, aunque es indudable que puede provocar una situación de inseguridad personal y laboral en la persona del trabajador. Por eso, la norma, legal y convencional, trata de alcanzar un equilibrio que permita compaginar los derechos del trabajador con las ineludibles exigencias organizativas de la empresa, en cuyo ámbito organizativo se ha integrado el trabajador cuando concertó su contrato de trabajo.

En resumen, es evidente que la determinación de las prestaciones sintetiza, en el plano estructural, elementos de orden organizativo, como el tipo de trabajo requerido y la modalidad de realización, en los que se expresa la expectativa de utilidad del contrato para

²³⁶ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. cit. pg. 380.

el empleador, en relación a las exigencias derivadas de su organización productiva²³⁷, por cuanto que la organización consiste, entre otras cosas, en coordinar y distribuir las funciones previamente establecidas, así como en la fijación de la cantidad, lugar y tiempo de cada prestación.

Sin embargo, en todo este razonamiento rechina algo, porque en Derecho civil y en la teoría general de los contratos las posibilidades modificatorias del contenido contractual tienen en cuenta, al igual que sucede con el nacimiento del contrato, la voluntad conjunta de las partes que acuerdan una novación contractual, puesto que el artículo 1.256 Cc parece vedar totalmente el arbitrio de una de las partes en la determinación del objeto del contrato, al decir que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”²³⁸, porque las obligaciones creadas por el contrato vinculan a las partes en los propios términos en que se han pactado y desde el momento mismo de la perfección del contrato²³⁹. Esta idea lleva a que, de acuerdo con el dogma de la autonomía de la voluntad, para la alteración de los términos del contrato, ya sea su contenido o la forma de cumplimiento de la obligación, se exija la voluntad conjunta de las partes para modificar los términos contractuales, siendo libres para proponer y, en su caso, consentir la modificación, del mismo modo que lo fueron para otorgar consentimiento contractual, procediendo así a una novación contractual, que sería la primera de las vías para introducir modificaciones contractuales, porque quienes deciden sobre qué y en qué términos se obligan pueden, de igual manera, cambiar los términos de sus respectivas obligaciones y derechos, como se ha asumido plenamente por la doctrina civil²⁴⁰.

²³⁷ Cfr. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del salario*, cit. pg. 177.

²³⁸ Véase DIEZ-PICAZO, cit., t.I, pg 213, donde señala que, en base a la equidad, se permite por el Derecho alemán, “que la prestación objeto del contrato pueda ser determinada por una de las partes contratantes, presumiéndose que la determinación ha de hacerse conforme a un juicio equitativo”, pero con sujeción a revisión judicial cuando se aprecie que “no es equitativa”. Igualmente dice que en nuestro ordenamiento parece admitirse esta idea, que ejemplifica con la fijación de honorarios profesionales en contratos de arrendamiento de servicios en los que nada se fija inicialmente, sino que se remiten “al arbitrio de una de las partes –la que presta los servicios- que debe proceder según *arbitrium boni viri*”.

²³⁹ Véanse los artículos 1.091 Cc: “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”, y 1.166 Cc: “El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor de la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.

No obstante, en algunas situaciones es posible modificar de modo unilateral las obligaciones, en virtud de una disposición emanada del negocio jurídico mismo o con la base de una disposición legal²⁴¹, como sucede con el Derecho del trabajo, donde se admite claramente que una de las partes, el empresario, pueda determinar el objeto y el contenido de la prestación, mediante el uso de los poderes empresariales de variación que le facultan para modificar las condiciones de trabajo en un sentido amplio. Esto es posible porque el Estatuto de los trabajadores lo permite, estableciendo los cauces y los límites de su modificación, esencialmente lo dispuesto en el artículo 41, en cuanto norma especial que tiene por objeto la regulación de las relaciones de trabajo, con especial incidencia en el contrato de trabajo, de modo que, como norma especial que es, se aplicará con preferencia a la norma general, el Código civil, que actúa como supletoria. Por eso, no son de aplicación las normas civiles al respecto, que se muestran claramente insuficientes para explicar la facultad de modificación unilateral de las condiciones contractuales por el empresario, resultando configurada así una de las peculiaridades del contrato de trabajo con respecto al contrato común.

3.1.4. Función cambiaria y función organizativa del contrato de trabajo en la empresa

3.1.4.1. Perspectiva de conjunto

El tercero de los requisitos exigidos para la validez del contrato es la causa, que al estar relacionada también con la fundamentación dogmática del instituto de las modificaciones sustanciales exige que nos detengamos brevemente en su consideración. De acuerdo con el artículo 1.261 del Código civil, para que exista contrato, además de consentimiento y

²⁴⁰ Véase, por todos, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil* t.II, cit., pg. 793.

²⁴¹ Cfr. DIEZ-PICAZO, *ib.*, pg. 781. En términos muy parecidos LARENZ, K.: *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Madrid, 1.978, pg. 429: “por el contrario, en tanto que el negocio jurídico es afectado por la esfera jurídica de otra persona de un modo que puede ser perjudicial para ésta –así en los casos de modificación de una relación obligacional-, el actuante necesita de un poder jurídico especial que puede resultar de un contrato concluido anteriormente o directamente de la ley”.

objeto cierto, debe concurrir la “causa de la obligación que se establezca”²⁴² y la regula en los artículos 1.274 a 1.277. Este tema de la causa tiene merecida fama de complicado y difícil, debido, entre otros motivos, a que esta palabra, incluso en el Código civil, se usa en diversos sentidos²⁴³. Además, ni todos los Ordenamiento ni todos los Códigos exigen la causa para la existencia del contrato, si bien es cierto que llegan a los mismos resultados prácticos que aquellos que lo exigen²⁴⁴.

El artículo 1.274 del Código Civil dice que “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”, si bien hay que aclarar que se está refiriendo a la causa de la obligación. Sin embargo, hay una visible disparidad en el modo de entender ambas causas, la una onerosa, propia sobre todo del contrato sinalagmático, consistente en un elemento objetivo como es el intercambio prestacional; la otra, gratuita, en la que la causa es puramente subjetiva²⁴⁵. Esto hace que “mientras en materia onerosa (*do ut des*) la idea de causa se emplea en el sentido de causa final (*ut*: para que), en

²⁴² De entre la abundante bibliografía existente sobre la causa de los contratos se puede destacar, p.e., DE LOS MOZOS, J.L.: "La causa del negocio jurídico", Rev. de Derecho Notarial, 1961, pgs. 283 a 425, y "Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico", Rev. de Derecho Privado, 1970, pgs. 739 a 751; DÍEZ-PICAZO, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico" en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al profesor Ignacio Serrano*, t. I, ADC, Valladolid, 1965, pgs. 181 a 210; D'ORS, A.: "Sobre la causa de los actos jurídicos", Anuario de Derecho Civil, 1956, pg. 578 y ss; SANCHO REBULLIDA: "Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil", Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, noviembre, 1971; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, t. I, vol. 2º, pgs.117 a 143; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., t.I, pgs. 215 a 246.

²⁴³ El Diccionario de la Lengua, edición de 2.001, señala como primera acepción la de “aquello que se considera como fundamento u origen de algo”, la segunda, “motivo o razón de obrar”, y dentro de la quinta, en sentido jurídico, diferencia entre causa eficiente, primer principio productivo del efecto, o la que hace o por quien se hace algo; causa final, fin con que o por qué se hace algo; y causa impulsiva: razón o motivo que inclina a algo”.

²⁴⁴ Sí exigen causa: Francia, Italia, España, pero los Códigos francés e Italiano no intentan dar el concepto de causa al contrario del Español que lo hace en el artículo 1.274. No exigen causa: Suiza y Alemania, aunque aquí la causa, en el sentido en que se entiende en los países latinos, ha sido recibida con los disfraces de *Voraussetzung* o *Geschäftsgrundlage*, es decir, como *presuposición* y *base del negocio*, en DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pg. 174.

²⁴⁵ LACRUZ, cit., pg. 118, en PUIG BRUTAU, cit., pg 128. En idéntico sentido DÍEZ-PICAZO, cit., pg. 154, dice que en los contratos onerosos se busca un elemento objetivo, consistente en la obligación de cada parte como causa de la obligación de la otra, en los contratos gratuitos el elemento es puramente subjetivo, la "mera liberalidad". Precisa, además, que la explicación del artículo 1.274, referida a los contratos onerosos, sólo sirve para los sinalagmáticos y conmutativos, pero no para los demás.

cambio, tratándose de actos gratuitos causa se entiende como causa eficiente: el ánimo liberal²⁴⁶, lo que contribuye a la confusión entre causa de la obligación y causa del contrato. En cualquier caso, es evidente la necesidad de aclarar conceptualmente cuál es la causa del contrato y diferenciarla de la causa de la obligación, con la que es confundida a pesar de sus diferencias.

La línea tradicional, como se ha señalado por la doctrina²⁴⁷ se basa en que para los contratos onerosos “la causa de la obligación que una parte contrae, está en lo que otro le da, o se compromete a darle, o en el riesgo que asume por su parte”, mientras que en los de beneficencia, “la liberalidad que una parte quiere mostrar hacia la otra es una causa suficiente de la obligación que contrae para con ella”²⁴⁸. Esta concepción subjetivista de la causa lleva a construir el contrato en función de las obligaciones que esperan los contratantes, de los móviles contrapuestos de las partes que se obligan en vista de la obligación del otro, en tanto en cuanto les produce una determinada utilidad²⁴⁹. En esta lógica, la causa es el motivo determinante de la obligación²⁵⁰. El inconveniente de este planteamiento es que el campo de las motivaciones de la voluntad es amplísimo y en él coexisten móviles psicológicos, individuales, personales, y por ello necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico. Porque no todo móvil del negocio es causa, sino sólo el móvil determinante. Pero el problema es que resulta muy difícil encontrar ese móvil determinante. Por eso esta teoría es insuficientemente explicativa del fenómeno.

²⁴⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*; PUIG BRUTAU, cit., pg. 129. Para SANTORO PASSARELLI: *Dottrine generali del Diritto civile*, Jovene, Napoles, 1954, pgs. 111 y 159, la causa es el motivo típico del negocio, el que éste comporta por sí mismo.

²⁴⁷ DIEZ-PICAZO, *ibidem*, pg. 227.

²⁴⁸ Cfr. CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, Góngora, Madrid, 1.928, pg. 167. Igualmente, sobre este sentido originario de la causa como “causa de la obligación” no como causa como enucleación de un elemento del negocio, sino simplemente como necesidad de un nexo causal que justifique la producción de la obligación, vid. FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffré, Milano, 1.966, pg. 80.

²⁴⁹ Cfr. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica...*, cit., pgs 140-141, donde pone de relieve la hipoteca que esta idea ha representado para el desarrollo del pensamiento de la doctrina francesa en materia contractual; Cfr. FERRI, *ib.* pg. 83.

²⁵⁰ Esta idea se consagra en la monografía clásica de CAPITANT y en las últimas ediciones de la obra PLANIOL-RIPERT, cit., como señala DÍEZ-PICAZO, *ib.*, pg. 229.

Parece mas realista y mas útil acudir a otra solución al problema, como es la representada por la teoría objetivista, cuya mejor formulación se debe a Betti²⁵¹, para quién la causa es la *función económico social* del contrato. El negocio, como acto de ejercicio de autonomía privada, es ante todo un fenómeno social. Lo que hay que buscar entonces es la función típica de este fenómeno social, que es lo que el Derecho valora y tutela en base a su función, en la que se encuentra la causa, la razón o justificación objetiva del negocio²⁵². Esta teoría de la función económico-social también ha sido criticada diciendo que, si bien la función económico-social del negocio puede ser un gran hallazgo, no puede confundirse con la causa, puesto que lo único que puede ser causa del negocio es el intento o la voluntad de las partes de obtener esta función económico-social, ofreciendo como alternativa una posición sincrética que combina la causa subjetiva y la causa objetiva, uniendo en una sola idea el resultado práctico objetivo con el propósito de las partes sobre este resultado²⁵³.

Desde otro punto de vista²⁵⁴, se ha mantenido una concepción objetiva de la causa como “el fin inmediato y objetivo al cual se dirige la atribución; el fin jurídico, cuidadosamente separado de los motivos y también de la misma contraprestación, como una interpretación errónea, por exclusivamente literal, del art. 1.274 podría hacer pensar”. Así, los principios contenidos en el Código para la causa de la obligación son aplicables a la causa del negocio, que viene exigida por la naturaleza de las cosas, aunque en el Código no se hable de ella, puesto que todos los negocios tienen un fin objetivo inmediato, invariable, típico, que la ciencia del Derecho llama causa. Pero esta causa no sería elemento del negocio, sino su meta u objetivo típico. De este modo, la causa de la obligación, que es la causa contemplada por la ley, se refiere, no al negocio, sino a la atribución patrimonial, lo que

²⁵¹ Cfr. BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pg. 162.

²⁵² Esta idea fue asumida por el Código civil italiano para el que “la causa no es el fin subjetivo perseguido por el contratante en el caso concreto, sino la función económico-social que el Derecho reconoce como relevante para sus fines y que justifica la tutela jurídica de la autonomía privada”, Véase, DIEZ-PICAZO, *ib.* pg. 228.

²⁵³ Cfr. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pg. 228-230: “El problema de la causa, dice PUGLIATTI, radica en la armonía entre la voluntad específica y concreta de los sujetos y el esquema preestablecido en la norma. Según esta idea, la causa –razón que dota de sentido al negocio- sería el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico”.

²⁵⁴ ALBADALEJO, M.: *El negocio jurídico*, cit., pg. 195 y ss.

conduce a que en un negocio bilateral habrá dos causas, como hay dos atribuciones. Desde este posicionamiento se hace evidente que “la causa de la obligación salarial radica en la prestación contenida en la obligación laboral. Con lo que el contenido y extensión de la obligación salarial va a depender, en gran medida, del contenido y extensión de la obligación laboral, a la que se encuentra íntimamente conexas”²⁵⁵. Así, se interconexionan la causa de ambas obligaciones, como reconoce la clásica formulación de que la causa de una obligación es causa de la otra y viceversa.

En un sentido opuesto, otros autores sostienen que, como ya hemos señalado, el Código civil español induce a confusión al seguir la teoría de Domat y de Pothier, cuando en los contratos onerosos considera la causa de la obligación, en un sentido estrictamente objetivo, como equivalente a “la prestación o promesa de una cosa o de un servicio de la otra parte”²⁵⁶. Negando estos posicionamientos, Rivero Lamas dice que en el contrato de trabajo, tanto el deber de trabajar como el recíproco de retribuir existen como tales desde la perfección del contrato, puesto que estas prestaciones recíprocas tienen su causa en la causa misma del contrato, no en la causa de las obligaciones recíprocas²⁵⁷. También desde

²⁵⁵ Véase ALMANSA PASTOR, J.M.: “La obligación salarial”, en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad, Valencia, 1.976, pg. 89; REDENTI, E.: “La causa del contratto secondo el nostro codice”, en AA.VV., *Studi in onore de A. Cicu*, Giuffrè, Milano, 1.951, pg. 302, incluso desde una visión subjetivista, señala como el concepto de causa se delimita por elementos fundamentales entre los que señala: las “necesidades (intereses) de las partes –configurados en la ley pactada [contrato]- en cuanto y por cuanto pueden encontrar su satisfacción (realización) en las prestaciones o “mejor en el resultado global de las prestaciones” determinado en función de aquel fin (propósito, intento)”.

²⁵⁶ Ver el art. 1.274 Cc. Cfr. SUAREZ GONZÁLEZ, F.: “Apuntes sobre la causa del contrato”, *Revista de Trabajo*, 1961 (II), pg. 1.882. El precepto habla de contratos onerosos en confusión con los contratos bilaterales o sinalagmáticos, a los que verdaderamente se refiere, dejando fuera a los onerosos que no sean bilaterales (OSORIO MORALES, J.: “Notas para una teoría general del contrato”, cit., pg. 1.093). Igualmente muestra esta confusión MESSINEO, F.: “Contratto”, *Enciclopedia del Diritto*, vol IX., Giuffrè, Milano, 1.961, pg. 140. Sobre la cuestión cfr. PINO, A.: *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoría del contratto*, Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1.963, pgs. 98 y ss.

²⁵⁷ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *Tipificación y estructura del contrato de trabajo*, ADC, 1.972, pgs. 168-169, partiendo de la base del perfeccionamiento contractual consensual de los artículos. 1.254 y 1.258 Cc “no ve razón para que en los contratos con obligaciones recíprocas se busque una fundamentación adicional al nacimiento de las obligaciones principales en la interdependencia causal de las mismas, lo que aparece como un “bis in idem”, ajeno a las fuentes y al Derecho histórico”. Entiende que, a pesar de la literalidad del art. 1.274 Cc, la causa no es la de cada obligación que se establezca, sino como “causa de la relación obligatoria originada”. En caso contrario se estaría exigiendo una doble fundamentación del carácter constitutivo del vínculo contractual en los contratos bilaterales que no se exige en las demás obligaciones contractuales. Igualmente cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit, pgs.

ese momento existe la causa de las singulares prestaciones de trabajo que se especifican mediante el poder de dirección²⁵⁸. No se puede más que compartir²⁵⁹ la idea de que la contraprestación no puede considerarse en sentido estricto causa de un contrato de prestaciones recíprocas, sino que será, en todo caso, causa de la obligación recíproca.

Porque la causa de las relaciones contractuales sinalagmáticas viene dada por la relación cambiaria, conmutativa o asociativa establecida entre los contratantes, que tiene lugar entre las dos prestaciones contrapuestas y que se expresa en el cambio, es decir, en el intercambio prestacional, y que permite concluir que la causa o razón del negocio se identifica con la *función económico-social* del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la *síntesis* de sus elementos esenciales²⁶⁰. Por eso ha podido llegar a decirse que la “causa del negocio típico, entendida como función económico-jurídica del negocio mismo, no es tanto un elemento del negocio, cuanto la “relación en que están entre sí los varios elementos del negocio”, como la voluntad, las prestaciones, etc.²⁶¹. Además, este problema desaparece “desde el momento que la

185 y 186.

²⁵⁸ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *Ibidem*, pg. 171.

²⁵⁹ Como acertadamente señala FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración...*, cit., pg. 143.

²⁶⁰ Cfr. BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit, pgs. 161 y 162: “Sólo una visión atomista, que despedaza la unidad del negocio y considera éste desde el punto de vista unilateral de cada una de las partes puede llegar a encontrar la causa en la contraprestación, por ejemplo, la causa de la “obligación” para el vendedor en el precio, y viceversa, para el comprador en la cosa o en la correlativa obligación de prestar la cosa. En cuyo modo de ver no advierten el absurdo lógico que constituye el concebir aquello que es un simple “elemento de un todo” como la razón justificadora de otro elemento del mismo todo, en lugar de reconocer la recíproca interdependencia y la común subordinación de uno y otro elemento a la “unidad funcional” del todo de que forman parte; unidad que es la única que pueda constituir la razón justificadora que se trata de encontrar”. En el mismo sentido parece ir, PUIG BRUTAU, J., cit., t. II, vol I, pg. 164, cuando dice que “la idea de causa que influye en el contrato de manera preponderante es la que deriva del enlace entre las obligaciones recíprocas, o la que exige un régimen de compensación por motivo de una prestación anticipada”.

²⁶¹ BOSELLI, A.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1.952, pg. 67. En esta dirección PALERMO, A.: “Causa del contratto e funzione dei rapporti di lavoro”, en AA.VV. *Studi in onore di F. Santoro-Pasarelli*, Jovene, Napoli, 1.972, pg. 700, para este autor, pg 701, por “causa debe entenderse la fuerza productora de los efectos jurídicos del negocio... La causa constituye por ello la esencia, la virtualidad potencial, en “en sí” del negocio jurídico y se distingue de los elementos subjetivos y objetivos que lo constituyen, los cuales, justo a través de la causa y en relación a intereses típicos reconocidos o reconocibles por el ordenamiento se sostienen exteriormente válidos en el ambiente social y pueden obtener así la tutela del orden jurídico”.

obligación queda reabsorbida en el contrato” y “la causa de la obligación se identifica con la causa de la convención”²⁶².

De esta manera, se puede calificar de errónea la identificación de la causa con otros elementos esenciales del negocio, como es el objeto o una parte de él, hablando con respecto a los contratos onerosos, y más aún, en los contratos sinalagmáticos, como se ha dicho, la causa no residirá en los objetos cambiados o atribuidos considerados en sí mismos, sino en la relación conmutativa que se establece entre ellos. A este respecto, se puede señalar la diferencia existente entre objeto y causa, toda vez que el objeto está en relación de medio a fin con la causa y consiste, desde este punto de vista, en las cosas o prestaciones mediante las que se realiza la función económico-social del contrato²⁶³. Por eso, se habla de causa considerando las cosas y las prestaciones incluidas en el contrato en su relación de reciprocidad, mientras que hablamos de objeto cuando las tomamos en consideración en sí mismas, a una separadamente de la otra²⁶⁴.

En cuanto a la aplicación de estos conceptos al contrato de trabajo, es claro que la función económico-social que corresponde al cambio de prestaciones pertenece a la esfera objetiva del contrato, a ese especial principio organizativo, genérico y abstracto y al mismo tiempo típico, que el ordenamiento le encomienda, al igual que los intereses contrapuestos forman parte integrante del ámbito subjetivo del mismo, siendo, en este caso, las prestaciones que tienen la finalidad de satisfacerlos las respectivas causas de las obligaciones recíprocas. Se puede decir, por tanto, que mientras la causa del contrato es objetiva, la de las obligaciones recíprocas, así entendidas, es subjetiva²⁶⁵.

²⁶² Véase DABÍN, J.: *La teoría de la causa*, F. De Pelsmaeker (trad.), 2ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.955, pgs. XIV-XV, donde sigue a MAURY. Esta tesis también es seguida por DÍEZ-PICAZO, L.: “El concepto de causa...” pgs. 29-30; SANCHO REBULLIDA, F.A.: “Notas sobre la causa de la obligación, en el Código Civil”, cit., pg. 667; VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad, Palma de Mallorca, 1.980, pg. 258, quien considera que el art. 1.274 Cc viene referido a la causa de la obligación, pero entendiéndose que la causa de la obligación es lo mismo que su fuente, es decir, el contrato que la genera en cuanto que “la causa de la obligación se aloja en el contrato”.

²⁶³ Véase lo dicho *supra* sobre esta cuestión.

²⁶⁴ Véase GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, op. cit, pg. 124.

²⁶⁵ Cfr. CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo...*, cit, pgs. 81 y 82.

Ahora bien, si la causa del contrato de trabajo, es decir, la función económico-social que el contrato viene a cumplir a través del intercambio, es institucionalizar la pacífica apropiación de los frutos del trabajo en el seno de las relaciones de producción, la función que este intercambio debe cumplir será componer los intereses contrapuestos de las partes. Esta contraposición, que es consustancial a la relaciones de producción, sólo se salva mediante la satisfacción que el intercambio prestacional procura a las partes. Y cómo la mayor o menor satisfacción de los intereses de las partes va a repercutir en el grado de adecuación de la función a lo querido por el ordenamiento²⁶⁶, debe entenderse que la insatisfacción en grado notorio de los intereses de alguna de las partes puede incidir en la propia validez del contrato, por afectar negativamente al elemento causal del mismo. Esta insatisfacción está en la base de la necesidad que la estructura organizativa empresarial pueda tener para modular y modificar la prestación contractual a fin de adaptarla a los exactas necesidades productivas, consiguiendo, de este modo, que el contrato vuelva a satisfacer las necesidades de las partes tras la modificación de sus condiciones por el empresario. En caso contrario, el contrato dejará de ser útil a una de las partes y se verá abocado a la extinción.

Desde este punto de vista, es obvio que la función de la causa es vigilar el equilibrio y proporcionalidad de las prestaciones, cara a evitar la invalidez e ineficacia de la contratación onerosa, proclamando su insuficiencia en cuanto aparece el desequilibrio, en base a “la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales”²⁶⁷.

Para explicar este fenómeno la doctrina civilista ha elaborado algunas construcciones dogmáticas, dentro de la categoría general denominada alteración sobrevenida de circunstancias, como la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la imprevisión, la alteración de la base del negocio y la categoría de la excesiva onerosidad de las prestaciones, la mejor acogida por nuestra doctrina iuslaboralista, aunque todas ellas

²⁶⁶ Es decir, si el contrato se adecua a la función económico-social prevista por el ordenamiento, lo que significa que se está usando el tipo contractual adecuado para producir los efectos correspondientes a la intención realmente querida por los contratantes.

²⁶⁷ Cfr. DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pg 191.

son insuficientemente explicativas del fenómeno modificativo, como se argumentará más adelante²⁶⁸.

3.1.4.2. Equivalencia de las prestaciones, suficiencia de la causa y modificaciones contractuales

El tema de la equivalencia de las prestaciones²⁶⁹ guarda estrecha relación con el de la suficiencia de la causa, en base a la correspondencia que debe haber entre las prestaciones materializadas y la representación mental que movió a las partes a contratar, pero hay que tener claro que suficiencia de la causa no es igual a equivalencia de las prestaciones²⁷⁰. En este contexto, la suficiencia de la causa en un contrato oneroso, como el laboral, alude a que el juego de las contraprestaciones, el intercambio prestacional, se justifique racionalmente, lo que supone que la representación mental de cada parte al cumplir su prestación de dar o hacer, esté suficientemente motivada por la prestación de la otra parte, provocando, si no es el caso, la modificación contractual. Se trata, obviamente, de un proceso de valoración, que puede hacerse tanto desde una perspectiva subjetiva como objetiva. Pero, como ya hemos dicho, la causa respectiva de las obligaciones es la contemplación subjetiva de la prestación que se espera recibir. Por eso, la equivalencia hay que medirla subjetivamente, porque se contratan prestaciones que no tienen que ser objetivamente iguales, siendo suficiente que sean equivalentes para las partes, porque en el contrato de trabajo se podrán alguna vez intercambiar prestaciones iguales, pero no es lo habitual, puesto que, por definición, el trabajo por cuenta ajena ha de retribuir, además del trabajador, al capital invertido en la actividad productiva.

²⁶⁸ Sobre esta cuestión véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c) LET”, REDT, núm. 85/1.997, pg. 685 y ss.

²⁶⁹ Sobre este tema puede verse ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1.978.

²⁷⁰ Véase, CABRERA BAZÁN, J.: “Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo”, en AA.VV. *Estudios de Derecho del trabajo. Estudios en memoria del prof. Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1.980, pg. 166 y ss., esp. 173 y 174.

3.1.4.3. Insuficiencia de la función cambiaria para explicar el fenómeno de las modificaciones contractuales unilateralmente decididas por el empresario

La fundamentación causal básica del contrato de trabajo radica en su función cambiaria, pero ésta es insuficiente para explicar en su integridad el contrato de trabajo y sus efectos, especialmente la relación de subordinación de una parte con respecto a la otra y la consiguiente dotación de unos poderes directivos, en el mas amplio sentido, a esa parte, el empresario, y, por supuesto, tampoco explica de modo convincente las modificaciones que las obligaciones contractuales de las partes pueden sufrir, normalmente a iniciativa empresarial en ejercicio de esos poderes, aunque estén legitimadas *ex lege*, cuando se dan determinadas alteraciones sobrevenidas que renuevan las exigencias de la organización productiva en la que está inserto el trabajador²⁷¹.

La existencia de esta organización es, precisamente, el factor explicativo de esas diferencias que apartan al contrato de trabajo de las reglas generales del Derecho de obligaciones, porque el intercambio constitutivo de la función económico-social típica del contrato de trabajo se produce dentro de un ámbito organizativo y directivo ajeno al trabajador, lo que plantea unas exigencias jurídicas que influyen significativamente, desde la perspectiva del reparto contractual de riesgos que deriva del aumento de la flexibilidad causal, entendida en un doble sentido: como flexibilidad de la causa compleja del contrato y como flexibilidad de las causas justificantes de la adopción de determinadas medidas modificatorias.

Esta flexibilidad es consustancial, por otra parte, a cualquier organización empresarial en un entorno económico cambiante como el actual y se traduce claramente en un desplazamiento del riesgo hacia el trabajador, de modo que, aunque los riesgos son en

²⁷¹ Esta complejidad causal permite comprender la especificidad de numerosas técnicas e instituciones, que tienen una configuración jurídica muy distinta de las categorías tradicionales de Derecho común, en tanto que anudan las exigencias y necesidades de a organización productiva a vicisitudes contractuales. La repercusión de tales exigencias en las obligaciones contractuales se llevará a cabo por la empresa bajo un régimen procedimental y causal variable en función de la medida prevista. Tales fenómenos vienen a corroborar esa ineludible conexión entre la relación contractual laboral y la organización productiva en cuyo seno se desarrolla. Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Comentario al art. 20 LET”, en AA.VV. MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1.998, pg. 306.

principio del empresario, no se puede ignorar una tendencia de la regulación legal de las relaciones laborales hacia una continuada transferencia de riesgos empresariales a la posición de los trabajadores, como sucede con la regulación de los artículos 40, 41 y 51 del ET, por ejemplo²⁷², que permiten, vía vicisitudes de las prestaciones contractuales, una maleabilidad de la prestación inusual en la teoría general de las obligaciones²⁷³. Por eso, la causa cambiaria estricta es incapaz de dar una explicación de los fenómenos atinentes a la posición del trabajador y del empresario, con su obligación contractual de trabajar y su derecho a la contraprestación salarial en relación con la organización productiva en la que se integra el trabajador y que se manifiesta esencialmente, aunque no en exclusiva, en la sujeción al poder directivo del empresario y, de manera clara, en la facultad de modificación unilateral de las condiciones contractuales del trabajador.

3.1.4.4. Factor organizativo y complejidad causal laboral: la teoría de la ampliación de la causa

Esta complejidad causal²⁷⁴ del contrato de trabajo deriva, por un lado, de la especial combinación de la función cambiaria propia del tipo contractual laboral, que pertenece a la esfera objetiva delimitadora de la función que el ordenamiento le encomienda, con el interés de las partes, constitutivo de la *causa, razón o motivo* de la obligación respectiva de cada uno²⁷⁵, carente de relevancia causal por sí sola, sino en cuanto se integra en la causa compleja del contrato de trabajo, quedando reducidos, en caso contrario, al nivel funcional de causas de las respectivas obligaciones recíprocas, que están en una perspectiva o

²⁷² Vid, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al art. 1.1 ...”, cit, pg. 12.

²⁷³ Cfr. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración...*, cit., pg. 177. Véase DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit, pgs. 313 y ss.; REDENTI, E.: *La causa del contratto...*, cit., pg. 289 y ss., analiza la funcionalidad de la causa en cuanto control por parte del ordenamiento jurídico de la idoneidad de la estructura del contrato concreto, debiendo subsistir al tiempo de su ejecución, por lo que el ordenamiento afronta también los problemas que corresponden al momento *funcional*, a la subsistencia de la causa originaria y su persistencia en el tiempo.

²⁷⁴ Como advierte MESSINEO, F.: *Dottrina generale...*, cit, pg. 73, nada impide que el contrato pueda tener una *causa compleja*, que se produce cuando las partes, sirviéndose del contrato, pueden conseguir no un fin solamente, sino más finalidades, siempre que estos fines sean entre ellos *conexos y coherentes*.

²⁷⁵ En este sentido, DE CASTRO, *ib.*, pg 97, señala que, “cada obligación contractual requiere un fundamento jurídico, y que “éste se encuentra en la compensación que le ofrece un enriquecimiento suficiente, o en el equivalente económico de la dicha obligación...”.

posición subjetiva, en cuanto demuestran el interés concreto de las partes, que se ha manifestado en la delimitación del objeto del contrato, es decir de la prestación contractual respectiva. De esto se deduce que la complejidad causal laboral emana de la propia estructura del contrato de trabajo y de su configuración normativa²⁷⁶. Por otro lado, la complejidad causal se origina de la especial relación entre la función cambiaria y la función organizativa.

Como decíamos antes, a propósito de la determinación del objeto, la ajeneidad y la dependencia, características del contrato de trabajo, reflejan la causalidad compleja de este tipo contractual. Una complejidad que deriva de la imbricación de la función cambiaria y de la función organizativa, ambas reglamentadas, ya sea vía heterónoma o vía autónoma colectiva, y mediatizadas al servicio de una pluralidad de intereses de relevancia para el ordenamiento jurídico. Pero sin que ello dé lugar a una dualidad de relaciones jurídicas, puesto que la dimensión esencialmente cambiaria y la función organizativa se unen en el mismo esquema contractual²⁷⁷.

Pero el interés del empleador no se satisface con la obtención del trabajador de una prestación de trabajo en abstracto, sino que va más allá, porque el cumplimiento de la prestación de trabajo en organizaciones empresariales requiere de la coordinación de las

²⁷⁶ Como se advierte por la doctrina, la tipificación y disciplina legal de un contrato consistente en un conjunto de reglas particulares para el mismo, prefigura una influencia y orientación de la dinámica de las operaciones económicas que le corresponden, y da una determinada disposición a los contrapuestos intereses que resultan implicados (BESSONE, M.: *Casi e questione di Diritto privato*, vol. II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1.984, pg. 16). De lo contrario la tipificación sería inútil y gratuita, puesto que la misma determina una serie de efectos que no dependen directamente de la voluntad de las partes y se reputan consecuentes al tipo de contrato, SACCO, R.: “Autonomía contrattuale e tipi”, Riv. Trim. Dir. Proc., 1.966, pg. 799.

²⁷⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al art. 1...”, cit, pg. 8. En este sentido RIVERO LAMAS, J.: “Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo”, Anuario de Derecho Civil, núm. 1/1.972, pg. 171, ha puesto de relieve cómo la inclusión de la dependencia en la connotación contractual está referida al modo de realizarse la prestación de trabajo, complementando la causa típica cambiaria. Es decir, colaborando el trabajador con el fin de la organización creado por el empresario. Desde esta perspectiva, considera que, en el régimen contractual español, “el ejercicio del poder de dirección y las singulares obligaciones de trabajo no son más, según los términos del artículo 1.258 del Código civil, que consecuencias conforme a la naturaleza del contrato de trabajo, que están *in obligatione* desde el principio, esto es, desde que el contrato se constituye”.

prestaciones de una pluralidad de trabajadores²⁷⁸. En este sentido, se ha preguntado la doctrina acerca de si el fenómeno organizativo implica una ampliación de la causa, al afectar el principio de equivalencia de las prestaciones, partiendo de la idea de que el trabajo en el seno de una empresa, entendida como una organización compleja, implica una mayor onerosidad para el trabajador, si bien parece que este trabajo no añade ninguna nota diferenciadora al prestado fuera de este ámbito, afectando únicamente, si acaso, a los *modos* de cumplimiento de la prestación del trabajo²⁷⁹, porque el fenómeno organizativo es consustancial a la empresa, y no debe olvidarse que en términos económicos y empresariales, empresa es toda organización de medios tendente a un fin: estar en el mercado. Y esta definición de empresa no hace distinción alguna en cuanto al tamaño, puesto que sin organización de los factores implicados en la producción no puede haber empresa ni actividad productiva alguna.

En cambio, lo que sí parece que podría dar lugar a una ampliación de la causa es una alteración de la habitual distribución de factores de riesgo y de garantía que el contrato de trabajo conlleva para las partes contractuales, como sucede con esas nuevas formas organizativas que buscan la completa identificación del trabajador con la organización, supeditando gran parte de la prestación salarial y, a veces, la permanencia del vínculo, a la consecución del resultado previsto por la empresa²⁸⁰, al trasladar, de manera inequívoca,

²⁷⁸ Cfr. CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo...*, cit, pg. 104 y ss., que señala que “la doctrina italiana mas moderna (MENGONI, PERSIANI, LISO, etc.) ha llegado a entender que estos nuevos modos de las relaciones de producción, con procesos de tecnología sofisticada, han traído consigo una extensión del interés del empleador y, por ende, se ha producido lo que se ha venido a llamar “l’allargamento della causa contractuale””, señalando, además, que esta ampliación aparece debido a que el empresario tiene necesidad “no una prestación genérica, sino una prestación con un elevado índice de concreción, que sólo posibilita el ejercicio del poder de dirección en la empresa”.

²⁷⁹ Véase ALONSO OLEA, M.: *Introducción...*, cit., pgs. 38 y 39. En cambio, otros, como CABRERA BAZÁN, *ib.*, pg. 107, opinan que “esta modalidad” es tan acentuada en el trabajo en la empresa que puede llegar a influir sobre los planteamientos tradicionales del esquema contractualista de la relación de trabajo.

²⁸⁰ Sobre esta cuestión puede verse, p.e., MERCADER UGUINA, J.R. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “Salario variable por rendimiento del trabajador”, “Nuevos sistemas de participación en beneficios”, “Salarios variables vinculados a los resultados empresariales. Retribución por objetivos” y “Salario variable vinculado al desempeño y competencias del trabajador”, en *Observatorio de la negociación colectiva* (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., coord.), Comisiones Obreras, Madrid, 2002, y MERCADER UGUINA, J.R. y MARTÍN JIMENEZ, R.: “Retribución variable y gestión del rendimiento”, en *La negociación colectiva en España: Una mirada crítica* ((ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., coord.), Tiran lo Blanch, Valencia, 2006, pg. 365 y ss.

riesgos del área empresarial al área del trabajador, justificándose la extinción en la inutilidad de la prestación o su modificación en la necesidad de adecuarlo a las nuevas condiciones. Sin embargo, tampoco estamos ante una ampliación de la causa, puesto que continuamos estando ante un contrato de trabajo típico, sometido a las condiciones válidamente pactadas, a la legalidad del momento y a los avatares que el ejercicio de las exigencias y poderes empresariales pueda imponerle, de tal manera que, aún en ese supuesto, el contrato de trabajo es reconocible como tal, puesto que su causa no se modifica aunque el trabajador asuma una parte de los riesgos que habitualmente corresponden al empleador, porque lo que sí existe es un cierto desplazamiento del riesgo. Ahora bien, ¿acaso no es normal la existencia de complementos salariales relacionados con la productividad o los objetivos alcanzados o también el despido del trabajador ineficiente o la modificación del contrato devenido insatisfactorio sin que tenga que hablarse de ampliación de la causa?

3.1.4.5. El problema de la alteración funcional de la causa como base contractual explicativa de la modificación de circunstancias

La causa se manifiesta en el contrato de trabajo, al igual que en cualquier otro contrato típico, como un instrumento que permite llevar a cabo un doble control, permitiendo, en primer lugar, determinar que la operación contractual concertada no conlleva efectos prohibidos por el ordenamiento, a la vez que, en segundo lugar, puede, igualmente, ser el instrumento de control de la realización de la operación perseguida por los contratantes y de “verificación de la existencia de las razones que justifican y fundan las proyectadas transferencias patrimoniales”²⁸¹. Desde esta perspectiva, cuando el reparto de riesgos y las transferencias patrimoniales concertadas sufren alguna alteración, es evidente que este cambio va a traducirse en un defecto funcional de la causa compleja del contrato²⁸², que al

²⁸¹ Vid ROPPO, E.: *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1.977, pgs. 175 y ss.

²⁸² Véase GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pg. 486, “puede suceder que una de partes no cumpla con su prestación; es más, puede suceder que la prestación de una de las partes resulte imposible en virtud de una causa que no le sea imputable; finalmente puede suceder que la prestación de una de las partes resulte excesivamente onerosa respecto de la prestación de la otra. En estas hipótesis se produce una alteración de la causa del contrato: el intercambio en que consiste la causa no puede realizarse, o no

exigir la extinción o modificación contractual, para restaurar el equilibrio causal perdido, es especialmente explicativa de la incidencia de las necesidades organizativas y, por tanto, de la organización en la modalización de la prestación laboral debida²⁸³.

Cuando nos referimos al defecto funcional de la causa, pensamos en esa alteración de la misma que aparece cuando, durante la ejecución del contrato, viene a menos o ni siquiera se realiza, la situación de hecho mentalmente imaginada por las partes, a la que supeditaban tácitamente la eficacia del contrato, que se objetiva en la función económico-social del mismo, es decir en la causa del contrato de trabajo²⁸⁴. Así, si no se materializa lo pensado por los contratantes en la conclusión del contrato, es obvio que este contrato y, por tanto, su causa tienen un defecto funcional, por cuanto no se ha cumplido la función que el ordenamiento le asigna con respecto a la satisfacción de los intereses de los contratantes²⁸⁵.

Por tanto, cuando esas razones desaparecen o vienen a menos se debe permitir, si se quiere conservar la relación contractual, una reducción equitativa de las correspondientes obligaciones, lo que se manifiesta en la modificación de las prestaciones de las partes, a través de la variedad de procedimientos novatorios instituidos para materializar las exigencias y necesidades organizativas en esas prestaciones. Ahora bien, para que esta

puede realizarse teniendo en cuenta las condiciones económicas preestablecidas. A este respecto, se habla de defecto funcional de la causa”.

²⁸³ Esto “permite considerar que dada la particular relación económico-social que reviste formalmente el contrato, y la particular “cercanía” entre las partes: la “fisonomía del contrato de trabajo tiene la presencia de un fuerte contacto social que expone a los sujetos a todos los riesgos que éste comporta”. VENEZIANI, B.: “Libertà contrattuale e contratto di lavoro. Lineamenti di diritto comparato”, in Biagi-Suwa, *Il diritto dei disoccupati*, Giuffrè, Milano, 1996, pg. 442.

²⁸⁴ Desde la perspectiva de la *teoría de la base del negocio*, originaria de OERTMAN y perfeccionada por LARENZ, donde se diferencia entre base subjetiva y objetiva, ésta última cumple una función asimilable a nuestro sistema causal. Pues bien, la base objetiva del negocio desaparece cuando existe un desequilibrio entre las contraprestaciones que destruye la relación de equivalencia o cuando se frustra o hace inalcanzable la *común finalidad objetiva* del contrato. Véase LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. C. Fernández Rodríguez, Comares, Granada, 2.002, pg. 147.

²⁸⁵ Véase PINO, A.: *La excesiva onerosidad...*, cit., pg. 182: por “vicio funcional de la causa se quiere indicar, en su aspecto sustancial, una alteración de la función económica y social del fenómeno, y en su aspecto formal, en la adecuación del fenómeno para ser tutelado por el ordenamiento”, de lo que se concluye que si bien el contrato puede seguir realizándose no cumple plenamente la función que le es propia, por lo que puede ser modificado o, en su caso extinguido. En esta aspecto se ve la diferencia con la “imposibilidad sobrevenida” que sí imposibilita la realización contractual.

situación se admita, es necesario que el grado de frustración de la representación ideal que los contratantes se hicieron supere un determinado umbral para que permita fundamentar la modificación de las condiciones contractuales y ese umbral viene determinado por el nivel de flexibilidad interna reconocido normativamente al empleador, de tal modo que si la variación es mínima no se permite al empresario modificar sustancialmente esas condiciones, lo que nos sitúa ya en un plano político-jurídico más allá del campo de lo dogmático.

Desde este punto de vista, es particularmente relevante una perspectiva dinámica de la obligación, en cuanto inseparable de sus posibles vicisitudes, lo que implica su contemplación tanto en el momento inicial, constitutivo, como en su fase de ejecución y cumplimiento. Así, podemos constatar la disimetría existente entre las fuentes constitutivas de la obligación y las causas de modificación y extinción de la misma, como sucede ante una modificación del contenido de la prestación por medio de un acto unilateral del empresario, cuando se le reconozca ese derecho al ejercicio unilateral de las posibilidades novatorio-modificativas por la normativa reguladora de sus intereses²⁸⁶.

Desde una visión técnico-jurídico, desde la teoría general de los contratos, esta materialización de las exigencias organizativas, originada por la constatación de un defecto funcional de la causa contractual, que se caracteriza por su posible previsibilidad y por la innecesariedad de un desequilibrio económico sobrevenido, en cuanto puede bastar una pérdida comparativa de utilidad o lucro cesante, no sólo una situación crítica excepcional²⁸⁷, sólo podría ser encuadrada en la teoría de la modificación o alteración sobrevenida de circunstancias. En este sentido, las modificaciones unilaterales tienen la finalidad de adecuar la prestación a las exigencias sobrevenidas en su desarrollo, si de esas

²⁸⁶ Es evidente, en este sentido, que la estructura del negocio modificativo o extintivo no depende del arbitrio caprichoso de las partes, sino de los intereses jurídicamente relevantes que constituyen el contenido de la regulación de las obligaciones, Cfr.: PERLINGIERI, P.: “Aspectos problemáticos...”, cit, pgs. 60-61.

²⁸⁷ Véase, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1.997, pg. 139.

exigencias se desprende una valoración de la utilidad prestacional diferente a la originaria²⁸⁸.

Esta predisposición a la satisfacción de las exigencias organizativas se deduce directamente del sistema normativo, que ha configurado un contrato de trabajo esencialmente flexible y maleable, como se desprende claramente de la posibilidad de modulación unilateral del mismo derivada de la aplicación de los artículos 39, 40 y 41 LET y no de una concepción dogmática previa²⁸⁹. Precisamente esta maleabilidad le permite cumplir la función económico-social que le asigna el modelo económico en que se desarrolla, a la vez que permite a las partes fundar su comportamiento sobre tal prefiguración²⁹⁰. No obstante el origen normativo de la maleabilidad y flexibilidad del contrato de trabajo, los esquemas jurídicos tradicionales se muestran reacios a la integración del fenómeno de la reorganización productiva con la diversidad y complejidad de intereses concurrentes. Por eso, en la instrumentación jurídica de las posibilidades modificativas, aparece la insuficiencia de la respuesta que las categorías jurídicas tradicionales dan a las nuevas construcciones jurídico-positivas.

En este sentido, podemos decir que el artículo 41 LET, al igual que sucede con el 40, y 39.5, incorpora una categoría jurídica identificable como la modificación de las condiciones sustanciales del contrato de trabajo por alteración sobrevenida de circunstancias, desde una perspectiva más comprensiva de supuestos y flexible en los recursos técnicos utilizados que la visión tradicional que se desprende del análisis de las principales manifestaciones específicas de la categoría general de la alteración sobrevenida de circunstancias.

En primer lugar, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* parte del sobreentendimiento de que la subsistencia de la relación contractual depende de la

²⁸⁸ Véase al respecto, GIUGNI, G.: *Mansioni e Qualifica...*, cit., pg. 273.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La emancipación del Derecho del Trabajo...”, cit., pg. 3.

²⁹⁰ Como se ha puesto de relieve es evidente que la “justa causa (para la modificación contractual) debe valorarse en función del destino típico económico-social de la relación”. Cfr. BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, (Traducción de DE LOS MOZOS, J.L.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.970, t. II, pg. 338.

permanencia de determinadas circunstancias existentes en el momento de su conclusión, consideradas importantes para la partes y cuya variación no era previsible²⁹¹. Aparte de otras cuestiones como la vaguedad e imprecisión de sus planteamientos y la presunción que hace de un incierto voluntarismo ficticio al sustituir la voluntad expresa o tácita de las partes por una supuesta voluntad lógico-inmanente²⁹², el principal obstáculo a su aplicación es la notable rigidez de su aplicación por nuestros Tribunales, al considerarla una cláusula peligrosa que sólo muy excepcionalmente debe admitirse como remedio para restablecer el equilibrio de las prestaciones, exigiendo para su admisión la concurrencia de una alteración extraordinaria e imprevista de las circunstancias que provoque una desproporción exorbitante de las prestaciones y haga extremadamente difícil o más oneroso su cumplimiento, aunque sin llegar a la imposibilidad, que ya nos emplazaría ante la fuerza mayor, que sí lo imposibilita²⁹³.

La *doctrina de la imprevisión*, en su formulación original, enteramente similar a la anterior, defiende la liberación de la vinculación contractual o su modificación ante circunstancias extraordinarias, imprevisibles y por tanto no vislumbradas en el momento de la concertación contractual, que provocan un desequilibrio en las prestaciones que vuelve su ejecución considerablemente difícil o más gravosa²⁹⁴. Esta teoría subjetivista, insuficientemente explicativa, ha sido reformulada por Ghestin²⁹⁵ centrando la atención en un problema de búsqueda de equilibrio entre lo justo y lo útil, puesto que un desequilibrio económico y objetivo entre prestaciones puede generar la resolución o la revisión al privar

²⁹¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, cit., pg. 874, donde acoge la formulación de esta teoría que hace KAUFMANN.

²⁹² GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.992, pg. 296, califica este planteamiento como manifestación de la concepción voluntarista del contrato, inspirada en el dogma de la autonomía de la voluntad.

²⁹³ Véase la STS de 4 de julio de 1.994, Ar 6335, con voto particular contrario, donde se admite la modificación de una condición más beneficiosa aplicando la cláusula *rebus sic stantibus* como excepción del principio *pacta sunt servanda* que “autoriza excepcionalmente la revisión o resolución de un contrato de trabajo en aquellos casos en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevisibles resulta extremadamente oneroso para una de las partes mantenerlo en su inicial contexto”.

²⁹⁴ Véase GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil*, cit., pg. 288 y ss. y 317-318.

²⁹⁵ GHESTIN, *ibidem*, pg. 336 y ss.

al contrato de su utilidad social, reconduciéndose así el problema hacia la causa del propio contrato, entendida como su aptitud para ser merecedor de tutela jurídica. Así, esta utilidad social desaparece cuando no contribuye a la viabilidad empresarial al poner en peligro la propia organización productiva. Ahora bien, esta doctrina, subjetivista como la anterior, se concibe como un recurso excepcional en la dinámica contractual, centrado generalmente en desequilibrios monetarios, ha sufrido el mismo rechazo judicial a su admisión²⁹⁶.

A su vez, la doctrina alemana formuló la *teoría de la base del negocio*²⁹⁷ aunando elementos subjetivos, la “representación mental” de los contratantes al fijar el contenido del contrato²⁹⁸, y objetivos, las “circunstancias y el estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido”²⁹⁹. Consecuentemente, la carencia de base del negocio, como requerimiento de buena fe, permite la modificación o extinción contractual conforme a las concretas circunstancias concurrentes³⁰⁰, pero su recepción en nuestra legislación es ocasional, a pesar de que la base objetiva se asemeja a nuestra causa, puesto que su formulación se incardina en un sistema jurídico no causal, aparte de que no resuelve adecuadamente el problema de subjetividad ya señalado en las anteriores teorías.

La doctrina de la excesiva onerosidad sobrevenida³⁰¹, de origen italiano, consiste en la posibilidad de modificar o extinguir el contrato si durante el transcurso de la ejecución de las prestaciones contractuales sobrevienen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que convierten la prestación de una parte en excesivamente onerosa con respecto a su contraprestación. De aquí que la onerosidad sobrevenida debe ser excesiva y conllevar un

²⁹⁶ Para un juicio crítico de su aplicabilidad véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo...”, cit., pgs. 687 y 688.

²⁹⁷ Véase LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit.

²⁹⁸ *Ibidem*, pg. 41.

²⁹⁹ *Ibidem*, pg. 170.

³⁰⁰ *Ibidem*, pg. 171.

³⁰¹ Véase SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario”, RPS, núm. 56/1.962, pg. 61 y ss.

fuerte desequilibrio entre el valor económico de ambas prestaciones, de tal manera que convierta el contrato en injusto para una de las partes. Esta construcción se basa en la relación de equivalencia económica entre las prestaciones propia de los contratos conmutativos, por lo que las vicisitudes, posteriores a la concertación contractual, que modifican el valor de una prestación provocan un desequilibrio económico con respecto a su contraprestación, que puede llevar a la extinción del contrato³⁰². La ventaja de esta teoría es que objetiva el problema al reconducirlo a un desequilibrio económico, pero sólo es aplicable a las situaciones en que las circunstancias sobrevenidas provocan una desproporción prestacional, pero no engloba los supuestos en que las prestaciones pierden sentido, aunque se mantengan equilibradas económicamente, y lo que existe es una inalcanzabilidad de la finalidad objetiva del contrato³⁰³, lo que nos sitúa ante un vicio funcional de la causa, puesto que el contrato podrá seguir realizándose, pero sin cumplir la función que le es propia, de donde se sigue que puede extinguirse o modificarse para corregir ese desequilibrio³⁰⁴.

No obstante esta formulación, alguna doctrina considera que la excesiva onerosidad debe incluir, además de la agravación de la onerosidad de la prestación, la disminución de la utilidad de la contraprestación, entendida como la que provoca en el patrimonio del contratante un agravio patrimonial actual y también un agravio virtual³⁰⁵, lo que nos permite englobar, además de los supuestos de pérdidas constatables, aquellas situaciones en que se imposibilita el aumento del lucro que pudiesen determinar en un futuro verdaderas pérdidas, por disminución de la utilidad original de la prestación del trabajador.

³⁰² GALGANO, F.: *Diritto privato*, Cedam, Milano, 1.994, pg. 322, y *El negocio jurídico*, cit., pg. 489 y ss. Igualmente MESSINEO, F.: *Dottrina generale...*, cit., pg. 396, donde señala que cuando “el álea sobrepasa la medida normal y se hace anormal por un acontecimiento extraordinario, la parte que, sin posibilidad de previsión, resultara excesivamente gravada, tiene por lo tanto el derecho de pedir la resolución”, porque “las cosas ya no están como estaban” en el momento de la conclusión del contrato.

³⁰³ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., pg. 877.

³⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa...”, cit., pgs. 690 y 691.

³⁰⁵ MESSINEO, F.: *Dottrina generale...*, cit., pg. 378, y SUAREZ GONZÁLEZ, F.: “La resolución del contrato...”, cit., pg. 71. En contra, PINO, A.: *La excesiva onerosidad...*, cit., pg. 26 y ss., o BRACCIANTI, C.: *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1.946, pg. 72.

Desde esta perspectiva podrían quedar amparados en esta teoría los supuestos en que, sin existir un desequilibrio económico ni frustrarse la finalidad del contrato, se puede obtener una mayor utilidad comparativa de la prestación del trabajador tras la reorganización del personal y la consiguiente modificación contractual, puesto que esta concepción amplia contempla posiciones enteramente similares a la interpretación que debe hacerse de los requisitos causales exigidos por el 41 LET³⁰⁶.

Sin embargo, las posiciones doctrinales imperantes se plantean en términos de mayor rigidez, llegando a señalarse la inaplicabilidad fáctica de la figura para el contrato de trabajo, puesto que la normativa laboral prevé los instrumentos legales necesarios para hacer frente a los desequilibrios contractuales, adaptando sus condiciones a las circunstancias, como sucede con las modificaciones sustanciales o las cláusulas de descuelgue³⁰⁷. Además, buscando salvaguardar la certeza y la estabilidad de la relación contractual, exige la concurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que convierte en difícilmente trasladable esta categoría al supuesto de hecho de las modificaciones sustanciales, donde se admiten las reorganizaciones finalistas, cara a mejorar la posición competitiva de la empresa, sin que se requiera un desequilibrio organizativo o económico sobrevenido, porque el eje de las modificaciones sustanciales no gira, básicamente, en torno a un desequilibrio económico prestacional, que también, sino en un criterio de utilidad o rentabilidad económica de la prestación del trabajador, por lo que se protege una razonable maximización del beneficio y las estrategias empresariales minimizadoras del lucro cesante a través de la reorganización de sus recursos productivos. De aquí que no se puedan incluir, ni en la interpretación más laxa, los efectos que sobre el sistema de contratación comportan las continuas reorganizaciones empresariales exigidas por las inestables y cambiantes condiciones del mercado, que tienen no un carácter patológico, sino normal en la vida de la empresa³⁰⁸ y que han provocado que el diseño legislativo de las vicisitudes contractuales laborales se haya configurado en orden a las

³⁰⁶ Véase lo dicho mas adelante a propósito de la necesaria concurrencia de la relación de causalidad entre la modificación y sus fines normativos.

³⁰⁷ Cfr. TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1.968, pg. 196.

³⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa...”, cit., pg. 693.

necesidades propias de la organización productiva, cuyo interés se ha juridificado y objetivado en la norma.

Aquí reside la diferencia esencial entre los planteamientos civil y iuslaboral, resumible en la exigencia de imprevisibilidad y excepcionalidad civilista y en la previsibilidad y habitualidad de las necesidades de eficiencia organizativa empresarial, hasta el punto de que el cambio de circunstancias puede ser inducido, como así sucede en muchas ocasiones, por el propio empresario a través de su estrategia organizativa para el mantenimiento o mejora de la competitividad de su empresa³⁰⁹. La conclusión es que las categorías tradicionales frente a la alteración sobrevenida de circunstancias exigen la concurrencia de unos supuestos objetivos que no siempre pueden reconducirse a la mayor flexibilidad y complejidad de la norma laboral. Flexible en cuanto facilita la reorganización y adaptabilidad del sistema de contratación a las cambiantes necesidades organizativas de la empresa³¹⁰, y compleja, en cuanto presenta vertientes de dimensión colectiva e institucional que lo hacen posible y lo limitan³¹¹.

Ahora bien, el resultado es otro si reconducimos el problema hacia la figura más general de la alteración sobrevenida de circunstancias, más que a su incardinación en alguna de las especies en ella incluidas. Porque de lo que no cabe duda es de la inclusión de nuestro problema en el *genus*, aunque no en la especie, porque la cuestión se refiere a la función económico-social que cumplen los contratos de trabajo en la empresa³¹², en particular con la doble funcionalidad del contrato, como reglamentación del conflicto y como

³⁰⁹ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1.983, pgs. 116; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 71.

³¹⁰ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial...*, cit. pg. 54, donde señala que “como los mecanismos previstos en el derecho común son insuficientes para garantizar al empresario el resultado final perseguido en el proceso de trabajo, que sólo se consiguen a través de una correcta organización, es imprescindible proveerle de los medios para lograrlo...”.

³¹¹ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial...*, cit. pg. 72.

³¹² A este propósito RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, cit., pg. 127, señala que “el ordenamiento jurídico al institucionalizar el trabajo prestado por cuenta ajena y elevar al plano jurídico este hecho social, coloca en la base del contrato laboral, que es el título para la utilización de este trabajo, un *prius* funcional constituido por el fin económico social al que ha de plegarse el negocio bilateral que las partes crean en virtud de su autonomía privada”.

instrumento de organización del trabajo en la empresa. Esta segunda vertiente funcional del contrato de trabajo es la que enlaza las vicisitudes y exigencias de la organización productiva con la propia dinámica contractual³¹³.

Desde esta perspectiva, el problema se sitúa en la dificultad funcional que las exigencias de la organización productiva plantean para la realización de las prestaciones laborales, puesto que el contrato de trabajo se subordina al interés económico, técnico, organizativo o productivo de la empresa y el diseño legislativo de las vicisitudes contractuales laborales se ha prefigurado en orden a las necesidades propias de la organización productiva, cuyo interés se ha objetivado y juridificado por la norma, que ha interiorizado que la organización productiva ha pasado, de ser el sustrato material para la ejecución del contrato, a ser la base sobre la que se asienta el negocio jurídico laboral³¹⁴.

De aquí que la modificación contractual será procedente, tanto frente a la evidencia de pérdidas económicas, como frente a situaciones de lucro cesante, caracterizadas ambas circunstancias por la relativa inutilidad de ciertas prestaciones laborales frente a la acreditada exigencia de innovación tecnológica o del sistema organizativo de la empresa. Desde esta perspectiva, la incidencia sobre el contrato es dual, en cuanto que la alteración de circunstancias o comporta un sacrificio de las necesidades organizativas, con satisfacción de los intereses del trabajador, o, al contrario, determina una menor utilidad de determinadas prestaciones laborales que han de ser reorientadas a la organización. Esto hace que el problema práctico que afronta el marco normativo de referencia se ubique en la lógica del principio de rendimiento³¹⁵, que prescinde no sólo de las prestaciones no útiles,

³¹³ A este propósito, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 88, señala que la actual regulación del artículo 41 LET “descoyunta cualquier construcción contractualista-civilista del contrato de trabajo”.

³¹⁴ Como señala PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro...*, cit., pg. 71 y ss., se trata de una funcionalización jurídico-organizativa del contrato de trabajo instrumentalizada en orden a que en el plano económico del mercado, y en conjugación con otros factores, el empresario realice su interés al beneficio, aunque lo protegido no su consecución directa, sino un interés previo e instrumentalizado en orden a su consecución: el interés al resultado del aparato productivo, para lo que se diseña un contrato de trabajo cuya existencia se subordina a su contribución organizativa al mismo. En similar sentido MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa...”, cit., pg. 697, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, RL, núm. 12/1.996, pg. 5.

sino también de las no rentables y, por tanto muy cerca ya de una metodología próxima al análisis económico del derecho, de tal manera que permite decir que la configuración jurídica de la vicisitud contractual, sea ésta extintiva o modificativa, subordina la existencia del contrato de trabajo a la lógica del principio de rendimiento, insertándola en la propia función económico-social del contrato de trabajo³¹⁶, lo que implica, no podía ser de otro modo, la penetración de la racionalidad económica en la categorización jurídica de los institutos, justificada en la necesidad empresarial de aumentar la productividad, disminuyendo en lo posible el coste de ineficiencia de la mano de obra³¹⁷, por cuanto este factor permite al empresario, mediante el uso de los correspondientes mecanismos jurídicos, mantener la plena eficiencia de los recursos productivos³¹⁸. Consecuentemente, desde el punto de vista técnico jurídico, el desequilibrio causal, provocado por la alteración sobrevenida de circunstancias, se resuelve llevando a cabo la pertinente modificación contractual. Ahora bien, esta justificación contractual tampoco es plenamente explicativa de la causa última del poder modificativo del empresario, como se verá más adelante.

³¹⁵ Queda ya muy lejos la distinción de RADBRUCH, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducción de Wenceslao Roces, FCE, México, 1974, pg. 113, entre el “Derecho económico” que “considera las relaciones económicas bajo el punto de vista de la productividad” y el “Derecho obrero” que “las enfoca según el criterio de la protección del débil frente al poderoso adinerado”. En este sentido, bastantes áreas del Derecho del Trabajo, como la que nos ocupa, pueden ser perfectamente explicadas bajo la perspectiva de las teorías de la eficiencia económica, vid. HYLTON, K.H.: “Efficiency and Labour Law”, NULR, vol. 87, núm. 2, 1.993, pgs. 471 y ss.; e incluso justificadas frente a las demandas desreguladoras de las neoclásicas críticas a la regulación del mercado de trabajo, vid. DEAKIN, S. y WILKINSON, F.: “Rights vs Efficiency? The Economic Case form Transnational Labour Standards”, ILF, vol. 23, núm 4, 1.994, pgs. 292 y ss.

³¹⁶ Como señala LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1.980, pg. 459: “Los tipos jurídico-estructurales no sólo son formados bajo puntos de vista normativos, sino que son también tipos de regulaciones, es decir, de contenidos normativos”.

³¹⁷ Para MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido...*, cit., pgs. 140-141, “las nuevas políticas laborales aplican los principios de la libre empresa al mercado de trabajo como si se tratase de un mercado de mercancías en un proceso “remercantilizador” de la mano de obra”, que ha conducido “a una situación de pérdida de reconocimiento del legítimo interés de los trabajadores en la seguridad en el empleo”. Critican este planteamiento puesto que “percibiendo el trabajo humano en términos puramente económicos se puede llegar a ignorar por completo los importantes beneficios sociales y psicológicos del trabajo como parte integrante del desarrollo humano”. En esta línea y desde el análisis evolutivo del *common law* en materia de contrato de trabajo, véase ELIAS, P.: “The Estructure of the Employment Contract”, en *Industrial Law Journal*, 1.998, vol. 27, núm. 1, pg. 99.

³¹⁸ Véase GAROFALO, M.G.: “Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici”, DLRI, 1.990, pg. 224.

4. LOS PODERES DIRECTIVOS DEL EMPRESARIO COMO EXPLICACIÓN DE LA FACULTAD DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO EX ARTÍCULO 41 LET

4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL. LOS PUNTOS DE VISTA ECONÓMICO, POLÍTICO Y JURÍDICO. LIMITACIONES DEL PUNTO DE VISTA JURÍDICO. LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN Y EL CONFLICTO DE INTERESES SUBYACENTE

La indiscutida³¹⁹ existencia de poderes directivos empresariales nos permite explicar la facultad de modificación unilateral que de las condiciones sustanciales del contrato de trabajo detenta el empresario. Sin embargo, no es igual de fácil llegar a la razón última que fundamenta su existencia en el sistema jurídico-laboral. Esta dificultad obliga, tanto a matizar algunas ideas generales, como a retomar argumentos en torno al propio contrato de trabajo, porque en el concepto de poder de dirección, ya sea entendido en un sentido amplio, como desde la perspectiva más concreta de cada uno de los poderes o facultades que lo conforman, se concentran y reúnen los problemas y perspectivas más diversos dentro del mundo jurídico-laboral. De aquí que su estudio deba iniciarse sin apriorismos dogmáticos ni planteamientos excluyentes y exclusivos, dado que ninguno de ellos “abarca y opera con la totalidad de matices y problemas que el poder de dirección atrae sobre sí”³²⁰, máxime en un momento en que algunos de los temas clave del Derecho del trabajo están sufriendo una crisis que vuelve insuficientes las explicaciones y fundamentaciones clásicas de los poderes directivos empresariales.

Como es natural, esta diversidad de enfoques, desde los que se puede abordar el estudio del fenómeno del poder directivo, dependerá de los planteamientos ideológicos previamente adoptados por el jurista respecto al sustrato socio-económico subyacente,

³¹⁹ Esta afirmación ha sido mantenida por la totalidad de la doctrina. Véase, por todos, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1.992, pg. 72.; “Precisamente si algo destaca en la doctrina es la no discusión sobre la legitimidad empresarial para ejercer el poder de dirección. Con diferentes variantes se intenta fundamentar este atributo, pero jamás se cuestiona su titularidad, si no es planteando a la vez un cambio en la estructura económica de la sociedad”.

³²⁰ *Ibidem*, pg. 71.

de modo que se puede establecer, en función de la posición ideológica sostenida, un paralelismo entre la concepción que se tenga del sistema de relaciones laborales, de la empresa y del contrato de trabajo, incluida la naturaleza contradictoria o no de los intereses que tutela, y la fundamentación de los poderes de organización y dirección del empresario.

Indudablemente, estas cuestiones conllevan una gran carga ideológica, que cambia sus características buscando la adaptación continua a los tiempos, pero esas explicaciones últimas permanecen y están en la raíz de toda construcción jurídica³²¹. Esto es así porque una interpretación coherente exige partir de una determinada concepción de la realidad social que nos permita interpretar el hecho jurídico, en este caso los poderes de modificación unilateral de las condiciones sustanciales de trabajo, *ex* artículo 41 LET, que el ordenamiento concede al empresario dentro de sus poderes de dirección, para lo que debemos sentar unos principios acerca de la relación jurídica individual, consagrada en el contrato de trabajo, que se proyectarán después sobre los derechos y obligaciones que las partes asumen en el mismo.

De lo anterior se deduce que para poder entender en su totalidad las implicaciones que plantea la existencia de los poderes directivos empresariales y, por tanto, el poder de modificación unilateral de las condiciones sustanciales del contrato de trabajo por parte del empresario, se hace necesario acudir no sólo a un análisis de la realidad laboral desde el punto de vista jurídico, que nos daría una visión, que inevitablemente será, como veremos, parcial e insuficientemente explicativa del fenómeno, puesto que debemos entender la empresa como “un microcosmos en el que se reflejan y reproducen, a la vez, las tensiones socio-económicas, y, por lo tanto, políticas, que se desarrollan en el seno de la sociedad en su conjunto”³²². De aquí que se pueda hablar de

³²¹ Acerca de la influencia de las ideologías en el planteamiento y repercusión de las obligaciones contractuales, cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad, Sevilla, 1.978, pg. 43. Por su parte, LYON-CAEN, G.: “Ideologies et doctrines en Droit du Travail”, *Annales de l’Institut d’études du Travail et de la Sécurité Sociale*, Université de Lyon, 1.971, pg. 22, señala cómo el capitalismo se adapta a todas las ideologías, incluso a las que lo critican, para subsistir y desarrollarse.

³²² Véase LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 87. En consecuencia, dice, “puesto que el sistema económico y productivo se asienta en la empresa, y puesto

la naturaleza política de la empresa³²³. Por tanto, al igual que la sociedad, su organización y su esquema de poder no se explican en su integridad con argumentos jurídicos, aquí sucede algo similar, porque lo jurídico, a la vez que condiciona la realidad, es, sobre todo, la consagración de esa realidad. Por consiguiente, se ha de acudir, además, a otros puntos de vista, como son los ofrecidos por una perspectiva sociológica, económica y política, que habrán de complementar la panorámica que desde un prisma estricta y exclusivamente jurídico parece poco clarificadora.

El punto de vista jurídico nos lleva al ámbito del contrato, que no explica suficientemente el fenómeno de la capacidad unilateral de modificación ni, por supuesto, del poder directivo como institución que engloba la facultad unilateral de modificación empresarial del contrato. Esta posibilidad novatoria unilateral, salvo situaciones excepcionales, no existe en el ámbito civil³²⁴. Pero, incluso en el ámbito jurídico laboral, tampoco la celebración de un contrato de trabajo basta para explicar en su integridad el poder de dirección empresarial y las consecuencias que de ello se derivan³²⁵. Por tanto, el carácter de mero acreedor de trabajo que posee el empleador no va a permitirnos entender en su integridad la naturaleza del poder de dirección del que forma parte el poder modificador unilateral del empresario que el artículo 41 del Estatuto concede al empresario.

que ésta se concibe, en dicho sistema, como actividad del empresario que la ha constituido con sus propios medios, es perfectamente lógico el establecimiento de vías que, ante los posibles conflictos de intereses, permitan afrontarlos favoreciendo y protegiendo a aquél que se encuentra en una relación más cercana con la base mínima y esencial del sistema”.

³²³ Cfr. ROMAGNOLI, U.: “Autoridad y democracia en la empresa: teoría jurídico-política”, trad. de T. SALA, Cuadernos de Derecho del Trabajo, núms. 1-2/1.975-6., pg. 195; PERULLI, A.: “Potere direttivo, organizzazione, impresa”, en *Lavoro e Diritto*, núm 2, 1.989, pg. 245. En parecido sentido, GHEZI reconoce que “la empresa moderna, sobre todo la gran empresa, funciona, en algún modo, en una *zona franca*, en un vacío de derecho, que se puede ocupar, al día, por normas dictadas en función de las exigencias de la producción y del progreso tecnológico. Cfr. “Observación sul metodo dell’indagine giuridica nel diritto sindacale”, RDTPC, 1.970, pg. 425.

³²⁴ En el ámbito civil no existe la posibilidad de modificación unilateral del contrato por una de las partes, salvo los casos muy excepcionales de apelación a la equidad que se han indicado anteriormente.

³²⁵ Cfr. al respecto MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.963, pg. 39; TREU, T.: *Condotta antisindacale ed atti discriminatori*, Angeli, Milano, 1974, pg. 47 y ss., habla de que sólo se puede reconducir el poder directivo al esquema negocial contractual a costa de “ficciones deformantes” de la realidad.

No obstante este punto de partida, se debe conocer que la fundamentación del poder unilateral de variación del empresario, que es tanto como hablar del poder directivo, en cuanto que forma parte de él, que toma como base el contractualismo se sitúa en dos momentos históricos diferentes, el primero coincidente con los inicios y apogeo del liberalismo y el segundo, de aparición más tardía, a partir de los años sesenta del pasado siglo XX. El primer momento responde a la exaltación de la igualdad formal de todos los hombres ante el derecho y, por tanto, frente al contrato de trabajo, mientras que el segundo aparece como reacción a las teorías institucionalistas y comunitarias que ocuparon, esencialmente, el periodo de entreguerras y que sirvieron de soporte a planteamientos corporativistas y totalitarios de la empresa.

El caso es que ninguna de estas teorías vale en exclusiva para darnos una fundamentación satisfactoria de los institutos directivo y modificativo. Estas ideas, enmarcadas en la teoría contractualista, deudora del mas puro formalismo jurídico, defienden el origen contractual de los poderes empresariales, tomando, en la formulación clásica, el contrato como el título jurídico de aceptación voluntaria por el trabajador de esos poderes, justificando el poder de dirección como derivado del contrato de trabajo concertado libremente entre el empresario y el trabajador. Por medio de este contrato, libremente pactado en lo formal, aunque en realidad constituya una ficción de pacto equitativo³²⁶, es decir, por la vía del principio de autonomía de las voluntad se consagran las prerrogativas unilaterales del empresario³²⁷. En cambio, en las formulaciones más recientes, aunque tengan un origen heterónimo, los poderes directivos son, en todo caso, inherentes a la misma esencia del contrato de trabajo³²⁸.

³²⁶ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: "Ideologías...", cit., pg 100: en su opinión no se "puede ni pretende ocultar la crítica política de fondo que ha de hacerse al contrato de trabajo: que se trata en definitiva de un contrato en el que una de las partes –la que sólo dispone para subsistir de sus brazos y su cerebro- está sometida a una compulsión económica determinante para contratar". Desde aquí es fácil concluir la falacia de la libertad de contratación que esta contractualización representaba.

³²⁷ Así, el contrato sirve también como legitimador del "no menos sacrosanto derecho de propiedad del empresario", lo que permite afirmar que, en el ordenamiento laboral de aquel primer liberalismo, sin el derecho de propiedad no se entiende claramente el poder de dirección del jefe de empresa, la soberanía del jefe de empresa, que de esta forma pasaba a ostentar, con ciertas reminiscencias de la extinguida servidumbre, una cierta propiedad sobre el trabajo de los operarios y por extensión sobre sus personas. Cfr. LYON-CAEN, G.: "Ideologies et doctrines en Droit du Travail", cit., pg. 13; en igual lógica ROMÁN DE LA TORRE, M.D., op. cit., pg. 73.

³²⁸ Cfr. CREMADES, B.: "La sanción disciplinaria en la empresa", Madrid, IEP, 1.969, pgs. 99-100, en

La aceptación voluntaria tiene su base en que el contrato es, por definición, una manifestación de libertad y de autorresponsabilidad, mediante la que el trabajador, al contratar, acepta integrarse en una organización de trabajo, lo que implica también la aceptación del ejercicio unilateral de un poder de organización empresarial que conlleva una limitación de su propia autonomía³²⁹; por eso, siendo una situación libremente querida por el trabajador, no es más que una particular manifestación de su *status libertatis*³³⁰. Este planteamiento responde a un momento de “sacralización de la figura contractual y de los contenidos de igualdad y libertad a ella inherente”, lo que conlleva un alto grado de abstracción que lo hace fácilmente criticable³³¹ y difícilmente asumible, porque el consentimiento contractual no puede ser libre en un ordenamiento en que la separación entre igualdad formal y real es manifiesta, si bien es cierto que “el derecho de los contratos exigía, en efecto, que todas las posiciones subjetivas se recondujesen a la fuente convencional, resultando, pues, objeto de la previsión voluntaria de las partes contratantes”³³².

Consecuentemente, la fundamentación contractual de los poderes directivos es ficticia, en cuanto que el pacto contractual en modo alguno hace valer la voluntad real del trabajador, que se ve obligado a vender su fuerza de trabajo, sino que el contrato, en este aspecto, aparece únicamente como el título que legitima su propia subordinación que, al menos teóricamente, no guarda relación jurídica alguna con el concepto de contrato³³³. La clave explicativa de esta atipicidad contractual, puesto que no hay otro contrato en

relación con el poder disciplinario.

³²⁹ Cfr. ROMAGNOLI, U.: “Autoridad y democracia en la empresa: teoría jurídico-política”, cit., pg. 193.

³³⁰ Cfr. BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I. Milano, Giuffrè, 1.915, pgs. 622 y ss.

³³¹ Señala LÓPEZ-TARRUELLA, cit., pg. 76, que, a pesar de la desvalorización de la figura del contrato y de la quiebra de los principios informadores del sistema contractual en su conjunto, esta teoría mantiene hoy cierta aceptación por gran parte de la doctrina. Cfr. SANDULLI, P.: *Prestazione di lavoro subordinato e attività di rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1.974, pg. 217. Es evidente que hoy la situación ha cambiado en cuanto que asistimos de nuevo a una revalorización del papel del contrato.

³³² Cfr. MONTUSCHI, L.: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1.973, pgs. 17-18.

³³³ Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, cit., pg. 73.

que una parte se coloque en una situación de subordinación como la derivada del contrato de trabajo, reside en la ajeneidad del trabajador con respecto a la propiedad de los medios de producción, que, en cambio, se ejerce en toda su extensión por el empresario a través del contrato de trabajo, por la vía, precisamente, de los poderes empresariales de dirección. De este modo queda claro que el contrato no es el fundamento, sino el instrumento mediante el que se ejercen. Por eso, la perspectiva contractualista que fija la fundamentación del poder directivo en el contrato mismo es rechazable.

La segunda de las perspectivas contractualistas que hemos visto aparece como una superación, tanto de la perspectiva contractualista liberal que fija en el contrato mismo la fundamentación de los poderes directivos, como de las teorías institucionalistas y comunitarias de la empresa. Esta perspectiva, esencialmente de la doctrina italiana, reelabora y revaloriza el contrato de trabajo como fundamento exclusivo del poder de dirección empresarial, pero ahora lo hace desde la perspectiva de “un análisis global de las obligaciones y derechos derivados del contrato de trabajo a partir de la propia estructura interna de éste”³³⁴, una vez superada la ficción del pacto igualitario. Así, la relación poder-subordinación se configura ahora como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo³³⁵.

Desde esta perspectiva, que redimensiona el papel de la aceptación contractual, el contrato de trabajo tendría un contenido mínimo, con un juego limitado de la autonomía de la voluntad y del que formarían parte, como elementos típicos y fisiognómicos, la subordinación y la disciplina, de tal manera que es la estructura contractual misma la que está predispuesta para la actuación del poder directivo-organizativo empresarial³³⁶,

³³⁴ La separación entre contrato de trabajo y organización de la empresa cuenta en Italia ya con un precedente a principios de siglo en la figura de Ludovico BARASSI: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit.; véase, igualmente, la extensa bibliografía recogida en PERULLI, A.: “Potere direttivo, organizzazione, impresa”, cit., pg. 291.

³³⁵ Véase LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1.956, pgs. 115.

³³⁶ Cfr. PESSI, R.: “Il potere direttivo dell’imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 Maggio 1.970, n° 300, en Riv. Dir. Lav. 1.973, pg. 31. En el mismo sentido, SPAGNUOLO VIGORITA, S.: “Il potere disciplinare dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori”, en Dir. Lav., 1.971, pg. 387 y ss.

toda vez que “los instrumentos contractuales utilizados por el empresario para la realización del fin productivo son intrínsecamente funcionales a la estructura técnico-organizativa de la empresa”³³⁷. Sin olvidar el dato de que “el necesario origen contractual de la relación de subordinación” deriva de que es una composición de los intereses contrapuestos que nacen del contrato, una vez concertadas las voluntades de las partes³³⁸.

Estos análisis, al contrario que las primeras versiones del contractualismo, no prescinden de otros elementos, como el hecho económico subyacente al contrato y el hecho organizativo empresarial, si bien se produce una separación tajante entre el contrato de trabajo y la organización-empresa en que se inserta, de tal manera que ésta permanece como un elemento externo a la relación, sin influencia alguna en la configuración dogmática del contrato. Así, el poder directivo se fundamenta desde la perspectiva jurídica del pacto, del que es un elemento más, de modo que la subordinación y el poder directivo se configuran como posiciones inherentes al contrato de trabajo y como posiciones correlativas que muestran una correspondencia directa entre el poder directivo, mediante el que el empresario especifica o modifica la prestación del trabajador y la posición subordinada correlativa al deber de obediencia de éste a aquél³³⁹.

Ahora bien, la aportación de este nuevo contractualismo reside, no en la idea que ya conocemos de que el contrato es el instrumento jurídico que fundamenta y legitima el

³³⁷ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, S.: “Impresa, rapporto di lavoro, continuità”, en Rev. Dir.civ., 1.969, I, pg. 563 y ss.; Igualmente PESSI, R.: “Il potere direttivo...” cit, pg. 30-31. En este sentido, se puede decir que “el empresario como titular de intereses jurídicamente cualificados está interesado en funcionalizar los contratos de los que es parte para un mejor incardinación del objeto de la obligación en el aparato técnico-organizativo basado en una rígida estructura jerárquica de la empresa”.

³³⁸ Véase PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pgs. 115 a 119. donde trata de la relación obligatoria como expresión de una regulación de intereses, esp. pg. 118. hasta el punto de que “es imposible distinguir entre obligación de trabajar y subordinación”. En contra de esta idea, sobre todo, SUPPIEJ, G.: “La struttura del rapporto di lavoro”, Cedam, Padova, 1.963, para quién es posible distinguir entre obligación de trabajar y subordinación. Igualmente, CASSI, V.: *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoratore*, cit..

³³⁹ Véase, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, cit., pg. 75.

poder del empresario, sino en que el contrato, a la vez, está fijando el ámbito de esa legitimación, de tal manera que “el empleador puede ordenar y el trabajador debe obedecer sólo en aquello que es estrictamente necesario y justificado en la dinámica de la relación”, porque este poder únicamente puede “entenderse admisible sólo en cuanto es funcionalmente necesario a los fines de la prestación laboral” y “el empresario ordena en cuanto acreedor de trabajo con las limitaciones necesarias”³⁴⁰ es decir, sólo en cuanto “es deducible del contrato”³⁴¹.

De este modo, será el propio contrato el que delimite el poder directivo teniendo en cuenta la voluntad de los contratantes, pero no en exclusiva, sino atendiendo también al resto de los datos normativos, y establezca el *quantum* del poder directivo³⁴², que en cualquier caso habrá de ajustarse a los principios y modos obligacionales, cerrando toda posibilidad a la extralimitación de esferas que la *fiducia* o el *intuitus personae* de la posición comunitaria llevan consigo, excluyendo la consideración de la relación de trabajo como “una especie de señorío personal del empresario sobre los trabajadores”³⁴³. Esto implica el establecimiento de límites normativos³⁴⁴ a los poderes del empresario, en paralelo con el reforzamiento de la posición jurídico-contractual del

³⁴⁰ Cfr. PERA, G.: *Compendio di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 1.996, pg 177. Añade que el ejercicio de este poder debe llevarse a cabo, por su delimitación efectiva dentro del ámbito contractual, sin injerencias de tipo alguno “en la esfera de la persona y de su libertad”, de tal modo que la superación de estos límites otorga al trabajador una especie de *ius resistentiae* a las ordenes recibidas.; SMURAGLIA, C.: *La persona del prestatore nel rapporto de lavoro*”, Giuffrè, Milano, 1.967, pgs. 274-275, dice que “la implantación de la persona adquiere un significado particular en el contrato de trabajo sólo porque se restringe la esfera de autonomía y se ensancha la necesidad de tutela, lo que, evidentemente, no consiente transferir la prestación de trabajo fuera del esquema de la relación obligatoria, autorizando únicamente a considerarla en sus connotaciones características y en aquellos elementos que aparecen “reforzados” respecto de otros tipos de obligaciones”.

³⁴¹ Véase PERA, G.: *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1.984. pg. 574.

³⁴² Cfr. PESSI, R., op. cit., pg. 57, donde se refiere a que la “determinación del objeto del contrato, hecha voluntariamente en el momento de la estipulación del mismo, se sustancia no en la simple determinación de la calificación contractual, sino y sobre todo en la determinación del poder directivo y más exactamente del *quantum*” de subordinación de la actividad debida del trabajador”. Así se pone de relieve la íntima relación entre objeto del contrato, poder de dirección y subordinación, en cuanto la determinación del objeto conlleva la determinación del ámbito de actuación de los poderes directivos.

³⁴³ PERA, G.: *Diritto del lavoro*, cit., pg. 574

³⁴⁴ Esta normativa limitadora va a incidir sobre el poder directivo a través de un complejo cúmulo de disposiciones, individuales y colectivas que aparentemente suprimen los vestigios de señorío que los poderes directivos arrastraban de atrás, modalizando en lo posible las obligaciones contractuales y adaptándolas a la peculiar relación generada por el contrato laboral.

trabajador, que debe hacerse a partir del factor normativo, reequilibrante de la diferencia de poderes que el contrato no supera, y que se debe materializar en una regulación que salvaguarde, desde el interior del contrato, la dignidad y la libertad del trabajador. Paralelamente, esta perspectiva contractual influye, a su vez, tanto en esa normativa como en la reinterpretación de derechos como la libertad económica³⁴⁵, que incluso serán reconducidos al esquema contractual, de modo que el contrato protegerá a su través, como interés jurídicamente tutelado, las facultades modificatorias empresariales como parte del poder directivo³⁴⁶.

Es evidente que tanto unas posiciones contractualistas como otras fijan el fundamento jurídico inmediato del poder directivo en el contrato de trabajo, si bien no responden a la pregunta de cuál es el fundamento real, último, de tal poder, lo que permite decir que la fundamentación del poder de dirección en el consentimiento contractual es criticable por su formalismo y apartamiento de la realidad, puesto que pensar que el trabajador acepta la situación de sometimiento contractual al empleador es moverse en el terreno de las construcciones formales³⁴⁷, porque la supremacía del empresario no puede justificarse en la lógica del contrato, sino en la lógica de la realidad socio-económica subyacente, máxime cuando el “contrato no es en sí mismo un título *neutro* desde el momento en que incorpora en su estructura interna una concreta realidad económica, ya se tome la realidad más inmediata, (la organización ajena en la que se inserta), ya se tome la realidad más general como es el propio sistema económico, en el cual el contrato de trabajo encuentra su origen y significado”³⁴⁸.

De todo lo dicho es evidente la insuficiencia de las perspectivas contractualistas, porque el contrato de trabajo es un contrato cambiario, que intercambia trabajo por salario, y la

³⁴⁵ D’EUFEMIA, G.: *Le situazione soggettiva del lavoratore dipendente*, Giuffrè, Milano, 1.958, pg. 77.

³⁴⁶ PESSI, R.: *Diritto del lavoro...*, cit, pg. 31.

³⁴⁷ Señala LÓPEZ-TARRUELLA, op. cit., pg 76., que lo que se pretendía con estas construcciones, situadas en gran medida al margen de la realidad, es “forzar la realidad para hacerla coincidente con una apriorística formulación jurídica que ha configurado a los ciudadanos en un plano de igualdad y libertad”.

³⁴⁸ *Ibidem*, pg. 77.

subordinación va más allá de la mera causa cambiaria, por lo que no explica suficientemente la dimensión de subordinación que conlleva. Por eso, la función del contrato no es determinar el estado de subordinación, que de hecho preexiste en la realidad, sino consagrar jurídicamente su existencia en las relaciones privadas en el momento mismo en que regula sus contenidos y atenúa sus excesos³⁴⁹, exigiendo el respeto por el empresario de los derechos individuales y sociales de los trabajadores en el funcionamiento de la organización del trabajo³⁵⁰ y, sobre todo, permitir que a su través el trabajador se incardine en el ámbito organizativo empresarial que le es ajeno y donde va a estar sujeto a esos poderes. Si el contrato no nos da una respuesta satisfactoria, es evidente que el fenómeno del poder de dirección y la consecuente subordinación y sometimiento a las facultades modificatorias unilaterales del mismo supera el ámbito del contrato de trabajo, que no puede explicar suficientemente esta realidad, para cuya comprensión hay que tener en cuenta, imperiosamente, otras cuestiones como el derecho de propiedad, la libertad de empresa, y las necesidades organizativas.

En cambio, una visión desde el punto de vista socio-económico o, si se quiere, socio-político va a permitir explicarnos mejor cuál es la realidad subyacente a la existencia del poder de dirección y de todas las facultades o poderes que lo componen, como la potestad de modificar sustancialmente, *ex* artículo 41 LET, el contrato pactado con el trabajador. Porque la realidad de las relaciones sociales y económicas, que se juridifican mediante el correspondiente instituto jurídico, nos dará la explicación mas inmediata, satisfactoria únicamente si no pretendemos ir al fondo del problema. En este sentido, la fundamentación inmediata del poder de dirección reside en lo dispuesto en el Estatuto de los trabajadores, en su artículo 20.1, cuando dice que “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quién delegue”, o en el tenor del artículo 1.1 LET, que señala que “la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por

³⁴⁹ Cfr. ROMAGNOLI, U.: *Autoridad y democracia...*, cit, pg. 196.

³⁵⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: *Ideologías jurídicas...*”, cit., pg 100, nota 58, donde hace referencia, con base en la doctrina italiana, a la posible aplicación, en estos casos, de la tesis de la *DrittWirkung der Grundrechte*. Igualmente en esta línea véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos de la ciudadanía*, cit.

cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. A su vez, el instituto modificativo objeto de nuestro estudio se consagra mediante lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los trabajadores.

Pero la respuesta no se encuentra aquí, porque estas manifestaciones jurídicas no son sino la juridificación de una determinada y concreta realidad económica y política, que permite decir que “desde el punto de vista económico-jurídico, el trabajo por cuenta ajena y subordinado es la formalización jurídica, y no una simple traducción jurídica (o reflejo jurídico), de las relaciones de producción capitalistas”³⁵¹, relaciones que, por otra parte, se formalizan jurídicamente a través de un recubrimiento contractual. De esta manera, “el trabajador, bajo estas condiciones capitalistas de producción, deviene no sólo económica, sino también jurídicamente subordinado al capital en virtud del reconocimiento jurídico del principio de autoridad en la empresa (arts. 1 y 2 ET, principalmente).(...) Así, el contrato de trabajo formaliza jurídicamente una relación de sometimiento del trabajador al poder del empresario, siendo la subordinación-autoridad uno de sus principios constitutivos”³⁵².

Esto nos permite decir que estas determinadas y concretas relaciones de poder-subordinación en la empresa, que se apoyan sobre unas determinadas relaciones de producción, “se mantienen por razones exclusivamente políticas, sin que quepa derivarlas de la estructura contractual”³⁵³, lo que hace que en la mayoría de las relaciones de trabajo el elemento autoritario-organizativo tiene prevalencia sobre el contractual-obligatorio. En este sentido, el ordenamiento jurídico prevé un conjunto coherente de principios y normas que tienden, más o menos directamente, a proteger los

³⁵¹ Cfr. al respecto MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al art. 1.1”, en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pg. 18.

³⁵² MONEREO, *Ibidem*, señala que este hecho debe conducir a interpretaciones que defiendan la tutela de la libertad, restituyendo al trabajador en dignidad de persona humana de manera que no pueda ser anulada en una relación dominada por la prepotencia económica del empresario. Cfr. MAZZIOTTI, F.: *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1.974, pgs. 81-82.

³⁵³ Véase a este respecto LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, op. cit., pg 87, donde añade que, además de su negativa a derivarlas de la estructura contractual, tampoco derivan de su necesidad para alcanzar un fin común, ni “por supuesto, de las exigencias técnico-organizativas”

intereses del empresario. “Poder de dirección, de modificación, disciplinario, son conceptos referidos al empresario en cuanto tal”³⁵⁴.

Más que un planteamiento jurídico estrictamente, el institucionalista es un modo sociológico y político de ver las cosas, puesto que lo que pretende en el fondo es superar la visión que la economía y la sociedad liberal han conformado de las relaciones laborales y cambiarlo por una visión sociológicamente mas pacífica, comunitaria, y por esta vía superar la conflictividad subyacente a los intereses enfrentados de las partes. De hecho, incluso nace por oposición a la idea de contrato³⁵⁵, buscando superar esa dicotomía de intereses de los contratantes por medio del carácter comunal de la *institución*, que es la idea clave, si bien tiene el problema de que resulta una idea vaga, a la que es muy difícil encontrar su expresión jurídica, puesto que “no hay una comunidad natural impuesta por determinadas afinidades sino una comunidad artificial, en función de un determinado fin. En toda institución la consideración fundamental es la de la finalidad perseguida”³⁵⁶, que en el caso de la empresa será el “bien común de los hombres que cooperan en la empresa”³⁵⁷.

Las teorías institucionalistas, aparecidas como reacción a las ideas del contractualismo liberal, tampoco nos dan una respuesta enteramente satisfactoria a nuestro problema de la fundamentación del poder empresarial de disposición unilateral de la condiciones

³⁵⁴ Cfr. PÉREZ ESPINOSA, F: “Potestad sancionadora de la administración laboral y poder disciplinario empresarial”, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Serv. Pub. Fac. Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1.977, pgs. 562 y ss. donde hace un planteamiento del poder disciplinario desde esta perspectiva. Igualmente MAZZIOTTI, *ibid.*, pg. 78, que señala que al igual que no deriva del contrato la organización de la actividad de la empresa en su conjunto, tampoco puede originarse en el mismo los poderes de organización del empresario.

³⁵⁵ Véase RIPPET, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pg. 262; BRETHER DE LA GRESSAYE “Les transformations juridiques de l’enterprise patronel”, *Droit social*, 1.939, pg. 2.

³⁵⁶ Véase RIPERT, *Ibidem*, pg. 263, donde cita a FERROUX, F.: *Capitalisme et communauté de travail*, 1.938.

³⁵⁷ En este sentido, “la función social de la propiedad surge tan sólo cuando se la incorpora a una explotación común. Pero, entonces, ya no se trata de la función de la propiedad sino de la empresa”, que pasa a tener sentido social, en contra del sentido egoísta de la empresa capitalista. Véase, RIPERT, G.: *La règle moral dans les obligations civiles*, 3ª ed., LGDJ, París, 1.935, ns. 89 y ss. y *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, París, 1.936, ns. 117 y ss..

contractuales pactadas con el trabajador, así como el poder directivo en general, puesto que reducen el papel del contrato a título jurídico de encuadramiento del trabajador en la organización, en la empresa³⁵⁸, con lo que podríamos estar en principio de acuerdo, puesto que revaloriza el momento organizativo en sí y por sí, como fuente de autoridad empresarial. Sin embargo, pretendiendo rechazar tanto el liberalismo como el marxismo, fundamentan su concepción de las relaciones sociales en la teoría de la *institución*³⁵⁹. La traslación de esta idea a las relaciones laborales desarrolladas en el seno de la empresa conllevaron la institucionalización de la empresa y la correlativa “objetivización o desidentificación con la figura del empresario”³⁶⁰, de modo que la empresa ya no se identifica con el propietario y su interés personal, sino con ese interés común y social al que aludíamos. En esta lógica, la empresa es una comunidad de intereses con un interés propio y objetivo³⁶¹, superior, por definición, al interés que pudiesen tener cualquiera de sus integrantes, que, por tanto, deben subordinar sus particulares intereses al interés superior de la empresa³⁶². Esto supone, además, la

³⁵⁸ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 77, donde señala que “surgen como ideologías de sustitución del esquema liberal clásico, que se había puesto en cuestión incluso por los empresarios –debido a la transición del capitalismo “concurrencial” al “monopolista”–, y, por otra, para reforzar la legitimidad de un poder fundado esencialmente en el derecho de propiedad y en la libertad contractual”.

³⁵⁹ Cfr. HAURIUO, M.: *Theorie de l’institution et de la fondation*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 4, París, 1.925, para quién la institución es “toda organización permanente por la que, en el seno de una agrupación social determinada, los órganos que disponen de un poder de dominación están al servicio de los intereses del grupo”. Esta teoría fue aplicada a la empresa de forma rigurosa por DURAND, P.: *Traité de Droit du Travail*, vol. II, París, Dalloz, 1.950, pgs. 209 y ss.; cfr., igualmente, RENARD, G.: *Théorie de l’institution*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1.930.

³⁶⁰ Cfr. PIEPOLI, G.: “Disciplina dell’impresa, diritto societario e controllo sociale”, en Pol. Dir. 1.978, núm 1-2, pg 73, donde se exponen las teorías de RATHENAU sobre la objetivación de la empresa”. Este proceso de objetivación del interés empresarial fue potenciado por la generalización del fenómeno de la propiedad por acciones frente a la empresa familiar. Sobre el tema de la generalización e importancia de las sociedades por acciones, cfr. RIPPERT, G.: *Aspectos jurídicos...*, cit., cp. 2º, pg. 47 y ss.: “La era de las sociedades por acciones”.

³⁶¹ RIPPERT, G.: *Aspectos jurídicos...*, cit., pg. 263.: “En la agrupación de fuerzas realizada por la empresa, el fin perseguido por ella es de una importancia capital. Este fin es el “bien común” de los hombres que cooperan en la empresa. No se trata solamente de la remuneración ilimitada del capital por medio de los beneficios obtenidos, sino también de asegurar la vida a los hombres que trabajan en la empresa y sus familias respectivas. Capital y trabajo deben hallar en la empresa satisfacción, aunque de naturaleza distinta y si ella no es capaz de proporcionársela, no es digna de vivir”.

³⁶² Véase la explicación clásica de P. DURAND: *Traité de Droit de Travail*, cit, pgs. 422 y 436. Ese interés superior se puede cifrar, en función de las distintas formulaciones, en el “interés general”, en el de la nación, el de la “economía nacional”, etc., pero siempre en un interés público, o bien en el “interés de

contemplación de la empresa como una sociedad jerárquica, organizada bajo la autoridad de un jefe, el empresario, que dispone de amplias prerrogativas³⁶³. En este sentido, la empresa “es una institución que inspira su propio ordenamiento jurídico, un mundo jurídico en sí, un sistema normativo autónomo y completo en su género y sus fines”³⁶⁴. Y como la empresa es una organización de bienes materiales y humanos tendentes a un fin³⁶⁵, es decir, una organización de capital y trabajo, su sola existencia presupone la idea de organización, de un orden interno. En este sentido, todo sistema cerrado y autosuficiente tiene necesidad de una regulación que se imponga a los sujetos organizados, prescindiendo de toda pregunta acerca de su fundamento. De este modo, la empresa se dota de una reglamentación imperativa propia, independiente y anterior al contrato, que le ha sido dada por el Estado, las asociaciones profesionales o el mismo empresario³⁶⁶.

Lógicamente, en este contexto en el que todo se subordina al interés común y superior de la empresa, el contrato de trabajo sufre una mutación causal, pasando de tener una

la empresa”, pensado este como un objetivo común a las partes para cuya consecución ésta se constituye

³⁶³ DURAND, P.: *Traité de Droit du Travail*, cit., pg. 422. Señala, además, que para Friedrich Naumann “los miembros del personal habían pasado de la condición de “sujetos de empresa” a la de “ciudadanos de la empresa”. Críticamente, JAVILLIER, *ib.*, pg. 210: afirma la evidencia del parentesco de esta teoría con algunas ideas nazis como el *Führer Prinzip*, que por otra parte ya aparece en GIERKE, O.: *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1989.

³⁶⁴ Cfr. SANTI ROMANO: *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1.951, pg 75; PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pgs. 34-35, donde señala que “el problema de la posibilidad de calificar la organización del trabajo como institución, aparece prevalentemente, si no exclusivamente, con respecto a la acepción que este término asume cuando viene entendido como sinónimo del ordenamiento jurídico”. Acerca del significado que el término institución puede asumir en relación con la autonomía institucional u organizativa de los particulares, vid. SUPPIEJ: *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova, 1.957, pg. 16 y ss.

³⁶⁵ Esta es una de las definiciones clásicas de empresa. Señala RIPPERT: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pgs. 260-261, algunas definiciones de empresa similares: “La empresa, dice TRUCHY, es la unidad económica y jurídica en la cual se agrupan y coordinan los factores humanos y materiales de la actividad económica”. NOGARO define al empresario capitalista como la persona que “asume la carga de disponer y coordinar la producción en la gran empresa moderna, en la cual no son las mismas personas las que proporcionan el capital y el trabajo y organizan la producción en vistas al mercado”.

³⁶⁶ Cfr. MENGONI: “La modificación del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei Lavoratori”, en *L'aplic. Dello St. Lav. (tendence a orientamenti)*, Franco Angeli, Milano, 1.973, pgs. 27 y ss.

causa cambiaría a otra asociativa³⁶⁷, lo que constituye un grave error de planteamiento, puesto que los trabajadores, por definición, no pretenden correr con los riesgos, ni comparten el poder de dirección, mientras que el contrato de sociedad supone la igualdad de derechos, la participación en beneficios y también en pérdidas³⁶⁸.

El contrato de trabajo, además de servir como instrumento de inserción del trabajador en la organización empresarial, servidora del fin común superior de la institución empresarial, crea el vínculo que, dentro de la institución, unirá al director-jefe de empresa y cada uno de los componentes personales³⁶⁹ y determina la aplicación individual de la situación institucional, aparte de completar las normas inherentes a la misma. En este contexto, el empresario, en el papel de jefe jerárquico, cumple una función social, tanto para la consecución del interés de la empresa misma³⁷⁰, como de un interés común a la totalidad de los componentes la empresa³⁷¹. En consecuencia, el ordenamiento jurídico dota al empresario de una serie de poderes que le permiten dirigir y organizar adecuadamente la empresa para la consecución de ese fin común, al que marcha la comunidad bajo su mando. Aquí reside verdaderamente la fundamentación de los poderes de dirección del jefe de empresa.

³⁶⁷ Véase RIPPERT, G.: *Aspectos jurídicos...*, cit., pg 305: “El obrero se adhiere a la empresa como el accionista a la sociedad. Adquiere un derecho que ya no puede arrebatarle en tanto que desempeñe su papel de trabajador y que debe compensarse mediante indemnización si se pierde sin su culpa. Tiene, pues, una verdadera propiedad sobre su empleo. No se puede decir ya que esté fuera de la empresa. Forma parte de la empresa”; igualmente, JAVILLIER, J.C.: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 211

³⁶⁸ Cfr. RIPPERT, G.: *Aspectos jurídicos...*, cit., pg 261.

³⁶⁹ Para JAVILLIER, J.C.: *Derecho del trabajo...*, pg. 209, esto implica “poner el acento en el carácter personal de las relaciones de trabajo”, con rechazo de la noción individualista del arrendamiento de servicios, de modo que se supere el derecho contractual de las relaciones laborales. Así se llega a una concepción comunitaria mas cercana al contrato de sociedad que al de trabajo.

³⁷⁰ Cfr. MONTOYA: *El poder de dirección...*, cit., pg. 41: De aquí deriva la funcionalización de la empresa en las teorizaciones corporativistas, en las que “el empresario sería un detentador de verdaderas funciones públicas, responsable, por tanto, ante el Estado”.

³⁷¹ Hay que señalar que se ha distinguido entre *interés de la empresa* e *interés de la organización*. Una exposición sobre este particular, en PERSIANI: *Contratto di lavoro...*, cit, pg. 35. y “L’interesse dell’impresa e l’interesse dell’organizzazione di lavoro”, en AA.VV. *L’organizzazione di lavoro nell’impresa e la responsabilità dell’imprenditore*, Milano, Giuffré, 1.970, pgs. 57 y ss. ; MAZZONI: *L’Azione sindacale e lo Statuto dei Lavoratori*, Giuffré, Milano, 1.974, pgs. 308 y ss. Evidentemente esta distinción es negada por quienes defienden la idea comunitaria de la empresa y la naturaleza asociativa de la relación de trabajo. Véase al respecto NOVARA: *Il recesso volontario del rapporto di lavoro*, Milano, Giuffré, 1.961, pgs. 70 y ss.

El empresario tiene poderes directivos y organizativos porque asume la responsabilidad de asegurar la producción y el intercambio, corre el riesgo de su explotación y asegura el bien común de los miembros de la empresa. Para asegurar la consecución de estos logros, se le conceden los poderes necesarios para ello³⁷². Pero estos poderes no se plantean en principio como ilimitados³⁷³, sino que deben ser ejercidos ponderadamente³⁷⁴ y esta es una de sus aportaciones, puesto que, en la teoría patrimonial y contractual de la empresa, difícilmente se podrían encontrar estos límites. A este respecto, se planteaba, frente a cualquier decisión de la dirección de la empresa, si el empleador no habría podido, mediante una medida mas equitativa, llegar a los mismos resultados técnicos, en una lógica enteramente similar a la que, en base al principio de conservación del contrato, nos obliga a acudir al instituto de la modificación de condiciones de trabajo antes de proceder al despido del trabajador³⁷⁵.

Las teorías institucionalistas sirvieron, en el sistema de relaciones laborales, para poner a disposición del empresario una nueva técnica jurídica sobre la que fundamentar su posición de dominación, la derivada del sistema institucional, que no sustituye sino que se suma a la concedida por el tradicional mecanismo contractual. Esta nueva técnica permite legitimar los poderes directivos, incluso con la ideología liberal puesta en

³⁷² Cfr. JAVILLIER, J.C.: *Derecho del trabajo...*, pg. 210. : “Se adivinan fácilmente las consecuencias que pueden derivarse de tal definición de los poderes del empleador. Su fundamento institucional parece llamar a un “control” de una naturaleza cuasi-administrativa. Toda “desviación del poder” debería poder sancionarse”. Además, “si se niega todo control”, en realidad lo que sucede es “la confusión de un pretendido interés de la empresa con el único interés del empleador”, idea que se realza con la doctrina jurisprudencial del empresario como “único intérprete” del interés empresarial(pg. 213).

³⁷³ Cfr. DURAND, P.: *Traité de Droit du Travail*, cit., pg. 433 y 434, núm, 354 : “el derecho de dirección se extiende a todo lo que toca la ejecución del trabajo”, pero “no se ejerce normalmente mas que si el asalariado se encuentra en horario y lugar de trabajo”, si bién dispone a veces de un derecho de control de la vida del trabajador fuera del centro de trabajo, en caso de aprendices y ,si repercuten en la empresa, “actos contrarios a la moral general”.

³⁷⁴ Paternalistamente dirían algunos de modo despectivo.

³⁷⁵ Esta lógica es consecuente con la idea de que “empleador y trabajadores forman parte de un mismo organismo, sus intereses son solidarios, su acción debe de servir a la utilidad común”. Cfr. DURAND, cit. pg. 423, núm. 347. En esta idea, opina GHEZI, que el criterio del “interés de la empresa” todavía hoy tiene virtualidad como criterio interpretativo y de moderación del ejercicio de los nuevos derechos de los trabajadores en la fábrica. Cfr. “La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle impresa ed il sistema contrattuale delle informazione e delle consultazione del sindacato”. Riv. Giur. Lav. 1.978, nº 1, pgs. 9-10.

cuestión³⁷⁶, si bien está claro que la puesta en cuestión es muy relativa, más bien semántica, puesto que se mantiene íntegro todo el sustrato capitalista, incluso en las formulaciones más radicales. En su favor se puede decir que ha permitido distinguir entre el *interés del empresario* y el *interés de la empresa*³⁷⁷, recurriendo a éste, únicamente, para acrecentar los poderes del empresario o, visto desde el otro lado, para intensificar los deberes de obediencia, colaboración, etc., de los trabajadores.

Así, no se protege de modo explícito el interés del empresario como tal, sino que se apela a la protección del interés superior de la empresa, común a trabajadores y empresario³⁷⁸, lo que permite mantener la subordinación de los trabajadores, a la vez que permite ocultar las manifestaciones más evidentes del conflicto de intereses subyacente a la relación laboral. De este modo, el empresario continuará manteniendo su poder unilateral de modificación de las condiciones contractuales para adaptarlas a las necesidades empresariales, es decir, el modo de llevar a cabo la prestación del trabajo contratado, pero esta vez podrá justificarlo no en su voluntad exclusiva, sino en que el logro de ese interés superior, cuya consecución satisfará a la totalidad de los miembros de la institución-empresa, lo exige.

Esa comunidad de intereses es la que pone en juego, para hacer valer la prevalencia de los intereses del empresario, los antiguos valores de las relaciones personales, la fidelidad y la comunidad personal entre el señor y el vasallo, ahora empleador y

³⁷⁶ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, *ib.*, pg. 79.

³⁷⁷ Desde esta perspectiva se puede decir que el interés de la empresa, como organización de bienes económicos, capital y trabajo, sería la permanencia en el mercado, existir como tal, mientras que el interés del empresario es obtener la rentabilidad del capital invertido en la empresa. Lo que sucede es que los objetivos de la empresa, concurrir al mercado con unos determinados productos, producir un número concreto de unidades a este coste y no a otro, etc., cuando se alcanzan dan lugar a que el empresario, entendido como capitalista, también alcance sus objetivos, puesto que los objetivos de la empresa, en un sistema de producción capitalista, presuponen moverse dentro de unos parámetros económicos de rentabilidad, en los que los recursos obtenidos de la venta de sus productos en el mercado superen, lo más ampliamente posible, el coste de lo consumido en su producción. Por esto, se hace a veces difícil, aunque no especialmente dificultoso, separar ambos intereses, si bien es imprescindible hacerlo si se busca una adecuada gestión de la empresa, como organismo vivo que busca perpetuarse en el tiempo y en el mercado.

³⁷⁸ Cualquier solución que acentúe el *interés común*, se traduce en el reconocimiento de la prevalencia del interés del propietario. Cfr. ZANGARI: "Luci e ombre delle rapporto Bullock", Riv. Dir. Lav. 1.978, núm. 1-2, pg. 95.

trabajador³⁷⁹. Así, la consecuencia más inmediata de la concepción comunitaria de la relación de trabajo es la transformación de la buena fé contractual, como criterio del cumplimiento correcto de las obligaciones de las partes, en un deber de fidelidad del trabajador y en un deber de protección del empleador³⁸⁰. A este respecto no hay que olvidar que el bien ponderado, desde el punto de vista económico, sistema productivo japonés responde a estos criterios, que, por otra parte, no hay problema alguno en mantener hoy, aunque desprovistos de la artificiosidad argumental de otras épocas³⁸¹, pero sin desconocer la realidad del sustrato que soporta las relaciones de poder en la empresa.

De igual modo, los nuevos sistemas de organización, como son todos aquellos que intentan hacer participar a los trabajadores de los objetivos de la empresa como medio eficiente para su consecución, también participan de ingredientes de los planteamientos institucionalistas y comunitarios, que no tienen porqué ser desechados *a priori* y que, a veces, como en el sistema organizativo japonés, no se explican sin la creación de vínculos personales y comunitarios. De hecho, su aplicación permite una comprensión mas humana y participativa del fenómeno empresarial y de los poderes del mismo, así como una matización del conflicto de intereses subyacente, que se expresa especialmente en los nuevos sistemas de remuneración con un fuerte componente variable en función directa de la consecución de los objetivos de la empresa, así como en la disponibilidad funcional y horaria de los trabajadores.

³⁷⁹ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, cit., pg. 98, hace una valoración crítica del “empleo sistemático de ingredientes institucionales precapitalistas –la fidelidad, la comunidad personal entre empleador y trabajador-, o, por lo menos paleocapitalistas (de un capitalismo embrionario de pequeñas unidades)- la “fiducia”, el “intuitus”, hasta el punto de que pueden ser calificados como “utilización alternativa en sentido involutivo del derecho del trabajo”. Cfr. GALGANO F.: “Uso alternativo del diritto privato”, en *L'uso alternativo del diritto*, Bari, 1.973, cit., vol. I, pg. 137 y ss. Desde el otro lado, para GIERKE del contrato de servicios se desprende un derecho y un deber de señorío, correspondientes a la posibilidad de impartir ordenes y a un deber de protección del trabajador, además del deber de retribución, de derivan del carácter genérico del deber nacido del contenido jurídico-personal del contrato de trabajo, del que se deriva, además, esencialmente un derecho-deber de fidelidad mutua entre los contratantes. Cfr. GIERKE, O.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., pg. 94 y ss.

³⁸⁰ Véase MARTÍN VALVERDE: “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, cit., pgs. 84 y 85.

³⁸¹ Estas ideologías de la empresa fueron usadas por los regímenes totalitarios de entreguerras y el franquismo, tomando la idea de la comunidad de intereses como base para luchar contra la conflictividad social y negando en consecuencia el conflicto de intereses subyacente a la relación laboral. Cfr. MARTÍN VALVERDE, *ibidem*, pgs. 98 y 99.

En la empresa moderna quizá, dependiendo de la concreta estructura organizativa de la misma, puedan, o deban, ser tenidos en cuenta estos criterios de la comunidad de intereses, sino para todos los trabajadores, por lo menos para los que conformen el núcleo estable de la misma o para el grupo de los dirigentes³⁸², en la formulación más dura, o a todos, deseable, por la vía de fórmulas participativas como una participación efectiva, aunque limitada, en la gestión. Sin embargo, lo que no se cuestiona nunca, ni antes ni ahora, es que el poder de decisión corresponde siempre al empresario, puesto que “al fin y a la postre, el obrero no aparece nunca inscrito en la noción de institución”³⁸³. Por eso, porque en las relaciones capitalistas de producción prevalece el factor capital sobre el factor trabajo, la relación asociativa es, en principio, difícilmente admisible, puesto que las relaciones económicas y sociales presentes en la relación de trabajo conducen, inexorablemente, a una relación de dependencia económica, que se justifica por el contrato de trabajo, que no tiene nada que ver con un contrato de sociedad³⁸⁴.

Consecuentemente con todo lo anterior, es evidente que los intereses que determinan el modelo organizativo y que van a condicionar la configuración jurídica de los poderes directivos y, por tanto, del poder de modificación sustancial unilateral empresarial, son los intereses de los agentes implicados en el proceso productivo. Estos intereses pueden tener por objeto la apropiación o la distribución de lo producido o bien centrarse en las condiciones de utilización de la fuerza de trabajo y, a su vez, estarán condicionados por el control que se ejerza sobre los medios productivos, que viene determinado, en un primer momento, por la propiedad de los mismos. De este modo, la propiedad de los medios de producción puestos en el juego productivo se configura como el factor determinante de los intereses prevalentes en el proceso.

³⁸² En esta idea ¿los sistemas de *stocks options* no son una forma de crear una comunidad de intereses entre propiedad y clase dirigente empresarial?.

³⁸³ Cfr. ROMAGNOLI: “Autoridad y democracia...”, cit., pg 198. La reutilización de esta teoría permite descubrir en ella íntegramente su valor instrumental para la conservación de las rígidas divisiones de clase.

³⁸⁴ Véase MAZZONI: *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1.976, pgs. 66 y 67, para él, la forma jurídica que traduce la relación de trabajo, que sirve de título de apropiación, no es otra que el contrato.

Para ubicar correctamente, dentro de todo ese entramado de intereses regulado por el ordenamiento jurídico-laboral, los poderes de modificación unilateral del contrato que posee el empresario, como parte de sus poderes de dirección, hay que hacerlo en relación con el modelo organizativo del que es instrumento y que, a la vez, configura. Por eso, deben analizarse las relaciones de producción capitalistas que configuran la realidad socioeconómica que origina la presencia de esos intereses y que se plasma en un determinado modelo organizativo, porque esas relaciones imponen en el proceso de producción un conflicto y una jerarquía de intereses, que se acoge por el ordenamiento cuando da una determinada solución jurídica a ese conflicto de intereses, configurando un determinado régimen jurídico de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, al aceptar como preponderante uno de los intereses en conflicto, en congruencia con la organización del trabajo en la empresa capitalista³⁸⁵, que, como es conocido, se instaura con el desarrollo a finales del XVIII con la Revolución Industrial, que sustituye el modo de producción feudal, incapacitado para afrontar las nuevas condiciones socio-económicas necesarias para el desarrollo de las fuerzas productivas³⁸⁶. Para que esta sustitución se llevara a cabo se necesitaban dos requisitos, uno la concentración de los medios de producción en manos del capitalista, único que podía afrontar el encarecimiento de los medios de producción que la competitividad del mercado exigía y, otro, la liberalización del mercado de trabajo, que se consiguió suprimiendo las trabas gremiales y feudales a la libertad de trabajo.

Así se llevó a cabo la disociación entre capital y trabajo que en el modo de producción artesanal no existía y se dio lugar a la aparición del proletariado, el trabajador libre

³⁸⁵ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *Las modificaciones sustanciales...*, pg. 23, señala “que vendrá exigida no por la OT en abstracto, sino por la OT en la empresa capitalista”. Creo que no es así, como veremos después, porque toda organización necesita un poder directivo o, si se prefiere, de coordinación, que lidere, controle y decida.

³⁸⁶ Cfr. de entre la ingente bibliografía existente, por todos, DOBB, V.M.: “La revolución industrial y el siglo XIX”, en *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Siglo XXI, Madrid, 1.976, pg. 98: “La revolución industrial representa el momento de la transición de una fase primitiva y todavía inmadura del capitalismo a una fase en la que el capitalismo, sobre la base del cambio técnico, realiza un específico proceso de producción fundado en la unidad colectiva de producción a gran escala, la fábrica”. Igualmente, WEBER, M.: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1.994, y SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo*, FCE, México, 1.984.

carente de propiedad y control alguno sobre los medios de producción, lo que permitió la utilización masiva del trabajador por cuenta ajena y dependiente³⁸⁷, dando lugar a un nuevo modo de relaciones sociales de producción, las llamadas relaciones de capital³⁸⁸, entre los propietarios de los medios de producción y los trabajadores, caracterizadas por el cambio entre salario y trabajo, que se plasma en la figura del contrato de trabajo, concertado en condiciones de igualdad y libertad formal³⁸⁹. En cambio, lo que existe es una desigualdad real, sustancial, entre propietarios y no propietarios, que es la que está en el origen de la puesta en funcionamiento del mecanismo económico de la apropiación del trabajo del no propietario, pues éste en cuanto tal se encuentra por necesidad abocado no sólo a ofrecer su fuerza de trabajo sino a hacerlo por menor valor del que realmente produce. Esta diferencia es la *plusvalía*, característica y consustancial al modo de producción capitalista³⁹⁰. Este mecanismo entrará en acción, “a través del acuerdo de producción”, sólo cuando el propietario y el no propietario, es decir el capitalista y el trabajador, lleguen a un acuerdo sobre el intercambio de trabajo por salario, es decir cuando concierten un contrato de trabajo que juridifique esa relación intrínsecamente desigual, para el intercambio de prestaciones equivalentes que no iguales³⁹¹.

³⁸⁷ Este quedará sometido a las fluctuaciones del mercado, en el que se verá compelido a ofrecer su fuerza de trabajo, que por ser inseparable de su persona necesariamente implicará su *alienación*. Véase ALONSO OLEA, M: *Historia de una palabra: alienación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.974.

³⁸⁸ Cfr. MARX: *Trabajo asalariado y capital*, cit., pg. 43.

³⁸⁹ Estas relaciones, aunque sigan siendo de explotación o de apropiación del trabajo ajeno, ya no se materializan a través de la sujeción jurídica de la persona del trabajador, mediante una relación de esclavitud o servidumbre, sino por medio del terreno de la economía de producción y mediante la concertación de un contrato de trabajo. Cfr. COURTOIS, V.G.: “La critique du contrat du travail chez Marx”, en Archives de Philosophie du Droit, *Marx et le Droit moderne*, 1.967, pgs. 40-41.

³⁹⁰ Véase CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, cit., pgs. 100-101, donde señala que: este proceso, que la teoría “marxiana” conoce como “proceso de valorización”, se inicia cuando comparecen en el mercado el capitalista para comprar la fuerza de trabajo y el trabajador para obtener los medios de subsistencia de su venta. La finalidad del capitalista es incrementar su capital mediante su revalorización, que se realiza a través del proceso de trabajo que se prolonga mas allá del tiempo de trabajo necesario para obtener los medios de subsistencia buscados por el trabajador. “Este “plus-trabajo” se concreta necesariamente en un “plus-producto”, que es la “plus-valía” que el capitalista se apropia sin pagar nada a cambio”. Véase MARX: *El Capital*, cit., t. I, capt. VI, pgs. 22-24 y 181; ENGELS, F.: *El antidiñring*, Akal, Madrid, 1.984, pgs. 223-224.

³⁹¹ Cfr. CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo...*, cit. Sobre el principio de equivalencia de las prestaciones desde una óptica marxista puede verse las pgs 82-99, esp. pg 95 ; MARX, K.: *El Capital*,

Así, el contrato de trabajo se configura como el título jurídico en virtud del cual se articula la ajeneidad de la propiedad de los frutos de un régimen de trabajo libre y productivo³⁹². Pero, con ser importante la ajeneidad del trabajador con respecto a los medios de producción, que conlleva la ajeneidad en los frutos del trabajo³⁹³, la consecuencia más importante de esta *alienación* es la subordinación que deriva de la relación de dominio o poder concedido al capitalista en estas nuevas relaciones técnicas de producción. De este modo, el trabajador quedará separado tanto de la titularidad como del control de los medios de producción y, lo que es más importante, de la organización del proceso productivo, que se quedará en poder del empresario propietario de los medios de producción, que será el encargado de la organización de la producción y de los factores intervinientes en la misma, entre los que, como uno más, se encuentra la fuerza humana de trabajo.

La creciente complejidad de los medios puestos en juego en la producción, a una escala cada vez más amplia, hará que la necesidad de organización de las distintas funciones individuales sea una exigencia del propio proceso, en dependencia directa de los avances técnicos³⁹⁴. Así, una vez perdido por el trabajador el control sobre su trabajo, que es tanto como decir sobre el proceso productivo, el empresario capitalista asumirá ese control, de forma que el trabajador, sometido formal y realmente, ni será propietario de los medios de producción ni los podrá controlar ya y, por tanto, su alienación será doble, social y técnica³⁹⁵.

cit., pgs. 121-124.

³⁹² ALONSO OLEA, M.: “La Revolución Industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo”, en *Rev. De Trabajo*, núm. 32, 1.970, pg 157, dice que “sin contrato de trabajo no hay posibilidad de explotación en el nuevo modo de producción” puesto que el trabajo ha de ser voluntario, una vez que han sido superados los modos de producción esclavista y la servidumbre.

³⁹³ Como decía MARX, con la revolución industrial se establecen las bases técnicas para que la “propiedad jurídica” del capitalista se transforme en “propiedad real” o “posesión efectiva”, es decir, para que el empresario adquiera un control absoluto sobre el proceso productivo. Cfr. *El capital*, cit., pg 304.

³⁹⁴ Véase MARX, C.: *El Capital*, cit., pg. 304.

³⁹⁵ Este control se pierde cuando se pasa de la “cooperación simple” al trabajo coordinado manufacturero en que ya se da una incipiente división y especialización técnica del trabajo. Sobre la noción de manufactura y sobre la importancia que tal tipo de organización ha revestido para la pérdida de la independencia del trabajador y su progresiva subordinación a la finalidad organizativa del proceso

Este fenómeno, coincidente con la aparición de la fábrica, como marco de desarrollo de las nuevas relaciones técnicas, conlleva la necesidad para el empresario de dotarse, ante la creciente importancia y complejidad de la organización de los factores del proceso productivo, de un poder cada vez mayor sobre la organización del trabajo y sobre la utilización de la fuerza de trabajo, que se proyecta sobre la dirección de la empresa, el control de la organización y, fundamentalmente, la disciplina en la producción, de modo que la aplicación de todas estas técnicas darán lugar a una estructura jerárquica y autoritaria en la empresa³⁹⁶. Este tipo de relaciones de producción da lugar, lógicamente, a un conflicto de intereses, más o menos explicitado, latente siempre, que es un conflicto social en definitiva y que es inherente a dichas relaciones³⁹⁷, que siempre mantienen una más o menos soterrada pugna entre los intereses del capitalista en la obtención de la máxima plusvalía y los del trabajador centrados en una mejor distribución de lo producido y en controlar su propio trabajo.

Así, este conflicto económico y político, en cuanto relacionado con la propiedad y el sistema de poder, tiene su razón de ser en las relaciones de control o dominio que se dan en el seno de la organización global de la producción y que se manifiestan en cada unidad productiva concreta, lo que hace que, al ser el control de la organización un foco de confrontación social, el interés en la organización de la empresa adquiera una dimensión política, que se pone de relieve en el modelo de organización del trabajo en la empresa capitalista³⁹⁸.

productivo, cfr. MANTOUX: *La rivoluzione industriale*, Il Mulino, Roma, 1.971, pgs. 65 y ss.

³⁹⁶ Sobre la necesidad y origen del poder disciplinario, véase DURÁN, F: “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral”, *Revista de Política Social*, núm. 123, pgs. 6-10; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1.991.

³⁹⁷ Este conflicto es identificable como *conflicto industrial* a partir del momento en que la industria deviene sector básico del sistema productivo y se generaliza el supuesto socio-económico motivador del conflicto. Cfr. DE LA VILLA, L.E. y PALOMEQUE, C.: *Introducción a la economía del trabajo*, vol I, Madrid, Debate, 1.978, pg. 26.

³⁹⁸ Véase, LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit., pg. 28. Ahora bien, cabe preguntarse por qué los antedichos intereses contrapuestos guardan esa estrecha conexión, por qué dan lugar a un modelo organizativo caracterizado por una relación de poder-subordinación. ¿no puede ser de otra manera? ¿Puede existir cambio desigual sin relación de poder? ¿Cuál es el origen de los poderes de organización empresariales?. Evidentemente, la respuesta es política.

Se hace evidente de la exposición llevada a cabo la insuficiencia explicativa de cada una de estas teorías para resolver por sí sola nuestra duda acerca de cuál era la fundamentación última de los poderes modificativos empresariales, porque “el contrato de trabajo ni agota ni explica en su integridad el poder de dirección, como tampoco los poderes que el contrato confiere se restringen al de dirección”³⁹⁹, si bien está claro que el contrato de trabajo necesita de unos poderes para el desarrollo ordenado de sus prestaciones y dentro de esos poderes está el de modificación unilateral por el empresario del contenido de la relación jurídica surgida con el contrato de trabajo. Igualmente, es insuficiente la apelación a la fundamentación institucionalista y comunitaria que dice que la institución necesita un jefe que la dirija y coordine para ir al fin común de la institución productiva.

³⁹⁹ ALONSO OLEA, M.: “Sobre el poder de dirección del empresario”, en MONTROYA MELGAR, A.: *Poder de Dirección*, cit., pg XII.

5. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LOS PODERES MODIFICATIVOS DEL EMPRESARIO

En la búsqueda de respuesta a nuestra pregunta acerca del fundamento de los poderes empresariales de modificación unilateral del contrato de trabajo debemos analizar, dentro de la Constitución de 1.978, la llamada *Constitución económica*, entendida como el conjunto de principios y normas que con rango constitucional establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y de los poderes que se deriven de esta legitimación, las limitaciones que afectan a los mismos y la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico⁴⁰⁰, es decir, la “constitución interna” de la economía⁴⁰¹, todo ello dentro de una clara opción por el sistema económico de economía de mercado, como hace en el artículo 38 CE cuando reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado⁴⁰². Así se juridifican los tres factores confluyentes en el sistema capitalista, capital, trabajo y mercados, dando lugar a una “configuración capitalista uniforme de la vida económica”⁴⁰³, puesto que “sobre estos factores gira la constitución económica y el

⁴⁰⁰ Véase DUQUE, J.F.: “Constitución económica y Derecho mercantil”, en *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, Madrid, 1.979, pgs. 63 y ss., esp. pg. 71. ESTEBAN VELAZCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1.982, pgs. 614-615.

⁴⁰¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La organización jurídico-económica del capitalismo. El Derecho de la Economía”, estudio preliminar a RIPPET: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pg. XXV.

⁴⁰² Esta decisión u opción constitucional ha sido calificada “de carácter totalizador en lo económico” por ESTEBAN VELAZCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, cit., pg. 615. Por otra parte, la determinación del alcance de esta declaración y su conexión con el resto del ordenamiento ha sido el problema interpretativo más importante en el ámbito de la constitución económica. Sobre el debate, ya cerrado, acerca del alcance de la economía de mercado y si ésta es la única opción que cabe en el modelo constitucional existen multitud de trabajos, entre los que pueden señalarse: ENTRENA CUESTA, R.: “El principio de libertad de empresa”, en GARRIDO FALLA, dir., *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1.981; DUQUE: “Constitución económica...”, cit., pg. 66 y ss.; GARCÍA PELAYO: “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en RAMÍREZ, ed., *Estudios sobre la Constitución española de 1.978*, Universidad, Zaragoza, 1.979, pg. 27 y ss.; MORISI, M.: “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una constitución de la “crisis””, en PREDIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución española de 1.978*, Civitas, Madrid, 1.980, pg. 363 y ss; FONT GALÁN: “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1.978”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 152/1.979, pg. 205 y ss.; DE JUAN ASENJO, O.: *La constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.984.

⁴⁰³ Véase SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo*, cit., pg. 11.

Derecho económico del capitalismo moderno”, porque el funcionamiento de éstos no es natural ni espontáneo, sino que necesita ser conformado y juridificado estatalmente⁴⁰⁴, lo que efectivamente se hace mediante su consagración constitucional.

La constitucionalización del modelo económico de economía de mercado, que coincide esencialmente con el modo de producción capitalista, demostrando la conexión entre el Derecho, sobre todo mercantil pero también laboral, y las formas económicas del capitalismo⁴⁰⁵, se apoya en las garantías constitucionales de los derechos de propiedad privada del artículo 33 CE y libertad de empresa y defensa de la productividad del 38 CE, además de en otros artículos como el 35 (derecho a trabajar y a elegir libremente la profesión u oficio y el 22 (derecho de asociación) que posibilita el ejercicio en común de la libertad de empresa por varias personas, e incluso el art. 20 (libertad de expresión y comunicación) en cuanto que la actividad empresarial se explicita en gran medida en “actos de expresión o comunicación” con otros actores económicos⁴⁰⁶.

Desde nuestra perspectiva, importa esencialmente centrarnos en el derecho de propiedad y de libertad de empresa, porque la libertad de empresa está relacionada íntimamente con otras libertades y derechos, especialmente con el derecho a la propiedad privada, por cuanto la realidad se encarga de demostrar que lo mas frecuente es la organización de la empresa por el empresario-propietario, aunque el ordenamiento y la realidad permiten también al empresario-no propietario disponer de los bienes necesarios para

⁴⁰⁴ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La organización jurídico-económica del capitalismo...”, cit., pgs. XXIII y XXIV; sobre esta idea puede verse IRTI, N.: “El orden jurídico del mercado”, en Rev. de la Facultad de Derecho, Universidad de Granada., núm. 3/2.000, pgs. 8 y 9, donde señala que el mercado es un orden de intercambios caracterizado por las nota de “regularidad y previsibilidad de la conducta”, gobernado por reglas que determinan la previsibilidad, entendida como “cálculo de futuro” de los comportamientos de los sujetos económicos; *Idem: L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1.988.

⁴⁰⁵ Sobre esta idea cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *ibidem*, pgs. XLII Y XLIII y la bibliografía citada.

⁴⁰⁶ Véase PAZ-ARES, C. Y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, (Dir. MONEREO PÉREZ), Comares, 2002, pg. 358, donde señala que “además de con otros derechos fundamentales, la libertad de empresa presenta una estrecha conexión con las normas que configuran constitucionalmente la intervención del Estado (en sentido amplio) en la actividad económica. Cuando el artículo 128 CE reconoce expresamente la iniciativa pública en la actividad económica coloca al interprete ante la difícil cuestión de delimitar los ámbitos legítimos de limitación de la iniciativa privada por la pública”.

ejercitar la actividad empresarial⁴⁰⁷. En este sentido, existe una correlación que no por normal debe verse como necesaria entre propiedad y empresa⁴⁰⁸, entendiendo ésta como el ejercicio de una actividad económica organizada⁴⁰⁹, si bien ambas son nociones heterogéneas y autónomas en cuanto que la una puede existir sin la otra⁴¹⁰, por cuanto una protege el “contenido de un derecho”, mientras la consideración normativa de la empresa protege un “título de la persona”⁴¹¹, el derecho a la libre iniciativa. Por eso se ha dicho que la iniciativa empresarial “presupone la titularidad del derecho” (de propiedad), por lo que no protege la propiedad sino al propietario⁴¹².

El poder de disposición sobre los bienes es lo que se conoce como derecho de propiedad y es lo que permite a los agentes económicos, ya sean individuales o grupos sociales, decidir el destino de los recursos económicos en una economía de mercado. De esta manera, es evidente que la materialización del derecho a la libertad de empresa, es decir a llevar a cabo una inversión económica en cualquier actividad lícita, es una

⁴⁰⁷ Sobre el empresario-propietario y empresario sin medios propios puede verse la obra de IRTI: *Proprietà e impresa*, Jovene, Napoli, 1.965.

⁴⁰⁸ Respecto a esta correlación, se ha dicho que en los códigos comerciales decimonónicos “la noción de empresa se agota íntegramente en la noción del ejercicio del derecho de propiedad” (Véase MENGONI, L.: *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, pg. 710) o que en el pasado siglo la empresa “ha quedado oculta bajo la propiedad” (Cfr. RIPPET, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pg. 252).

⁴⁰⁹ Véase, ESTEBAN VELAZCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, cit., pg. 624; GALGANO, F.: *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1.980, pgs. 125 y ss., sobre el origen histórico de la libre iniciativa económica y su diferenciación progresiva del derecho de propiedad. BALDASARRE: “Iniciativa económica privada”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffré, Milano, 1.971, pgs. 582 y ss.

⁴¹⁰ Cfr. IRTI, N.: *Proprietà e impresa*, Jovene, Napoli, 1.965, pgs. 1 y 2. Ambas nociones son heterogéneas, en cuanto que no entran en la misma categoría conceptual, aunque las dos sean considerados derechos subjetivos, la propiedad designa una potestad mientras que la libertad de empresa se refiere a un poder de gestión. Véase BRACCO, R.: *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Dott. Antonio Milani, Padova, 1.960, pg. 165; CANDIAN, A.: “Appunti in tema di azienda” in *Scritti in onore de A.C. Jemolo*, vl. II, Giuffré, Milano, 1.963, esp. pgs. 153-160; GRAZIANI, A.: *L'impresa e l'imprenditore*, Morano, Napoli, 1.959, pgs. 43-44.

⁴¹¹ Véase NICOLÒ, R.: “Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile” in riv. Dir. comm., 1.956, I, pg. 182.

⁴¹² Cfr. IRTI: *Proprietà e impresa*, cit., pg. 15. De este modo la propiedad puede calificarse como “la situación jurídica estática de disfrute” mientras que la empresa puede ser vista como “una situación jurídica dinámica”. Véase DUQUE, J. F.: “Iniciativa privada y empresa”, en AA VV: *Constitución y economía*, Madrid, EDERSA, 1977, pg. 60.

manifestación de la potestad dispositiva del propietario de esos recursos económicos. Ahora bien, la pregunta es: ¿de donde procede esa capacidad para disponer que detenta el propietario, cuál es su fundamento jurídico?. Esta pregunta, clave en cualquier sistema económico constitucional, se responde en la Constitución de 1.978 mediante el artículo 33⁴¹³ que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, acordes, eso sí, con una función social delimitadora de su contenido, en lo que es una regulación de un marcado carácter garantista similar a las constituciones liberales⁴¹⁴.

Esta garantía constitucional se proyecta en una doble dimensión: la propiedad como derecho subjetivo y la propiedad como derecho institucional⁴¹⁵, si bien hoy la propiedad privada ya no se configura como un derecho fundamental en sentido estricto, por lo que no puede definirse, ni como derecho natural, ni como atributo esencial de la personalidad humana, al perder su base constitucional. No obstante, nuestra Constitución la define como un derecho subjetivo digno de la protección y garantía especiales del artículo 53.1 CE⁴¹⁶. Esta garantía constitucional es la que configura el derecho de propiedad como uno de los principios básicos de la ordenación económica constitucional, de tal manera que “la garantía institucional significa que, sea cual sea el modelo económico que la sociedad española elija, la propiedad privada será un elemento indispensable del mismo”⁴¹⁷. La más reciente doctrina interpreta que el derecho de propiedad y la libertad de empresa, al estar incluidos en el capítulo segundo

⁴¹³ “Art. 33.1: Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

⁴¹⁴ Cfr. arts. 4 y 304 de la Constitución de 1.812, art. 10 de las Constituciones de 1.837, 1.845 y arts. 13 y 14 de la Constitución de 1.869.

⁴¹⁵ Para el Tribunal Constitucional “en el artículo 33 se contiene una doble garantía” del derecho de propiedad, ya que se reconoce desde la “vertiente institucional” y desde la vertiente individual” (STC 2 de diciembre 1.983).

⁴¹⁶ La mención que el artículo 33.2 CE hace de la función social de la propiedad permite no consagrar el derecho de propiedad privada como absoluto, pero sin alcanzar a destruir el derecho subjetivo del propietario, que tiene su principal garantía en la reserva de ley para introducir limitaciones en su poder de disposición. Ver la STS 21 de febrero de 1.981.

⁴¹⁷ Cfr. DE JUAN ASENJO, O.: *La constitución económica española*, cit., pgs. 169 y 170.

de la Constitución son derechos fundamentales, con independencia de su ubicación en la sección primera o segunda⁴¹⁸.

Anteriormente hemos definido la propiedad como el poder de disposición sobre los bienes, *plena in re potestas*, que dirían los juristas romanos. Sin embargo, bajando de la abstracción a la realidad, el poder de disposición se ve restringido⁴¹⁹ hasta el punto de verse hoy redefinida la noción unitaria de propiedad, “eliminando la vinculación entre propiedad y cosas” para diluirse en un “conjunto de facultades o derechos”, desplazando su “aspecto simbólico de relación hombre cosa por una relación entre personas cuyo objeto son precisamente las cosas”⁴²⁰. Por eso, “es necesario guardarse de confundir la posición del bien en cuanto objeto de propiedad y la posición del bien en cuanto instrumento de una conducta”⁴²¹, como es el ejercicio de la libertad de empresa. En este sentido, es obvio que la propiedad es un *prius*⁴²², mientras que la acción, entendida como el uso del bien, entra en el área de la libertad, no en el de la propiedad, por cuanto la libertad no es “disponibilidad del bien, sino disponibilidad de la acción, que se sirve del bien”⁴²³. De este modo, “la propiedad es un complejo de

⁴¹⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2.005, pgs. 182 y 186; en la misma obra, ARAGÓN REYES F.: “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, pgs. 23 y 24.

⁴¹⁹ Incluso los Códigos civiles, redactados en la época de apogeo del individualismo “definieron la propiedad como derecho a usar y disponer de los bienes “dentro de los límites marcados por la Ley” (Art. 544 del Código civil francés y art. 348 del Código civil español). Posteriormente, con la llegada del Estado social de Derecho los límites legales a la propiedad se multiplicaron exponencialmente y el derecho adquirió una proyección social más acusada”(DE JUAN ASENJO, ib. pg. 172). Es lo que hoy se denomina función social de la propiedad.

⁴²⁰ Véase MONEREO PÉREZ: “La organización jurídico-económica del capitalismo...”, cit., pg. LX, donde hace referencia a la importancia que la redefinición de los *property rights*, entendidos como “derechos de actuación” para este cambio de planteamiento. Puede verse, para el concepto de *property rights*, SCHÄFER, H.B. y OTT, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1.991, pg. 80 y ss.; GREY, T.C.: “The Desintegration of Property”, en PENNOCK, J.R. y CHAPMAN, J.W.: *Property*, Nomos XXII, New York University Press, 1.980; Igualmente, MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.994, pg. 163.

⁴²¹ MAIORCA: “Premesse alla teoria della proprietà”, in *Ius*, 1.941, pg. 85, cit. por IRTI, N.: *Proprietà e impresa*, cit., pg. 50.

⁴²² Cfr. IRTI, cit., pg. 43.

⁴²³ Cfr. MAIORCA: *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, L'Istituto Giuridico della R. Università di Torino, Torino, 1.934, pg. 110, cit. en IRTI: *Proprietà e impresa*, cit., pg. 51. Además, en pg. 52, señala

deberes de no injerencia en la cosa, mientras la libertad es un complejo de deberes de no injerencia en la conducta”⁴²⁴. La secuenciación de acciones en que consiste la materialización de esa conducta libre, la iniciativa empresarial, nos emplaza ante el problema del gobierno de la empresa, que consiste en “saber quién ostenta el poder, con qué título, y en vista de satisfacer qué intereses”⁴²⁵, para lo que se hace necesario indagar en la naturaleza y configuración jurídica de la libre iniciativa económica.

Esencialmente, la libertad de empresa presupone la posibilidad de dedicar recursos propios tanto a la creación de empresas, como a mantener el funcionamiento de las ya existentes y, por supuesto, a participar en su administración. Por eso, la libertad de empresa comprende, tanto la decisión de aplicar recursos a una actividad empresarial, como a tomar las decisiones económicas convenientes a la actividad⁴²⁶.

Ahora bien, si no admite discusión el que la libertad de empresa del artículo 38 CE deba ser considerada como un derecho subjetivo, con todo lo que implica⁴²⁷, sí ha sufrido

que “la libertad resguarda la acción del propietario, la propiedad resguarda el instrumento de la acción”. “Disponer del bien, en el sentido de que los terceros están obligados a no injerirse en la cosa, es un problema de propiedad; disponer de la acción, en el sentido de que los terceros están obligados a no injerirse en la conducta, es un problema de libertad”.

⁴²⁴ Cfr. SANTI ROMANO: *Principii di diritto costituzionale generale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1.947, pgs. 113 y 121.

⁴²⁵ Cfr. LYON-CAEN, G.: “Informe de síntesis”, en *Empresa y Derecho Social*, (Antonio Marzal, ed.), ESADE-Facultad de Derecho, Bosch, Navarra, 2001, pg. 204.

⁴²⁶ Aunque la protección constitucional no se limita al acto de iniciación empresarial en sentido estricto, sí es lícito el establecimiento, igualmente constitucional, de límites o condicionamientos al ejercicio de la libertad de empresa, sin que atenten al contenido esencial garantizado de la libertad de empresa. Véase: ESTEBAN VELAZCO, G.: *El poder de decisión...*, cit., pg. 625; DUQUE, J.F.: “Consideraciones sobre el modelo económico del anteproyecto de Constitución”, *Sal Terrae*, Febrero/1.978, pg. 97 y ss.; GARCÍA PELAYO: “Consideraciones sobre las cláusulas económicas”, cit., pg. 101; GALGANO, F.: *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1.980, pg. 106.

⁴²⁷ Esto es consecuencia de su ubicación en la sección 2ª del capítulo II, del título I de la Constitución, que en relación con el artículo 53.1 CE, le da el carácter de derecho subjetivo directamente accionable, que vincula a todos los poderes públicos y que su ejercicio sólo puede regularse por Ley, que deberá respetar su contenido esencial. La sentencia del TC 16-XI-1981 garantiza la libertad de empresa como derecho subjetivo, con el voto particular contrario de tres magistrados que negaron este valor. En el mismo sentido se pronuncian TORNOS, J.: *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1.982, pg. 150 y GARCÍA MACHO, R.: *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de admón. Local, Madrid, 1.982, pg. 146; OSCAR DE JUAN ASENJO, O.: *La constitución económica española*, cit., pg. 153.

rechazo la idea de que deba ser considerado como un derecho consustancial a la dignidad de la persona⁴²⁸, admitiendo únicamente su carácter de “derecho del ciudadano” y protegido como tal, lo que no se ajusta a la realidad del contexto constitucional de derechos en que se inserta y que se observa cuando se examina la “concepción que del trabajo expresa el artículo 35 CE como un derecho-deber de trabajar en el sentido de que no hay un derecho fundamental a la vagancia”. En este sentido parece que la idea de vida digna expresada en la Constitución “sólo puede concebirse como una vida “ganada” con el trabajo”⁴²⁹, siendo indiferente el que se trabaje por cuenta propia o ajena⁴³⁰, porque la libertad de empresa es coherente con los valores fundamentales de la Constitución, resumidos en el artículo 10, de modo que la libertad de empresa junto con el derecho al trabajo y al libre ejercicio de las profesiones y oficios constituye uno de los fundamentos de un sistema constitucional “que pone en su centro el libre desarrollo de la personalidad de los individuos y el respeto a su igual dignidad”⁴³¹. Además, es patente el interés del legislador constitucional por el

⁴²⁸ Afirman acertadamente PAZ ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El derecho a la libertad de empresa y sus límites...”, cit., pgs. 359 y 360, que las opiniones de quienes niegan la relación de la libertad de empresa con el libre desarrollo de la personalidad de los individuos “está basado, por un lado, en el prejuicio que atribuye mayor dignidad al trabajo dependiente que al independiente” y “por otro, en el insuficiente conocimiento del funcionamiento del sistema económico endémico entre nuestros juristas”. Igualmente MARTÍN VALVERDE, A.: “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos”, REDT, 114/2002, pg. 837, señala que “la doctrina científica... se ha mostrado en general poco propicia a operaciones intelectuales de esta naturaleza. Ha funcionado aquí una especie de freno psicológico a elaboraciones... que a primera vista se manifiestan como construcciones “pro empresa” o “pro economía”. Para la situación en la doctrina constitucional italiana, muy semejante a la española, véase, BOGNETTI, G: *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposti di riforma*, Giuffrè, Milano, 1.993, pg. 1 y ss., denunciando que “se da escaso relieve a los valores del mercado sólo porque, simplemente, se ignoran sus mecanismos efectivos” (pg. 19).

⁴²⁹ Cfr. PAZ ARES y ALFARO AGUILA: “El Derecho a la libertad de empresa y sus límites...”, cit., pg. 359; ALAS TOLIVAR, L.: “La configuración constitucional del Derecho a la libre elección de profesión u oficio”, en A. MARTÍN RETORTILLO, S. (coord.) *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1.991, pgs. 1.337 y ss., esp. pg 1.345.

⁴³⁰ Véase, PAZ ARES y ALFARO AGUILA: “El Derecho a la libertad de empresa...”, cit., pg.365. En este sentido, opina, con razón, que “desde el punto de vista de la dignidad de la persona, sería realmente monstruoso afirmar que es más digno constitucionalmente hablando el trabajo dependiente que el independiente. Al margen de que la mayoría de las profesiones y oficios pueden ejercitarse en forma asalariada y en forma independiente y que se admite generalizadamente que las personas jurídicas son titulares del derecho al libre ejercicio de una profesión u oficio”, como ha sido entendido por el Tribunal constitucional en la Sentencia de 24 de julio de 1.984.

⁴³¹ Cfr. ARAGÓN REYES, M.: “Constitución económica y libertad de empresa” en Iglesias Prada (coord.) *Libertades económicas y Estado social, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio*

afianzamiento de la libertad de empresa como institución básica del orden socioeconómico⁴³². Por eso, desde un punto de vista exclusivamente económico, se puede afirmar que la libertad de empresa y el derecho de propiedad conforman ellos solos el régimen económico constitucional.

Ahora bien, si indagamos dentro del contenido de ese derecho constitucional a la libre iniciativa empresarial, a pesar de la dificultad que la tarea conlleva⁴³³ y que ha llegado hasta la negación de la existencia de contenido esencial⁴³⁴, podemos diferenciar tres niveles de concreción⁴³⁵: el primero, el contenido abstracto, el segundo, el contenido concreto y el tercero, el de su contenido esencial⁴³⁶.

Menéndez, T.I, Civitas, Madrid, 1.996, pg. 176.

⁴³² Véase, PAZ ARES y ALFARO AGUILA: “El Derecho a la libertad de empresa...”, cit., pg. 359: “La estrecha relación de la libertad de empresa, trabajo y libre ejercicio de la profesión u oficio con la autodeterminación y la autorrealización humanas es, pues, evidente. Las libertades económicas son garantía de la libertad “real” de los ciudadanos cuando ejercitan las restantes libertades, ya que la obtención autónoma de los medios de vida asegura que no hay terceros –singularmente el Estado- en condiciones de imponerles modos o fines vitales y, por tanto, que queda en manos de los ciudadanos la “elección libre de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos”; *id.* ALFARO AGUILA-REAL, J.: “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, RDM 233/1.999, pg. 959.

⁴³³ Véase RUBIO LLORENTE, F.: “La libertad de empresa en la Constitución”, en IGLESIAS PRADA (coord.) *Libertades económicas y Estado social, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.I, Civitas, Madrid, 1.996, pg. 441 que se pregunta: “¿cómo aplicar la noción de contenido esencial a una institución como la libertad de empresa con la que no es incompatible en absoluto la exigencia de diferentes grados de libertad para las diferentes empresas o los distintos tipos de empresas?”. En parejo sentido, ARAGÓN REYES, M.: *Libertades económicas y estado social*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1.995, pgs. 20 y 21, reconoce que parece un esfuerzo inútil tratar de aislar un “reducto mínimo de libertad absoluta para iniciar y proseguir actividades empresariales” en el que sea ilegítima cualquier intervención pública, por la razón de que, en función del tipo de actividad, hasta la más intensa de las injerencias puede resultar legítima”.

⁴³⁴ Véase RUBIO LLORENTE, F.: “La libertad de empresa...”, cit, pg. 431 y ss., donde afirma que “no puede construirse ni una noción general y abstracta del contenido esencial de la libertad de empresa ni siquiera un concepto operativo, o que el contenido esencial que se propugna sea mas el de la idea de mercado que el de la libertad de empresa”(pg. 442) o que la libertad de empresa se debe concebir como “una particular aplicación del principio de igualdad”, en el sentido de imponer al Estado la obligación de asegurar un mismo grado de libertad para todas las empresas del mismo sector, como medio de asegurar la concurrencia en igualdad de condiciones (pg 445). En parecida línea la STC de 24 de julio de 1.984 afirma que “no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta”.

⁴³⁵ Cfr., en este sentido, DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica...*, cit., pg. 154 a 168.

⁴³⁶ Acerca de la problemática del contenido esencial véase ARAGÓN REYES F.: “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, cit., pg. 34 y ss.

En el primero de los aspectos, el contenido abstracto de la libertad de empresa, se pueden diferenciar tres *sublibertades*, como son la libertad de inversión, la libertad de organización y la libertad de contratación, que responderán a las siguientes preguntas: ¿Qué bienes han de producirse?, ¿cómo han de producirse?, ¿para quién han de producirse? Si bien es claro que la libertad de inversión, tanto en su vertiente positiva, invertir en el sector económico que se quiera, como en la negativa, desinvertir cuando lo estime oportuno, desde el punto de vista de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo no es especialmente relevante, aunque todas están interconexas, no sucede igual con la segunda y tercera perspectiva, la libertad de organización y de contratación.

Como se ha señalado antes, cualquier actividad empresarial resulta de la combinación de unos factores productivos, trabajo y capital, debidamente organizados para la obtención de un determinado fin. Y esta organización se hace buscando optimizar el coste de los factores intervinientes en la producción, a fin de que ésta se consiga de la manera más eficiente posible, es decir, maximizando la producción y minimizando los costes, lo que implica mejorar la relación de productividad entre inversión y producto final. Y esta es la obligación esencial del empresario, que debe velar por el mantenimiento de la empresa en el mercado, como único medio de que la institución empresarial sea beneficiosa tanto para los directamente implicados en ella, empresarios y trabajadores⁴³⁷, proveedores y clientes, como para la sociedad misma en términos de creación de riqueza y bienestar. Consecuentemente, el reconocimiento de los poderes discrecionales de administración de las condiciones contractuales al empresario “es un corolario de la libertad de empresa”⁴³⁸, en cuanto que detentador de la responsabilidad

⁴³⁷ Véase FEIS, H.: “La legislación internacional del trabajo a la luz de la teoría económica”, *Rev. inter. del trabajo*, vl. 115, núm. 3-4/1.996, pg. 340, cuando dice que “el esfuerzo por mejorar las condiciones de trabajo debería realizarse siempre que haya posibilidades razonables de alcanzar un resultado satisfactorio: aumentar la eficiencia en la industria o incrementar la parte del producto destinada a los trabajadores, sin que ello provoque un perjuicio económico simultáneo en otro lugar”. BRUTON, H. y FAIRRISS, D.: “Trabajo y desarrollo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 1/1.999, pg. 12 y ss. resaltan la relación entre la mejora de las condiciones de trabajo y el subsiguiente aumento de productividad al sentirse éstos más y mejor valorados. Igualmente AKERLOF, G.: “Labor contracts as partial gift exchange”, *Quarterly Journal of Economics* (Cambridge, Massachusetts), vl. 97, núm. 4/1.982, pgs. 543 y ss.

⁴³⁸ Cfr. PERULLI, A.: “Potere direttivo, organizzazione, impresa”, cit., pg. 146.

organizativa de los factores intervinientes en la producción, incluido el trabajo, es quien asume el riesgo de la actividad empresarial, porque “ni hay libertad de empresa sin asunción de riesgo, ni asunción de riesgo sin libertad de elección económico-productiva”⁴³⁹.

Que el legislador haya optado expresamente por la defensa de la productividad implica que ese derecho subjetivo a la libertad de empresa y, por tanto, el funcionamiento de la organización debe desarrollarse dentro de los parámetros de una racionalidad económica, lo que implica que la orientación fundamental de las medidas organizativas debe ser la consecución de la máxima eficiencia posible⁴⁴⁰, consistiendo esa racionalización en la regulación de las relaciones de la empresa con sus propietarios, trabajadores, directivos, clientes, objetivos planteados, relaciones fin-medios, órdenes jerárquicos, etc., en definitiva en la regulación de la organización misma⁴⁴¹ y sus necesidades con su entorno socioeconómico de una manera provechosa en términos no sólo puramente económicos, puesto que también debe serlo en términos sociales. De esta manera, “la organización formaliza la cooperación social” desde el planteamiento de la estructura social en el campo de la economía⁴⁴². Ahora bien, sólo desde la

⁴³⁹ Véase VENTURA, L.: *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1.984, pg. 297 y ss.

⁴⁴⁰ Hoy se está asistiendo a un replanteamiento de las relaciones entre el sistema económico y el ordenamiento jurídico para revalorizar el papel del componente jurídico-institucional en la ordenación de la actividad económica y en la reasignación eficiente de los recursos disponibles, que hace que las categorías jurídicas se llenen de categorías económicas que intentan sustituir a los valores *incómodos* para el principio de eficiencia económica y redescubriendo los instrumentos del Derecho privado para conseguir los objetivos perseguidos bajo la cobertura de las políticas estatales de desregulación legislativa (MONEREO PÉREZ, J.L.: “La organización jurídico-económica del capitalismo...”, cit., pgs. LIV, LV y LVI); Véase, desde la lógica interna del análisis económico del Derecho, COASE, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid, 1.994; SCHWARTZ, P. y CARBAJO, A.: “Teoría económica de los derechos de propiedad”, en *Hacienda Pública*, núm. 68/1.981, pgs. 221 y ss.

⁴⁴¹ Desde esta óptica, “la empresa representa el lugar ideal en el que el poder directivo se configura clásicamente dentro de la categoría del poder legal-racional” (véase PERULLI, A.: *Il Potere direttivo...*, cit., pg. 248), porque la racionalidad formal del cálculo del capital es “posible sólo sometiendo los trabajadores al poder del empresario”. Véase, igualmente, WEBER, M.: *Economía y sociedad*, cit..

⁴⁴² MONEREO PÉREZ, J.L.: “La organización jurídico-económica...” cit., pgs. LVIII y LVIX. Desde este punto de vista, “atendiendo a esa función asignativa, no cabe duda que el Derecho es un factor de estratificación social y que expresa asimismo la distribución del poder en la sociedad organizada”. Véase FERRARI, V.: *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2.000, esp. cap. III. Señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *RL*, núm. 11/2.000, pg. 5, que “el dilema entre eficiencia o crecimiento e

vertiente de la eficiencia se pueden alcanzar los fines esenciales de la empresa, la conservación y la rentabilidad, porque únicamente la empresa que obtiene beneficios permanentemente puede mantener y renovar sus inversiones de acuerdo a las exigencias del mercado y, por tanto, continuar existiendo, tanto para el mercado como para sus trabajadores y propietarios⁴⁴³. Esta realidad es aún más visible hoy, inmersos en la realidad socioeconómica de la globalización, que exige una especial atención a la productividad y a la buena organización de los recursos de las empresas, incluso a costa, como está sucediendo, de “reajustar y aligerar el acervo (...) de normas protectoras del trabajador”, lo que se traduce, entre otras cosas, en un facilitamiento de la movilidad profesional, subordinada a la organización del trabajo, en la asignación, reasignación y modificación de puestos de trabajo y funciones, en esa búsqueda permanente del aumento de la racionalidad y eficiencia productiva⁴⁴⁴.

Para poder llevar a cabo esta adecuada organización de la empresa es necesario que el empresario disponga de la libertad de organización, entendida como la “potestad para organizar libremente el proceso de producción, es decir, para planificar el sistema de objetivos empresariales, combinar los factores productivos e imponer condiciones de actuación a las personas que colaboran en la actividad empresarial”⁴⁴⁵. De este amplio

igualdad y protección social ha adquirido una nueva dimensión y no tiene fácil solución” porque “en una época de globalización aumentan los costes a pagar en términos de crecimiento para conseguir objetivos de política social, en particular los de una menor desigualdad”.

⁴⁴³ Cfr. ESTEBAN VELAZCO, G.: “El poder de decisión...”, cit., pg. 582 a 594, esp. 586-587. Opina que esta primacía de la “conservación y rentabilidad” de la empresa no significa que se deban desechar otros valores e intereses, como, los de los trabajadores o los del bien común, sino que los intereses singulares de los distintos grupos deberán ser contemplados respetando los principios de conservación y rentabilidad que deberán prevalecer en caso de conflicto de intereses.

⁴⁴⁴ Véase MARTÍN VALVERDE, A.: “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo...”, cit., pgs. 836 y 837, señala que así, la “unilateralidad o “dirección única” del Derecho del Trabajo ha desaparecido, aunque siempre ha sido “más aparente que real, en cuanto que en el ordenamiento laboral nunca se ha perdido de vista lo que BAYÓN Y PÉREZ BOTIJA llamaron el “principio de rendimiento”, si bien ahora como “defensa de la productividad” y que ahora “se ha extendido a zonas o ámbitos de la regulación de las relaciones de trabajo a las que antes no había llegado”.

⁴⁴⁵ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica...*, cit., pg. 154. En similar sentido se pronuncia DURÁN LÓPEZ, F.: “Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa” en en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2.005, pg. 59.

poder organizativo deriva directamente el poder directivo del empresario⁴⁴⁶, que como instrumento de racionalización y de ordenación del trabajo humano, conjuntamente con el factor técnico, permite alcanzar los fines que el empresario ha elegido libremente⁴⁴⁷, lo que permite relacionar el trabajo dependiente con el resultado productivo pretendido. En este sentido, la racionalización es “una característica imprescindible y esencial de toda organización de trabajo, se realice o no en una empresa”⁴⁴⁸, de modo que la organización formal del trabajo en estas condiciones comporta necesariamente una relación coercitiva y asimétrica⁴⁴⁹, que se traducirá en concretos institutos jurídicos como las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET, que sirven directamente a la consecución y mejora de la racionalidad organizativa que se manifiesta en la mayor eficacia y productividad empresarial, para “mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos” como dice el artículo 41.1.f).2 LET.

Algo similar sucede en cuanto se refiere a la libertad de contratación, que igualmente se divide en la vertiente puramente comercial, proveedores y clientes, y, lo que nos interesa más, la contratación del factor trabajo, es decir, la mano de obra, en lo que se incluye la fijación de los salarios y demás condiciones de trabajo y, lógicamente, también la posible modificación de esas condiciones de trabajo, con la finalidad de adecuarlas a la optimización de la relación de productividad que permita a la empresa sobrevivir en el mercado, máxime teniendo en cuenta las necesidades de adaptabilidad del entorno globalizador y cambiante de la economía actual. En definitiva, éste es el fundamento jurídico del poder de variación de las condiciones contractuales derivado del poder de dirección del empresario, como detentador de la potestad organizativa incluida en el derecho a la libertad de empresa. En virtud de estos poderes podrá

⁴⁴⁶ Véase TREU, T.: *Condotta antisindacale ed atti discriminatori*, Angeli, Milano, 1974, pg. 47 y ss.; MARCHESINI, M.: “El poder de dirección” en *Estudios sobre Derecho individual de trabajo*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1.977, pg. 170 ss.; SAVATIER, J.: “Pouvoir patrimonial et direction des personnes”, *Droit Social*, 1982, pg. 1 y ss.; JEAMMAUD, A. y LYON-CAEN, A.: “Droit et direction du personnel”, *Droit Social*, 1/1.982, pg. 56 y ss .

⁴⁴⁷ Cfr. VARDARO, G.: “Técnica, tecnología e ideología della técnica nel diritto del lavoro”, en P.D., 1.986, pg. 81.

⁴⁴⁸ Véase PERSIANI, M.: *Contrato di lavoro e organizzazione*, cit., pg. 296.

⁴⁴⁹ POGGI, G.: *Calvinismo e spirito del capitalismo*, Il Mulino, Bologna, 1984, pg. 46.

organizar los elementos que integran la empresa para conseguir los fines propuestos⁴⁵⁰, porque libertad de empresa e iniciativa de cambios aparecen indisolublemente unidos⁴⁵¹.

Igualmente, la libertad de empresa puede ser vista tanto desde el plano de las decisiones organizativas en sentido estricto, que incluye la decisión de innovaciones organizativas empresariales que contienen cambios de cantidad o características del producto, introducción de nuevas maquinarias o tecnologías, modificaciones de las estructuras organizativas, etc., como desde la administración de los poderes contractuales. Ambas vertientes decisionales se influyen mutuamente y, a la vez, repercuten en el plano de la administración de los contratos de trabajo, por cuanto el empresario-empedor es sujeto de la relación laboral y detentador del poder directivo de la empresa.

Ahora bien, desde la primera perspectiva, el empresario no tendrá más limitaciones que las genéricas del ordenamiento, mientras que desde la segunda, y particularmente en el caso de cambios que afecten a las condiciones sustanciales del contrato, está sometido a la disciplina de la ejecución del contrato de trabajo y dentro de los límites normativos, especialmente de los artículos 39, 40 y 41 LET, así como a lo previsto en el contrato individual y convenio colectivo o acuerdo de empresa aplicable. En este aspecto, cobra especial relieve el reconocimiento constitucional a la negociación colectiva “como mecanismo delimitador de la autonomía privada en la iniciativa económica”⁴⁵² y de la constitución económica que la reconoce como fuente de autoorganización social,

⁴⁵⁰ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, cit., pgs. 202 y 203. Igualmente señala LEGA: *Il potere disciplinare...* cit., pg. 98, que el *ius variandi* empresarial se fundamenta en un derecho subjetivo de libertad en la organización y dirección del trabajo, poder garantizado constitucionalmente, pero que encuentra sus límites en el contrato laboral mismo.

⁴⁵¹ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La movilidad del trabajador dentro de la empresa”, DL, núm. 9, pg. 14 y ss.

⁴⁵² Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales y de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit.: “El reconocimiento de la autonomía colectiva se contraponen al esquema de pensamiento liberal que enfatizaba el dogma de la autonomía individual”, mientras que “la autonomía colectiva de los grupos sociales toma en consideración los diferentes ámbitos donde se desarrolla la personalidad del hombre”, lo que permite que el sujeto se contemple “en el marco de grupos y clases sociales”, que permiten “un nuevo modo de ver la ciudadanía plena”. Sobre la relevancia de la autonomía colectiva en el Estado constitucional y su lugar en el sistema de relaciones laborales, véase KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. M. Galiana Moreno, Madrid, MTSS, 1.987.

regulándose a su través importantes aspectos de la vida empresarial y el ejercicio de poderes empresariales⁴⁵³, como sucede cuando se delimita y encauza la potestad del empleador de modificación unilateral del contrato por la vía de los artículo 40 y 41 LET.

Este contenido abstracto de la libre iniciativa económica se concreta mediante la imposición de unos límites legales, cuando la somete a las exigencias de la economía general, lo que se traducirá en la presión de otros agentes económicos como los sindicatos u otras empresas competidoras, que condicionan y repercuten en la conducta del empresario, limitando el ejercicio de esas libertades abstractas y condicionándolas a la realidad, unas veces por la misma presión del entorno y otras, lo que sucede con más frecuencia en los aspectos organizativos que guardan relación con el uso del factor trabajo, por las limitaciones impuestas por las normas laborales y de seguridad y salud laboral, convenios y acuerdos colectivos, en cuanto que imponen restricciones, para algunos infundadas⁴⁵⁴, a esa búsqueda de la excelencia y de la racionalidad organizativa en atención al interés general⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El tratamiento post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2.000*, Madrid, MTSS, 1.999.

⁴⁵⁴ En este sentido, se ha dicho que la admisión de la representación sindical y la negociación colectiva son “elementos constitutivos de un monopolio socialmente nocivo para los intereses de los trabajadores y para el funcionamiento del mercado de trabajo”. En un plano más general, se ha reaccionado contra “las distorsiones del mercado causadas por el Derecho del Trabajo, reclamando la aplicación al ámbito del mercado de trabajo de las leyes protectoras de la libre competencia”. Todas estas ideas lo que hacen es reclamar unas relaciones contractuales sin interferencia alguna, y directa y únicamente sometidas al derecho de contratos. Véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Lógica de mercado y trabajo”, RL, núm. 3/2003, esp. pgs. 21 y 22 y la bibliografía que cita.

⁴⁵⁵ En cualquier caso no debe olvidarse que estas restricciones sólo serán válidas se vienen impuestas por ley (límite formal) y son respetuosas con el contenido esencial de la libertad de empresa (límite material). Por ejemplo, esto implica la inconstitucionalidad de la restricción de la competencia empresarial (art. 38), de las limitaciones al ejercicio de la huelga (art. 28), de las discriminaciones en el trabajo (art. 14). En caso contrario podría ser que “a consecuencia del olvido o negligencia del legislador, la libertad de empresa se desarrollara al margen de los valores constitucionales”. Cfr. DE JUAN ASENJO, cit, pg. 157, donde señala, además, que en relación con esta idea está la tesis que defiende la existencia de un “núcleo de utilidad social anterior al derecho de iniciativa privada, que se desprende directamente del texto constitucional y no necesita ampararse en otra ley”, defendida en Italia por CAVALIERI, P.: *Iniciativa economica privata e Costituzione “vivente”*, 1.978, pgs. 42 a 58.

En este sentido, el Estado social, intervencionista en materia económica y social en la búsqueda de la conciliación de los intereses contradictorios y de la ponderación de la protección de los mismos, realiza una “función directa de asignación y distribución de recursos”, que conduce a una “inevitable coexistencia del principio de eficiencia con el principio de protección, traducible en términos de igualdad y de solidaridad”⁴⁵⁶, por más que el principio de eficiencia económica tienda a desplazar al principio redistributivo⁴⁵⁷, porque el Derecho no puede servir únicamente a la lógica del mercado, aunque algunos piensan que el Derecho debe guiarse sólo por la racionalidad de los principios económicos, especialmente de la eficiencia económica, sin disociación entre la lógica del Derecho y del mercado hasta el punto de medir la coherencia de las categorías jurídicas en relación con la lógica del mercado. Así, el Derecho se percibe, desde esta perspectiva instrumental, como una técnica de organización social, que por otra parte siempre ha sido su función, sólo que ahora regida por el principio de eficiencia económica y tecnológica⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La organización jurídico-económica del capitalismo...”, cit., pgs. LX y LXI: “Hay que tener en cuenta que los conflictos de la sociedad contemporánea se mueven cada vez más sobre un espacio jurídico explícito, debido al proceso de juridificación de la sociedad, con la consiguiente penetración del Derecho en el mundo de la vida. Ello convierte al Derecho del Estado en un actor directo implicado en la lucha entre los intereses, con todos los problemas de gobernabilidad que ello puede plantear”. Sobre los problemas de la juridificación en el Estado social de Derecho, HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1.998; TEUBNER, G.: “Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno”, en BORDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000, pgs. 81 y ss. Esa función económico-social propia del Estado intervencionista contemporáneo, comporta el compromiso directo del poder público en la realización del bienestar social, que ha supuesto un cambio esencial en las relaciones entre Estado, Derecho y Economía.

⁴⁵⁷ Incluso desde algunas posiciones de la Teoría del Análisis Económico del Derecho (Calabresi, Polinsky, Ackerman, etc.) se ha puesto de relieve que no debe descuidarse la dimensión redistributiva del sistema jurídico, en cuanto instrumento para la remoción de la desigualdad social que acaba siendo también de posición jurídica, por lo que proponen un compromiso entre el principio de eficiencia y el de equidad. Véase, p.e. ACKERMAN, B.A.: “Diritto, economía ed il problema della cultura giurídica”, Riv. Crit. Del Dir. Priv., 1.988, pgs. 449 y ss. En este sentido, “la evaluación y legitimación de normas debería ser realizada utilizando los criterios de eficiencia (ganancias y riquezas creadas) y, sobre todo de efectividad (“efectos” en los campos de la integración social y la solidaridad)”, cfr. UUSITALO, L.: “Efficiency, Effectiveness and legitimation: Criteria for the Evaluation of Norms”, Ratio Iuris, vl. 2, núm. 2/1.989, pg. 200.

⁴⁵⁸ Sobre estas ideas POLANYI, K.: *La gran transformación*, La Piqueta, Madrid, 1.989, cap. 14; COASE, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley*, cit.; DUMONT, L.: *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Taurus, Madrid, 1.982; *Idem: Ensayos sobre el individualismo*, Alianza, Madrid, 1.987; SCHÄFER, H.B. y OTT, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, cit..

De esta manera, de la concepción liberal del Derecho como reflejo estático de las relaciones de mercado se pasa a una concepción más dinámica, en cuanto que sería el mercado, primando las relaciones más eficientes, el que guiaría el *iter* jurídico, lo que parece más acertado, siempre que de algún modo se atempere este economicismo con la cláusula de Estado social, que se proyecta sobre toda la constitución social y económica y que imponen directamente el compromiso estatal respecto a la instauración de formas de gobierno de la economía que permitan conjugar una distribución justa de la riqueza con la plena eficiencia del sistema económico⁴⁵⁹. Esta idea, evidentemente, implica realizar una política legislativa de gobierno en la que estén al mismo nivel la política y la economía, lo que se muestra, entre otros supuestos, en el establecimiento de limitaciones al poder unilateral del empresario mediante las exigencias causales y procedimentales exigidas a éste cuando hace uso de los mecanismos modificativos previstos en el artículo 41 LET, que actúan como protectores de los derechos de los trabajadores afectados y limitadores del derecho empresarial al logro de la máxima eficiencia productiva de la empresa.

Ahora bien, a pesar de las posibles restricciones por el interés social, entre las que puede destacar el papel representado por el Derecho del trabajo, que desde su contenido normativo imperativo puede verse como limitador de la libertad del empresario, especialmente en su vertiente de libertad de selección⁴⁶⁰ y, sobre todo, de gobierno de los factores de la producción en la empresa⁴⁶¹, la realidad es que el reconocimiento de la

⁴⁵⁹ Véase, para una perspectiva de conjunto, LIBERTINI, M.: “Il mercato: I modelli di organizzazione”, en *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell’economía*, dir Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1.979, pg. 337 y ss. Igualmente, GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1.989, señala que se trata de precisar en qué medida una decisión puede considerarse funcional desde el punto de vista social y disfuncional desde el económico (pg. 37), porque así el jurista debe buscar un equilibrio razonable entre Economía y Derecho (pg. 1199, especialmente en el campo del Derecho del trabajo. Igualmente, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Lógica de mercado y trabajo”, cit., pgs. 30 a 34.

⁴⁶⁰ Sobre esta cuestión véase SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Contratación laboral y libertad de empresa”, en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2.005, pg. 69 y ss.

⁴⁶¹ Estas limitaciones son, en primer lugar, las del artículo 38 CE, que exige la libertad de iniciativa económica se lleve a cabo “de acuerdo con las exigencias de la economía general” y del 128.1 CE que exige la “subordinación de toda riqueza pública y privada al interés general”. Además están todos los derechos fundamentales y a todas las cláusulas sociales de la Constitución y la existencia de sectores

libertad de empresa implica la capacidad para iniciar y organizar el proceso productivo buscando el máximo beneficio privado⁴⁶². Por esto, el derecho subjetivo a la libertad de empresa quedará incólume y a salvo mientras el empresario sea libre para iniciar la actividad o abandonarla⁴⁶³ y, por supuesto, siempre que pueda mínimamente organizar y dirigir de manera autónoma la actividad emprendida⁴⁶⁴.

Es obvio, como no podía ser de otro modo, que la verdadera explicación de la relación de dominio y, por consiguiente, de las facultades modificatorias unilaterales empresariales del artículo 41 LET, así como del conflicto y de los contrapuestos intereses de las partes del contrato de trabajo, reside, de acuerdo con la lógica marxista, únicamente en el terreno económico, porque la relación de poder no es más que un epifenómeno de la propiedad⁴⁶⁵, lo que es tanto como decir que la relación de poder en la empresa deriva del derecho de propiedad del empresario sobre la misma, a través de

normativos como el laboral, derecho del consumo y de medio ambiente, lo que permite decir que “prácticamente la totalidad de las tareas que justifican la calificación del Estado como “social” otorgan títulos de intervención en la actividad económica de los particulares, si bien no parece que estas declaraciones hayan supuesto un “cambio radical de las reglas tradicionales del juego económico”. Véase, PAZ ARES y ALFARO AGUILA-REAL, cit., pg. 400.

⁴⁶² DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica...*, cit., pg. 157.

⁴⁶³ Señala DE JUAN ASENJO, cit., pg. 161, que su tesis está “próxima a la de algunos autores italianos que admiten toda clase de límites, programas y controles que afecten al desarrollo de la actividad empresarial pero dejando siempre a salvo la libertad de inversión”. Véase, para esta idea BALDASSARRE: “iniciativa económica privada”, cit., pg. 594. En la doctrina española esta tesis ha sido apadrinada por DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *Consideraciones sobre el modelo económico del Anteproyecto de Constitución*”, cit., pg. 101. Está claro, no obstante, que todas las limitaciones a la libertad de inversión no son inconstitucionales.

⁴⁶⁴ Igualmente PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, cit., pgs. 192 y 193. En el caso de que no dispusiera el empresario de ese “mínimo reducto” de libertad de organización ya no estaríamos en una empresa privada, sino pública. Véase, ARAGÓN: *Libertades...*, cit., pg. 32.

Aquí aparece el tema de la “autogestión” que parece incompatible con los principios del artículo 38 CE, una vez que se sobrepasa el límite del mandato del 129.2 CE (promoción “eficaz” de las formas de participación en la empresa) y la participación supera un punto en el que el empresario deja de iniciar, extinguir y organizar con libertad de criterio. En esta lógica, cfr. GARRIDO FALLA, F.: “Introducción”, en GARRIDO FALLA, dir., *El modelo económico en Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, 1.981, vol. I, pg. 63; ENTRENA CUESTA, R.: “El principio de libertad de empresa”, en GARRIDO FALLA, dir., *El modelo económico en Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, 1.981, vol. I, pg. 161. Señala DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica...*, cit., pg. 169, que “por encima de cierto umbral la limitación se convertiría en una expropiación del derecho”.

⁴⁶⁵ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit., pg. 28.

la oportuna constitucionalización de la libertad de empresa, dentro de la que está la libertad de organización de los medios que configuran y conforman la empresa y, por tanto, de la facultad de administración del contrato de trabajo⁴⁶⁶, de la que puede resultar la necesidad de su modificación, impuesta, si llega el caso, unilateralmente por el empresario por la vía de los artículos 40 y 41 LET principalmente, en cuanto que el poder directivo que se ejercita a través de estas potestades modificatorias muestra la “cohesión estructural entre contrato y organización”⁴⁶⁷, que contiene en sí la noción de subordinación⁴⁶⁸, que derivará, en penúltima instancia de la capacidad organizativa existente en la libertad empresarial.

Por eso, el contrato de trabajo, y a su través la relación de trabajo, desempeña un papel instrumental con respecto a la actividad económica que se materializa en el ejercicio de la libertad de empresa, que es la base del sistema, porque si el contrato de trabajo regula relaciones de mercado, debe permitir al empresario maniobrar estas relaciones con la necesaria amplitud y con igual capacidad de disposición que la que posee para ordenar el conjunto de los restantes elementos que se ponen en juego en la actividad productiva empresarial, puesto que de otro modo no podría organizar debidamente los factores productivos⁴⁶⁹.

Evidentemente, la razón última inspiradora de los principios que informan el ordenamiento constitucional es el mantenimiento de la relación socioeconómica existente, que son los que fundamentan la concesión exclusiva al empresario de la organización del proceso productivo en la empresa⁴⁷⁰, en lo que no es más que una

⁴⁶⁶ Para PERULLI “la dirección es un epifenómeno del contrato”. Véase “Potere direttivo, organizzazione, impresa”, cit., pg. 250.

⁴⁶⁷ Cfr. PERULLI, cit., pg. 251; REDENTI, E.: “variazioni sul tema del verbo comandare”, en RTDPC, 1.959, pg. 777 y ss.

⁴⁶⁸ PERULLI, cit., pg. 252. Igualmente, BARASSI, encuentra la noción de subordinación de modo explícito en el concepto de empresa. Véase BARASSI, L.: *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1.935, pg. 132.

⁴⁶⁹ Cfr. GALGANO: *L'imprenditore*, Bologna, cit., pg. 106; LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *Las modificaciones...*, cit., pgs. 87 y 88.

⁴⁷⁰ Como dice MAZZIOTTI: *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, cit., pg. 78, al igual que no deriva del contrato la organización de la actividad de la empresa en su conjunto, tampoco puede

derivación lógica de la defensa del derecho de propiedad empresarial y de los intereses perseguidos con su empresa. De este modo, estos principios informadores se compendian mediante el reconocimiento del principio de libre iniciativa económica, que lleva a cabo por el artículo 38 de la Constitución de 1.978⁴⁷¹. Por todo esto es claro que, desde la óptica de la economía de mercado y aún desde cualquier otro planteamiento económico, la organización de la empresa y, por tanto, de los factores productivos intervinientes en la misma, entre los que se encuentra la organización del trabajo, es una función cuyo ejercicio se reserva al empresario⁴⁷² como único modo de alcanzar los fines, tanto privados como públicos, para los que la empresa se constituye.

En este sentido, si la adecuada organización y desarrollo del proceso productivo, en la persecución de la eficiencia y racionalidad productiva, puede exigir la modificación de las condiciones de trabajo, es lógica la atribución al empresario, en base a la libertad de organización incluida en el principio de libertad de empresa, del poder de modificación unilateral de esas condiciones de trabajo, por cuanto la aplicación de las normas generales del derecho de contratos, como es el mutuo acuerdo para su modificación, podría suponer “una cierta mediatización por los trabajadores de los fines empresariales”⁴⁷³, que podrían poner en peligro el dato fundamental, la existencia de la libertad de iniciativa empresarial tal como entendemos se ha configurado⁴⁷⁴.

originarse en el mismo los poderes de organización del empresario.

⁴⁷¹ Cfr. en el mismo sentido, SPAGNUOLO VIGORITA, V.: *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1.959, pg. 66 y ss. Según Rivero, del principio de libertad de empresa deriva lo que se ha llamado un “derecho subjetivo de empresa”, vid. “Modificaciones de las condiciones de trabajo”, op. cit., pg. 147. GARCÍA PELAYO, M.: “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1.979, pg. 39 y ss.

⁴⁷² En un sistema económico que no fuese de economía de mercado la única diferencia estribaría en quién ocupa el papel del empresario, pero en absoluto en la necesidad de la potestad organizativa que debe atribuirse siempre a quién desempeñe la dirección de la empresa.

⁴⁷³ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit., pg. 88.

⁴⁷⁴ Pueden existir, como es natural, otros planteamientos. Lo que sucede es que nuestro análisis versa sobre la configuración de las reglas de juego de nuestro sistema jurídico-económico.

Consecuentemente, en función de este principio constitucional, el empresario puede decidir libremente qué, dónde, cómo, cuándo, cuánto, con qué tecnología va a producir y a quién va a contratar para ello y bajo qué concretas condiciones de trabajo; además, puede modificar esas condiciones unilateralmente, atendiendo únicamente al interés organizativo de la empresa, que es el protegido con carácter prioritario por el ordenamiento, puesto que sin esta potestad carecería de sentido la libre iniciativa económica, por cuanto la libertad de iniciativa empresarial conlleva necesariamente, como hemos señalado, el derecho del empresario a introducir modificaciones contractuales. Por otra parte, esto supone la existencia en la empresa de un ámbito de relaciones económico-organizativas sustraídas a todo control político y normativo, en cuanto que responden a la racionalidad objetiva de la búsqueda de la productividad, que es una pura relación matemática entre esfuerzos y energías empleadas en el proceso productivo y los resultados conseguidos, objetivable, por tanto, fácilmente. Naturalmente, nada impide que el ordenamiento establezca límites a esa libertad organizativa buscando su conciliación con “el derecho de los trabajadores a no soportar modificaciones abusivas y a ser compensados por los daños que las variaciones pudieran causarles”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”, REDT, núm. 38, 1.989, pg. 2 del artículo, pone de relieve que ésa es la actitud tradicional del Ordenamiento al ocuparse de la regulación de los diversos procedimientos de modificación de las condiciones de trabajo: atender a las exigencias organizativas de la empresa (definidas por el empresario) fijando límites al poder patronal, en garantía de los derechos de los trabajadores”.

6. LAS NECESIDADES ORGANIZATIVAS COMO EXIGENCIAS DE FACILITACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES

Llegados a este punto, es conveniente hacer alguna precisión acerca del significado del término *organización*, porque lo estamos usando en un doble sentido. El primero, como sinónimo de empresa. En esta acepción, cuando hablamos de organización en realidad estamos queriendo decir organización empresarial, que es, por otra parte, el sentido con que el término *organization* se usa en la literatura económica anglosajona que nos coloniza, o pretendíamos decir directamente empresa. La segunda de las acepciones se refiere a una de las formas de actuación de la función administrativa de la empresa⁴⁷⁶ : la organización de los recursos disponibles orientándolos debidamente a la consecución de los objetivos planteados. En el primer caso la organización, como expresión abreviada de organización empresarial se refiere al todo, mientras que la segunda acepción se refiere a la parte.

Ahora bien, en cualquier caso, nos remitamos al todo o a la parte, en lo que a la adecuada ordenación y modalización de los recursos humanos en la empresa se refiere, nos es indiferente el uso de una u otra acepción, puesto que en ambos casos estamos aludiendo a lo mismo: el interés de la empresa. La organización, entendida como empresa, tiene el mismo interés que la organización, como parte del sistema de administración de la empresa, en ordenar de la manera más eficiente y racional posible los recursos humanos disponibles en la organización empresarial. Ahora bien, como la definición más simple y gráfica de empresa es aquella que la califica como la *organización de medios humanos y materiales para un fin*, se puede decir que, si la empresa es un conjunto de recursos organizados para ejercer eficientemente la actividad productiva, lo que da carácter unitario a la empresa y le permite realizar su finalidad es

⁴⁷⁶ Véase DUBAS, J.y DUPIN de SAINT-CYR, J. : *Organización de los servicios administrativos*, Deusto, Bilbao, 1.978, pg 20-22. A este respecto, FAYOL distingue, dentro de la función de administrar, las siguientes tareas: prever, organizar, mandar, coordinar y controlAr En una aplicación literal de su teoría el concepto que usamos de organización coincide con su función administrativa, que a su vez se equipara a la función directiva, puesto que gobierna la actividad de las otras funciones de la empresa.

la organización⁴⁷⁷. Por eso, también podemos decir que la empresa se presenta como el modelo organizativo típico⁴⁷⁸.

Ahora bien, si partimos de que existe una organización cuando hay “dos o mas personas que colaboran dentro de unos límites definidos para alcanzar una meta común”⁴⁷⁹, habremos de llegar a la conclusión de que las organizaciones están compuestas por personas, entre las que se subdivide el trabajo para perseguir de manera compartida los objetivos de esa organización⁴⁸⁰. En este sentido se pueden definir las organizaciones como “sistemas humanos de cooperación y coordinación integrados dentro de límites definidos con el fin de alcanzar metas compartidas”⁴⁸¹. Nos hemos referido a la organización como *sistemas* y el uso de este término nos enfrenta a la teoría sistémica de las organizaciones⁴⁸², que supone que la organización está formada por partes que interaccionan sinérgicamente entre sí para el logro de los objetivos de esa organización, entendida como un todo, en el que sólo se podrán lograr las metas prefijadas si se

⁴⁷⁷ La organización científica del trabajo es “el arte y la ciencia de utilizar y coordinar a los hombres, equipos y material para conseguir la cantidad y calidad deseadas en la producción, en un tiempo determinado y con un mínimo coste”. Cfr. PICÓ AMADOR, M.: *Organización empresarial, económica y administrativa*, Picó, Bilbao, 1.976, pg. 31.

⁴⁷⁸ Cfr. GUARINO, G.: “L’impresa come modello organizzativo tipico”, en G.Comm., pg. 296, cit. en PERULLI, A.: “Potere direttivo, organizzazione, impresa”, cit., pg. 286.

⁴⁷⁹ Cfr. HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Teoría de la organización. Un enfoque estratégico*, 5ª ed. Prentice Hall Iberica, Madrid, 1.998, pg. 11. Pero estos grupos que conforman la organización “no son grupos aleatorios de personas”(pg. 41), sino que deben estar coordinados y adecuadamente orientados. Sobre los tipos de metas, diferenciando entre oficiales, operativas y específicas, pgs. 51 a 63. Para una definición clásica de organización, véase CAUDE, R.: *Organización general y estructura de la empresa*, Deusto, Bilbao, 1.978, pg. 120, donde se califica de “combinación armoniosa del conjunto de medios necesarios para el funcionamiento de una empresa, a fin de obtener el mejor rendimiento de los capitales, de los materiales y del personal, con el mínimo precio de coste y el máximo de satisfacción para las personas ligadas a la empresa”.

⁴⁸⁰ HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Ibidem*, pg. 13. La subdivisión de tareas ha de hacerse teniendo en cuenta tanto los conocimientos y habilidades específicas de los trabajadores como las necesidades concretas de la organización concreta en que se presta el trabajo. Precisamente esta subdivisión de tareas es una de los pilares del taylorismo. Cfr. TAYLOR, F. W.: *Los principios de la dirección científica*, cit.

⁴⁸¹ HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Ibidem*, pg. 13. Muy cercana la definición de empresa que da CAUDE, R., cit, pg. 17: “conjunto de actividades humanas colectivas organizadas, con el fin de producir bienes o prestar servicios”.

⁴⁸² La teoría de sistemas se centra en la estructura y relaciones de interdependencia entre las partes de la organización. Véase MINTZBERG, H.: *The structuring of Organizations*, Englewoods Cliffs, N.J; Prentice Hall, 1.997; HALL, R.: *Organizations: Structures, Processes, and Outcomes*, Englewoods Cliffs, N.J; Prentice Hall, 1.991.

coordinan, adecuadamente, los diferentes subsistemas conformadores del sistema⁴⁸³. Como se ve, la organización gira alrededor de la consecución de los objetivos o metas que ella misma se ha planteado. Ahora bien, cualquier organización, entendida como un sistema abierto⁴⁸⁴, necesita interrelacionarse, puesto que depende del entorno para la obtención de la energía que la haga vivir, que la mueva, y esta energía se ofrece en forma de recursos físicos, humanos y financieros, que mediante el debido *procesamiento* darán lugar a los productos o servicios ofrecidos por la empresa.

En este esquema sistémico, el subsistema directivo tiene la responsabilidad de que todos los subsistemas funcionen conjunta y adecuadamente. En este sentido, la dirección debe seleccionar estructuras y criterios organizativos que permitan responder con eficacia a los factores de contingencia⁴⁸⁵ a que tengan que enfrentarse, entre las que están tanto las metas organizativas como el ambiente externo, la tecnología, el tamaño de la organización y la cultura empresarial. Por tanto, la dirección debe intentar maximizar la adecuación entre la estructura escogida y el contexto en el que se desenvuelve la organización⁴⁸⁶.

Ese contexto es el que va a exigir a la organización una constante adaptación para la supervivencia⁴⁸⁷, en primera instancia, y para la eficaz consecución de sus objetivos

⁴⁸³ Cuando se logra esta coordinación se dice que hay una adecuada sinergia, un efecto interactivo de las partes del sistema, que provoca que “la suma de la interacción de las partes componentes de la organización es mayor que el efecto de las partes por separado”.Cfr. HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Teoría de la organización...*, cit., pg. 14.

⁴⁸⁴ Un sistema cerrado es aquel que no recibe energías ni recursos externos y, por tanto, no necesita interrelacionar con el entorno. Por definición las organizaciones ni son ni pueden ser sistemas cerrados.

⁴⁸⁵ El término contingencia significa que una cosa depende de otra, que puede suceder o no. El enfoque de contingencia afirma que no existe una manera única de organizar y estructurar una empresa. En este sentido, la estructura más adecuada vendrá condicionada por el contexto en el que la organización opere(*Ib.* pg 17).

⁴⁸⁶ Sobre esa cuestión puede verse, p.e., BURNS, T. y STALKER, G.M.: *The Management of Innovation*, Tavistock, London, 1.961; WOODWARD, J.: *Management and Tecnology*, H.M.S.O., London, 1.958; LAWRENCE P.R. y LORSCH, J.W.: *Organization and Environment: Managing Differentiation and Integration*, Harvard University, Boston, 1.967; TUSHMAN, M.L. y NADLER D.: “Information Processing as an Integrating Concept in Organization Design”, *Academy of Management Review*, núm. 3, 1.978, pgs. 613-624.

siempre. En definitiva, para lograr una adecuada eficacia organizacional⁴⁸⁸, que será consecuencia de la planificación y realización eficaz del uso de los *inputs* productivos, entre los que figura como factor clave el uso eficiente y adecuado a los fines de la organización de los recursos humanos, especialmente en los entornos complejos y cambiantes como el actual, que imponen exigencias múltiples y contradictorias entre sí y que demandan flexibilidad y adaptabilidad.

Esta flexibilidad y adaptabilidad de la mano de obra se manifiesta en la posibilidad de usar más o menos recursos, entendiéndose más o menos trabajadores, en los puestos y condiciones concretos que una adecuada organización exige y no en otros, con lo que un modelo organizativo *racional-económico* tomará las decisiones en la búsqueda de la maximización de la utilidad proporcionada por el recurso, en este caso, el desempeño de determinadas funciones por los trabajadores.

Sin embargo, este modelo de racionalidad perfecta no es viable siempre, porque la organización debe hacer frente a limitaciones, como son las que derivan tanto del exterior: limitaciones legales, del mercado de trabajo, etc., como del propio interior de la organización, entre los que están, en primer lugar y de modo consciente la búsqueda de un equilibrio entre la eficacia económica y la satisfacción de los miembros de la organización o de la sociedad, así como los intereses concretos de algunos componentes

⁴⁸⁷ En este sentido se puede recordar que organizar es “dar la disposición que hace a las sustancias aptas para vivir”, en una definición de carácter biológico pero muy comprensiva del papel que representa en la empresa, porque “la organización es, por lo tanto, lo propio de la vida misma”, de manera que, “sin organización, sin adaptación de medios a unos fines particulares, no hay existencia, no hay funcionamiento posible”. Véase CAUDE, R.: *Organización general y estructura de la empresa*, cit., pg. 120.

⁴⁸⁸ El término eficacia es confuso en sí mismo. Las organizaciones pueden ser eficaces en muchos sentidos. Por tanto, podemos verla desde el punto de vista de la eficacia interna y de las relaciones humanas. En el aspecto de eficacia interna, la eficiencia se relaciona con la perspectiva taylorista de los estudios de métodos y tiempos de trabajo y mide el uso eficiente de los recursos (Esta perspectiva en HALL, R.H.: *Organizations: Structures, Processes, and Outcomes*, cit.). En cambio, desde la perspectiva de las relaciones humanas la organización eficaz “se caracteriza por flujos de información adecuados tanto horizontal como verticalmente, una ausencia casi total de conflicto y la presencia de confianza y equidad. Es decir, una empresa eficaz es aquella en la que los empleados son felices y están satisfechos”(CAMERON K.S.: “The effectiveness of Ineffectiveness”, en BARRY M.S. y CUMMINGS L.L. (eds.), *Research in Organizational Behavior*, Greenwich, Conn.: JAI Press, 1.984, pgs. 235-286). Cualquiera de estas perspectivas por sí sola nos da una visión parcial, por lo que el único criterio válido para medir la eficacia de la organización consistirá en medir el grado de consecución de los objetivos y metas propuestos desde la doble e interrelacionada perspectiva de la eficiencia interna y de las relaciones humanas.

de la misma, deficiencias de información, incertidumbres, deficiencias cognitivas, etc.. Por esto, toda organización que busca la eficacia funcionará en la práctica, a pesar de que la empresa debiera ser un paradigma de racionalidad perfecta a la manera maxweberiana⁴⁸⁹, bajo el criterio de la *racionalidad limitada*, en el intento de actuar de una manera lógica y racional, pero con una racionalidad atenuada por esas limitaciones, con lo que, en lugar de la maximización del beneficio, los resultados de la organización serán simple y suficientemente satisfactorios⁴⁹⁰. En este sentido, el beneficio de referencia, en este funcionamiento mas o menos racional de la organización, no tiene por qué entenderse como beneficio monetario, que lo es indudablemente desde una óptica capitalista, sino que tiene también el mismo carácter la prestación de un servicio por una Administración Pública.

En cualquier caso, cuando se hable de mayor o menor eficacia organizativa, lo será con referencia a los objetivos propuestos, sean estos los que quieran ser. Porque la lógica organizativa sirve a cualquier tipo de organización. Así, esta racionalización, que podemos calificar como *técnica*, de la organización⁴⁹¹ y de sus intereses incluye como una estricta necesidad técnico-organizativa, consustancial a la idea de organización, y por tanto a la idea de empresa, el que unos dirijan y otros sigan esas directrices, que unos manden y otros obedezcan, como condición básica al funcionamiento de la empresa, de la que se deriva la estructura jerárquica de la organización⁴⁹² y, por tanto, el

⁴⁸⁹ La teoría de las organizaciones de MAX WEBER ha sido una de las mas importantes contribuciones a este campo. Para él “el rasgo esencial del capitalismo moderno es la organización racional del trabajo, a través de un sistema de organización del trabajo orientado hacia la eficacia”, en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estudio preliminar” a la obra *Sociología del Derecho* de MAX WEBER, Comares, Granada, 2.001, pg. LXXIV y ss. Véase WEBER, M.: *Historia económica general*”, FCE, México, 1.964. pgs. 265-266 y 298-299, y *Economía y sociedad*, cit. Sobre su influencia en las teorías organizativas americanas, véase DAVIS, K. y NEWSTROM, J.W.: *Human Behavior at Work*, McGraw-Hill, New York, 1.985. Igualmente, SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo*, cit., pone de relieve la importancia constitutiva de la organización racional del trabajo en la lógica de la empresa capitalista.

⁴⁹⁰ HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Teoría de la organización...*”, cit., pg. 296.

⁴⁹¹ Señala ROMAGNOLI que no puede mantenerse la “neutralidad del componente técnico de la organización del trabajo”. No existe una racionalidad técnica independiente de la racionalidad económica. Aquella es determinada por ésta, y ésta responderá a precisos intereses de grupos dominantes, o bien a un juicio de valor elaborado por la cultura dominante”. Cfr. “Sviluppi recenti nella contrattazione collettiva aziendale: I delegati”, en Riv. Trim. Dir. e proc. Civ., 1.970, pgs. 515 y ss.

⁴⁹² La jerarquización organizativa en el sistema taylorista es imprescindible. Sin embargo, esta jerarquización se ha visto bastante atenuada en los mas novedosos sistemas organizativos como los

poder directivo de variación que será ejercitado cuando a juicio de la dirección sea procedente.

En este sentido, la estructura jerárquica de la organización, aún reducida a la cuasi-horizontalidad, responde a la necesidades organizativas y, por tanto, del desarrollo de las fuerzas productivas⁴⁹³, sin olvidar que es cuestión diferente el origen de ese poder, como ya se ha visto. Esta concepción de la organización parte de la racionalización de un poder que preexiste independientemente de la misma, lo que es cierto, porque hablar de que la organización debe ser dirigida a su objetivo y que eso implica unas necesidades y unos requerimientos, no significa que estemos diciendo que el poder directivo deriva de la organización. Al contrario, quién organiza lo hace porque detenta un poder que le permite hacerlo, que deriva del derecho de propiedad y de la libertad de empresa consagradas constitucionalmente hoy y aquí y que se manifiesta en la relación de subordinación que une al trabajador con su empleador, que forma parte de la estructura contractual en cuanto el contrato de trabajo juridifica la relación de poder subyacente.

Todo lo referido hasta ahora es aplicable a cualquier tipo de organización, sea pública o privada, con o sin ánimo de lucro, porque toda organización debe usar del modo más eficaz posible los recursos de que dispone, cualquiera que sean sus metas, aunque, en relación a sus objetivos, su lógica interna de funcionamiento estará mas cerca de la racionalidad económica o de una racionalidad limitada o, en caso extremo, lindando ya con la irracionalidad, como puede pensarse que sucede con algunas situaciones en que no parece existir racionalidad alguna que relacione eficazmente los recursos puestos en juego con los objetivos alcanzados o a alcanzar. Pero incluso en estos casos, la organización dispone de unos criterios, aunque puedan calificarse de caóticos desde la perspectiva de la racionalidad económica, y de un sistema de toma de decisiones que

circulos de calidad, en que se diluye pero sin dejar de existir. Sobre los circulos de calidad pueden verse, p.e., ROBSON, M.: *Círculos de calidad en acción*, Ventura, México, 1.992; KARATSU, H.: CTC: *La sabiduría japonesa*, Gestión 2000, 1.992, e ISHIKAWA, K.: *¿Qué es el control total de calidad? La modalidad japonesa*, Norma, 1.994.

⁴⁹³ Sobre estas ideas, ROMAGNOLI: "Autoridad y democracia", cit., pg. 196.

trata de organizar lo mas adecuadamente los recursos disponibles para conseguir sus metas.

Esto hace que podamos hablar de la lógica de la organización exactamente desde esta misma perspectiva, incluso cuando nos refiramos a la organización del trabajo en los sistemas socialistas⁴⁹⁴ o de algunas administraciones públicas, si bien es claro que la organización del trabajo puede ser entendida como un reflejo de la realidad socio-económica subyacente a la organización. El modelo organizativo debe proveer al empresario de los mecanismos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos, por lo que la organización del trabajo supeditará los intereses de los trabajadores a la finalidad de la organización empresarial⁴⁹⁵, como algo impuesto por el propio sistema⁴⁹⁶. Pues bien, en este entorno y teniendo a la vista que el objetivo de cualquier organización es seguir existiendo como tal y en el caso de las empresas, una vez que han logrado sobrevivir en el mercado, todo se supedita a un uso eficiente de los factores implicados en la misma, tratando de conseguir de modo satisfactorio sus objetivos.

⁴⁹⁴ Los sistemas de trabajo y organizativos del socialismo estalinista llevaron al extremo, en la búsqueda de la racionalidad productiva, los principios de división del trabajo y de la lógica del despotismo de fábrica. En realidad nada cambió con respecto a los sistemas capitalistas de organización, salvo que el propietario no era el accionista, sino el pueblo organizado que caminaba hacia el socialismo. A este respecto, objeta ROMAGNOLI, obviamente contrario, que el modelo estaliniano de relaciones de producción y de trabajo no es el único modelo socialista posible. Cfr. "Autoridad y democracia...", cit., pg. 196.

⁴⁹⁵ Señala LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 42, que de este modo "se condiciona el proceso productivo o su organización no a los valores de la persona, sino a las reglas impuestas por la competencia del mercado (...) este último condicionamiento es el que ha originado históricamente que el empresario capitalista se vea abocado a supeditar cualquier interés del trabajador a las necesidades de la producción".

⁴⁹⁶ Cfr. GALGANO, F.: *L'Institución dell'economía capitalística*, Zanichelli, Bologna, 1.976, pg. 157: "A nivel de la unidad productiva concreta la lógica económica es fatalmente la lógica de la necesidad, y oponerles una lógica distinta significaría atentar contra la productividad de la empresa. Igualmente, CHIAROMONTE, F.: "Impresa, sistemi organizzativi e divisione del lavoro", en *Quaderni di Rassegna Sindacale*, núm. 64/65, 1.977, pg. 64, resalta que "en la actual situación de concurrencia oligopolística, los objetivos del desarrollo y de la supervivencia económica imponen a las empresas capitalistas una relación (no determinística, pero bastante estricta) entre estrategia, estructura y organización del trabajo (...) En un cuadro de recíproco condicionamiento, la elección de una determinada estrategia vincula la de los instrumentos organizativos adoptados para perseguirla".

Sobre este sustrato de racionalidad organizativa, si se quiere *tecnocrática*⁴⁹⁷ va a superponerse otra cuestión, ya enunciada someramente, como es la pregunta acerca de cuáles son los intereses que van a entrar en el juego productivo, para desde allí condicionar la fijación de metas y objetivos de la organización de la empresa, porque en función de la respuesta que nos demos estaremos mas o menos cerca del criterio liberal-capitalista de la maximización del beneficio por encima de cualquier otra consideración. Y la importancia de la respuesta reside en que los intereses preponderantes en la relación de producción serán los que el legislador juridifique, con las consiguientes repercusiones sobre la vida de los implicados. En este contexto en que se juridifica el poder directivo, para ordenar adecuadamente los factores intervinientes en la producción, es donde surge el instituto jurídico de la modificación unilateral, dentro de ese poder directivo y de esa juridificación de determinadas facultades empresariales.

Esta explicación sociológica⁴⁹⁸ de la facultad modificativa empresarial es, a la vez, la fundamentación jurídica de su existencia. Porque el fundamento jurídico del artículo 41 LET que regula el ejercicio de esa facultad, radica en la elección que el legislador ha llevado a cabo seleccionando cuál de los intereses puestos en juego en la relación de trabajo va a ser protegido sobre los demás, en este caso la elección es proteger los intereses de la organización de la empresa, que pasan a ser juridificados mediante lo dispuesto en el artículo 41 LET, esencialmente, pero también en el 39.5 y en el 40.

Sobre esta dialéctica de intereses que se pueden ver afectados por las exigencias organizativas, es claro que las necesidades de la organización son las que justifican la aparición del instituto modificativo. Así, no pueden ser plenamente entendidos, ni el contrato de trabajo en general, ni las modificaciones unilaterales en particular, sino se

⁴⁹⁷ En contra de esta perspectiva tecnocrática se muestran ROMAGNOLI, “Tecnocracia e Diritto del Lavoro”, Pol. Dir., 1.970. Igualmente LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 80-83, critica la “presunta científicidad u objetividad y neutralidad de las exigencias organizativas, cuyos efectos se consideran comunes al capital y al trabajo”, rechazando la idea de que “el interés general no será ya elaborado en las cabezas de los empresarios propietarios, más o menos paternalistas, sino en el cerebro de tecnócratas competentes desligados de todo interés particular”.

⁴⁹⁸ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 122, señala al respecto que “no hay por qué rehuir el utilizar como fundamentación jurídica lo que es también explicación sociológica de la existencia del *ius variandi*”.

ponen en relación con la empresa como lugar geográfico, sociológico e incluso jurídico, en cuyo interior se mueven la inmensa mayoría de las relaciones laborales⁴⁹⁹.

Porque desde el momento en que hemos reconocido la existencia de unas determinadas relaciones económicas de producción y constatado la existencia de empresas, con independencia de su tamaño, es obvio que éstas, como organizaciones que son, necesitan para su funcionamiento una adecuada ordenación de los factores necesarios a la producción, que se llevará a cabo mediante el poder de dirección y las facultades que lo conforman, entre las que está la facultad modificativa unilateral del artículo 41 LET. Esta facultad de adecuación permitirá que la organización adapte los factores implicados en la producción, entre los que está el factor trabajo, a los cambios que el tiempo, la evolución tecnológica y el mercado van exigiendo. En lo que respecta a la adecuación de la fuerza de trabajo, ésta se lleva a cabo a través del contrato de trabajo, tanto en su nacimiento, con la determinación de la prestación objeto de la obligación de trabajo, como durante la vida del contrato, ordenando y determinando su desarrollo mediante la especificación continua del modo de llevar a cabo la prestación. Así, como un instrumento más para concreción de la prestación durante la vida del contrato de trabajo, aparece la facultad modificativa unilateral que permite al empresario modalizar la prestación que prefiere recibir como acreedor laboral.

En este sentido, como ya habíamos señalado, la facultad modificativa unilateral del empresario extralimita las funciones cambiarias del contrato de trabajo, puesto que, abandonando los cauces civiles de la modificación acordada entre las partes, son las necesidades de la organización las que nos explican quién modifica, por qué y bajo que criterios. De este modo, el contrato de trabajo da origen, aunque más propiamente hay que decir que juridifica, a la relación de poder “a partir de la cual el cambio se va produciendo y consumando”⁵⁰⁰, porque el contrato, como instrumento de la actividad de

⁴⁹⁹ Véase ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del trabajo*, Edersa, Madrid, 1.981, pgs. 48-51 y 70-73.

⁵⁰⁰ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 43. De aquí que, como afirma TREU, “el tema de la organización del trabajo remite a toda la regulación del contrato (y de la relación) individual de trabajo, como instrumento típico de la organización del trabajo en la empresa”, cfr. “Statuto dei laboratori e organizzazione del lavoro”, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile, 1.972, pg. 1.027. En este

la empresa, debe adaptarse en su regulación a la satisfacción de las necesidades técnicas, organizativas y productivas empresariales⁵⁰¹, hasta el punto de que ni el contrato de trabajo ni las modificaciones que unilateralmente puede llevar a cabo el empresario sobre él, pueden entenderse sin el entendimiento de su relación con la empresa en cuyo interior se desarrolla la relación⁵⁰².

Esto supone una subordinación del mecanismo jurídico, a cuyo través se presta el trabajo, a las exigencias derivadas de la estructura organizativa en la que el trabajador se integra, precisamente mediante ese contrato, lo que implica realmente una subordinación del contrato al interés de la organización de la empresa⁵⁰³. Este es el tipo de contrato que se desprende del artículo 1.1 del Estatuto cuando se está refiriendo a la prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, el empleador o empresario.

Como sabemos, el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que necesita una especificación continua y, además, es todavía un contrato del que se desprende una obligación de medios, no de resultados, por lo que no se puede imponer como obligación directa del trabajador conseguir el interés perseguido por la organización productiva concertando el contrato⁵⁰⁴. De esta manera, la facultad modificativa

mismo sentido, PERSIANI: *Contrato di lavoro e organizzazione*, cit., pgs. 43 y 45, afirma que “el ordenamiento asigna al contrato de trabajo la función de determinar la organización del trabajo”. En un sentido crítico, MAZZONI: *L'azione sindacale e lo Statuto dei Lavoratori*, cit., pg. 314.

⁵⁰¹ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pgs. 122 y 123.

⁵⁰² Cfr. ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del trabajo*, cit., pgs. 48-51 y 70-73.

⁵⁰³ GIUGNI : *Mansioni e Qualifica...*, cit., pg. 273, señala que “las modificaciones unilaterales tienen la finalidad de adecuar la prestación a las exigencias sobrevenidas en el curso del desarrollo de la prestación, que haya modificado la valoración de las ventajas acerca de la utilidad de aquella en su configuración originaria”. Contrariamente, CASTINEIRA FERNÁNDEZ, J.: “La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los trabajadores”, en RPS, núm. 121/1.979, pgs. 127-128, dice que “el derecho constitucional a la promoción a través del trabajo exige no sólo que se tengan en cuenta las consecuencias que para el patrimonio profesional del trabajador puede suponer un trabajo de inferior categoría, sino que prevalezca esta protección sobre los intereses técnico-organizativos de la empresa”.

⁵⁰⁴ Si se impone en determinados contratos cuya permanencia se condiciona expresamente a la consecución de unas metas cifradas en volumen de ventas o de fabricación, determinado nivel de beneficios, disminución de costes, etc. En estos casos, es obvio que se está imponiendo una obligación de resultado no de medios. Algo muy similar sucede cuando se condiciona la percepción de un porcentaje

unilateral cumple una labor sustitutiva de esa hipotética obligación de resultado, que se materializaría en el logro de los objetivos empresariales, modalizando la prestación al servicio de las necesidades organizativas mas allá del estricto campo de especificación derivado de la facultad directiva⁵⁰⁵, cuando esté limitada por las condiciones pactadas o por la determinación del objeto de la prestación.

En cualquier caso, las decisiones organizativas que impliquen cambios o innovaciones en la ordenación de los recursos humanos han de ser factibles en el plano de la ejecución del contrato, lo que supone y exige una interrelación y una mutua influencia entre los planos organizativo y de la ejecución contractual, porque la modalización de la relación laboral por la organización repercute en todo su contenido, especialmente en la concreta determinación de las funciones a desempeñar en el seno de la organización productiva⁵⁰⁶.

De esta manera, reconocida la necesidad organizativa, creado el instrumento contractual adecuado, así como juridificada la preponderancia del interés de la empresa por la vía, entre otras, de la creación de un instrumento jurídico novatorio que permita materializar ese interés preponderante, la facultad de modificación sustancial del contrato que puede ejercer de modo unilateral el empresario, se le imponen también una serie de límites para que el ejercicio de esa facultad no se convierta en pura arbitrariedad. Por eso, se somete esta facultad empresarial, extraordinaria desde el punto de vista contractual, a la necesaria concurrencia de unos requisitos causales y a la demostración de una relación de causalidad entre la modificación y la mejora de la situación de la empresa, que actúan como límites evidentes, al menos en el texto legal, y cuyo papel verdadero en la praxis judicial del instituto modificativo de las condiciones sustanciales analizaremos

del veinte, treinta o a veces más del salario al logro de los objetivos de la organización, ya sean de la sección o globales, como medio para identificar completamente los intereses del trabajador con los de la organización empresarial. En el primer caso estaríamos ante una condición resolutive, mientras que el segundo nos emplaza ante una idea comunitaria, asociativa, de la empresa.

⁵⁰⁵ Entendida ésta en el estricto sentido técnico-jurídico al que nos referiremos en el próximo capítulo.

⁵⁰⁶ Véase RODRÍGUEZ PIÑERO: “La movilidad del trabajador dentro de la empresa”, DL, núm. 9, 1.984, pg. 15.

posteriormente⁵⁰⁷. En este sentido, una vez más, la legalización e institucionalización de un derecho o de un poder, como en este caso, es el instrumento que permite su ejercicio, pero encuadrándolo en unas determinadas coordenadas, con lo que, en realidad, también lo limita⁵⁰⁸.

De todo este razonamiento es fácil y lógico concluir que la razón inmediata que justifica la facultad de modificación unilateral de las condiciones del contrato de trabajo, reside en las necesidades de la organización productiva para obtener la máxima eficacia posible del factor trabajo, porque, como es obviamente conocido, es un hecho básico de la vida organizativa, y de la vida en general, que las cosas y las circunstancias cambian⁵⁰⁹. Y los cambios se materializan en la aparición de rigideces en la adecuación de la prestación, provocadas por variaciones en la propia organización, por ejemplo una reestructuración o, incluso, una simple mejora organizativa, que provocan la inutilidad de la prestación tal y como estaba siendo ejecutada, lo que puede abocar, descartando la solución extintiva que no contemplamos en este trabajo, a la modificación de la prestación misma, al tiempo y modo en que se presta e incluso al lugar de la prestación. En cualquier caso, la única posibilidad de conservar la relación es modificarla, para que sea útil a la organización empresarial en la que se desarrolla, dentro de los límites legales y/o convencionales establecidos, para no llegar a una completa indeterminación de la prestación, a la vez que se salvaguarda también el derecho de la organización, reconocido constitucionalmente mediante el derecho de libertad de empresa, a una ordenación eficaz de los recursos de que dispone, así como el derecho del trabajador afectado, si la modificación se lleva a cabo con sometimiento a los límites legales y convencionales.

⁵⁰⁷ Sobre esta cuestión véase lo dicho *infra*.

⁵⁰⁸ En esta línea, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pg. 123.

⁵⁰⁹ Véase GARCIA, S.: “Prologo”, pg. XVII, en HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Teoría de la organización*, cit.

7. RECONDUCCIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DEL FENÓMENO MODIFICATIVO

7.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA DECISIÓN MODIFICATIVA

Del contrato de trabajo se predica que tiene una naturaleza de tracto sucesivo⁵¹⁰, en cuanto que el contenido contractual concertado se desenvuelve en el tiempo, en cuyo transcurso las cosas, las realidades, el medio y la percepción que se tiene de ellas cambian y con ellas el interés común que las partes tienen en el mismo. Por otra parte, las necesidades organizativas de la empresa exigen adecuar las prestaciones de trabajo a las realidades y percepciones empresariales en la búsqueda de la eficiencia económica. De la conjunción de ambos factores aparece la necesidad de modificación del modo de llevar a cabo la prestación contractual y, en su caso, de la misma prestación, provocando lo que se conoce como vicisitud de la relación obligatoria⁵¹¹.

Esta modificación contractual puede llevarse a cabo mediante la voluntad conjunta de las partes, acuerdo novatorio, o mediante la voluntad unilateral de una de ellas, el empresario. En el caso de que la voluntad unilateral sea la del trabajador no estamos realmente ante una modificación unilateral, sino ante una iniciativa del trabajador que propone al empresario la conveniencia o su interés en la modificación y se procederá en ese caso a una modificación novatoria⁵¹²

⁵¹⁰ Por eso no es un requisito imprescindible la incorporación efectiva a la empresa, para proceder a una modificación contractual, sino que basta que la vinculación jurídica entre las partes tenga carácter continuado. Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, cit., pg. 17.

⁵¹¹ La idea de vicisitud, de origen doctrinal italiano, designa en un sentido amplio las diferentes fases del ciclo vital de una relación obligatoria (constitución, modificación y extinción), mientras que en un sentido más estricto señala el cambio o alteración, y sus consecuencias y efectos jurídicos, que una relación jurídica puede sufrir a lo largo de su vida. Existirá una vicisitud siempre que una modificación de la relación obligatoria altere alguno de los elementos estructurales o funcionales de la misma. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit. t. II, pg. 791; BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, cit., pg. 185; RESCIGNO, P.: *Studi sull'accollo*, Giuffrè, Milano, 1.958, pg. 13 y ss.

⁵¹² Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, pgs. 198-199; MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, , pg. 164; ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 539: "A lo sumo, cabe señalar como aceptable la petición de cambio de condiciones formuladas por el trabajador unilateralmente. Pero la mera solicitud de modificación no es la modificación misma", porque se trata de una facultad de proposición, impulsión o iniciativa, pero no de adopción de la medida.

Ahora bien, a pesar de las posibilidades de modificación contractual por la vía de la novación modificativa, ya sea a iniciativa conjunta o unilateral, del trabajador o del empresario, la forma normal de proceder a una modificación de las condiciones contractuales es por la vía del poder de dirección del empresario, ejercitando sus facultades de modificación unilateral. Excluimos, claro está, de nuestro estudio las modificaciones a que pueda dar lugar la aplicación de nuevos contenidos normativos y convencionales aplicables a la situación contractual⁵¹³, al igual que aquellos cambios subjetivos que pueden afectar a la relación, como es el cambio de empresario⁵¹⁴, por cuanto la modificación de la prestación y de su contenido a lo que hace relación no es a los sujetos, sino al carácter objetivo de la misma. En este sentido, se puede decir que nuestro ámbito de exposición se circunscribe únicamente a la modificación objetiva del contrato de trabajo, entendiendo por tal la que afecta a la prestación, por cambio, aumento o reducción de la misma, al contenido y a las circunstancias de lugar, tiempo y modo de esa prestación. De esta manera, existirá una modificación objetiva cuando, “permaneciendo en su sustancia la relación contractual, conservando la misma fuente y el mismo momento de nacimiento, su contenido varía en mayor o menor medida por cualidad o cantidad, por modalidad (tiempo o lugar) o por estado (actualidad o reposo)”⁵¹⁵.

Llegados a este punto parece necesario proceder a una delimitación de la idea de modificación, porque a la pregunta ¿qué es modificar? se puede responder en dos sentidos, uno amplio y otro más restringido. En sentido amplio es modificación “cualquier variación que pueda introducirse en la relación obligatoria que, de alguna

⁵¹³ Estos cambios se califican como “modificaciones heterónomas” o como “modificaciones legales”. Cfr. MAGNO, P.: *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1976, pg. 263, y CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 26.

⁵¹⁴ Véase sobre este tema, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, MTSS, Madrid, 1987; *Idem* : *La noción de empresa en el Derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, MTSS, Madrid, 1999.

⁵¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La movilidad del trabajador dentro de la empresa”, cit., pgs. 12, donde señala que “este enfoque tiene, sin embargo, el inconveniente de dar por sobreentendido que todo cambio en la prestación de trabajo puede ser considerado técnicamente como una modificación contractual, constituya ésta o no una novación objetiva, pero según veremos no todo cambio de trabajo origina una modificación o revisión del contrato”; Véase igualmente MAGNO, *ib.*, pg. 6; RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, cit., pg. 9 y ss..

manera, produzca una nueva configuración de la misma”⁵¹⁶, mientras que en un sentido más restringido será sólo “aquella que comporta la alteración de los elementos estructurales de la relación obligatoria mientras ésta todavía persista”. En este sentido, sólo hay modificación “cuando se opera una transformación en alguno de los elementos que permiten identificar a la obligación”⁵¹⁷.

Pero la modificación es algo más que el simple hecho de alterar la estructura de la obligación, porque designa también el efecto producido en la relación obligatoria en la que opera. Por eso, cuando hablamos de modificación hay que tener en cuenta que la expresión contiene en sí, implícitamente, dos conceptos, por cuanto modificar comporta una determinada actividad que utiliza un determinado medio, la alteración, y una determinada consecuencia jurídica en la relación obligatoria. De aquí que la modificación sea tanto el mecanismo que provoca esa nueva forma de la relación, como el resultado que se puede predicar respecto de ella, si bien jurídicamente la modificación no es sino un determinado medio o mecanismo⁵¹⁸. Así entendida, la modificación no es más que un instrumento técnico-jurídico del que las partes pueden valerse para fines muy dispares, sin que prejuzgue las consecuencias que puedan derivarse de su uso, que puede ser producir una novación contractual o sólo alterar la obligación, manteniéndola con el cambio introducido⁵¹⁹. Por eso, podemos decir que modificar es operar sobre los elementos que permiten identificar una relación obligatoria existente para crear una situación diferente de la anterior⁵²⁰.

⁵¹⁶ Cfr. GETE-ALONSO y CALERA, M.C.: “Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria”, en AA.VV. *Homenaje al profesor Juan Roca Roca*, Universidad de Murcia, Murcia, 1.989, pg. 308.

⁵¹⁷ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil*, t.I, cit., pg. 442.

⁵¹⁸ Véase, GETE-ALONSO y CALERA, M.C.: “Apuntes para...”, cit., pg. 309.

⁵¹⁹ En esta línea, señala BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones...*, II, cit., pg. 185, que “con la expresión “modificación” se designa una situación jurídica concerniente a los sujetos o al objeto, la cual sobreviene durante la vida de la relación jurídica, alternando la situación preexistente señalando una nueva fase en el desenvolvimiento de la obligación, o produciendo su extinción”.

⁵²⁰ GETE-ALONSO, *ibidem*, pg. 310

Como se ha dicho, la decisión modificativa objetiva, que de modo unilateral va a tomar el empresario, se hace en virtud del indiferenciado poder directivo que le confiere, entre otras, la facultad de tomar las medidas necesarias para la organización mas adecuada de los recursos disponibles en la organización productiva que es la empresa, a fin de que ésta se adapte a las exigencias del entorno en que se mueve y pueda alcanzar los objetivos propuestos en su relación de mercado.

Hasta ahora se ha hablado de poder directivo o poderes o facultades de dirección de una manera indiferenciada, pero se hace necesario precisar el sentido técnico-jurídico de estos conceptos para una interpretación unívoca de nuestras ideas. En primer lugar hay que decidir si el poder directivo puede ser considerado unitariamente, como un todo, o si está conformado por una diversidad de poderes. Si bien la respuesta doctrinal no es unidireccional, sino más bien dispersa y diferenciada por países⁵²¹, entre nosotros “parece poder detectarse una tendencia a abordar el problema desde un punto de vista más técnico-jurídico, de distinción según el régimen aplicable, fundamentalmente por los problemas surgidos a partir de un cierto momento, de diferenciación con el *ius variandi*”⁵²².

Ahora bien, como se ha señalado, la pluralidad de opciones se reduce a la elección entre un concepto amplio, omnicompreensivo de todas las facultades empresariales dentro del poder directivo y un concepto mas estricto de ese poder, que necesita ahora ser

⁵²¹ Por ejemplo, en Francia, se clasifican estos poderes en poder de dirección, reglamentario y disciplinario, al igual que los poderes políticos. Véase CAMERLYNK, G.H. y LYON-CAEN, G.: *Droit de Travail*, 11^{ème} édit., Dalloz, París, 1.982, pg. 625; CATALÁ, N.: *Droit du travail, l'entreprise*, Dalloz, 1.980, pgs. 185 y ss. ; DESPAX M. y PELISSIER, J. : *La gestión du personnel. Aspects juridiques. Les relations de travail dans l'entreprise*, Cujas, París, 1.974, pgs. 5, 17 y 127. En Italia, la doctrina de los sesenta diferencia un nivel organizativo de actuación empresarial y otro nivel desde el interior de la estructura y dogmática contractual. Véase, p.e., PERA, G.: *Diritto del Lavoro*, cit., pg. 575. Para él, el poder de dirección operaría en dos direcciones: la de impartir ordenes para la ejecución del trabajo, incluyendo las variaciones del *ius variandi*, al objeto de identificar la prestación, y las disposiciones de tipo disciplinario; LUCIFREDI, C.E.: *Evoluzione del potere direttivo nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1.977, pg. 37, distingue entre un poder de conformación general y un poder de dirección en sentido estricto, que también permite la variación de la prestación; GHEZI, C. y ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1.989, señalan que el poder de dirección se refiere a las funciones, tiempo y lugar de la prestación, separado del poder de control y disciplinario, sin los cuales no puede el acreedor satisfacer su interés.

⁵²² Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, cit., pg. 93.

deslindado cuidadosamente de los otros poderes a disposición del empresario, como son tanto los demás poderes modalizadores de la prestación de trabajo como aquellos otros mas diferenciados, como el de control y vigilancia o el disciplinario⁵²³.

La opción mas lógica parece ser la de considerar el poder de dirección de una manera amplia, como un todo, puesto que si bien hablamos de diferentes facultades del empresario no se puede considerarlas como compartimentos estancos, por cuanto todas se dirigen al mismo fin, optimizar el funcionamiento organizativo, y, consecuentemente, están interrelacionadas profundamente entre sí, al ser distintas perspectivas de un mismo objeto: la facultad directiva presente en cualquier estructura organizativa⁵²⁴. Además de esta razón, que podemos denominar técnico-organizativa, se puede aducir, en defensa de la tesis de la configuración unitaria de este poder, que el fundamento último de las facultades que lo conforman reside, como ya hemos señalado, en la libertad económica y de empresa⁵²⁵, porque en ellas reside la libertad de organizar los factores de producción, entre los que está el trabajo. De esta manera, con una comprensión global y unitaria del fenómeno, es como se pueden abordar los poderes empresariales en sus finalidades reales, que no son otras que servir y garantizar la eficiencia y productividad de la empresa y del sistema económico.

⁵²³ Esta disyuntiva es la que plantea CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pg. 20. Así, opera con un concepto de poder de dirección amplio, integrado de todas las facultades empresariales ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 9ª ed. Ariel, Barcelona, 1.985, pg. 528. Con un concepto amplio, pero ya sólo referido a la prestación de trabajo incluyendo el *ius variandi*, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pg. 139, y “Dirección de la actividad laboral. Art. 20 ET”, en *Comentarios a las leyes laborales*, dir. E. Borrajo Dacruz, t. V, Edersa, Madrid, 1.985, pgs. 133 y ss.

⁵²⁴ Cfr. PESSI, R.: “Il potere direttivo...”, cit., pg. 69: “Es posible mantener las diferencias entre el poder de dirección, el *ius variandi* o el poder disciplinario, pero que habida cuenta de cómo todos ellos modalizan e impregnan el trabajo debido, no puede descartarse la idea de que en conjunto conforman una gran definición de poder directivo”.

⁵²⁵ Véase MARTÍN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral...”, pgs. 142-143, donde afirma que “el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa es, probablemente, una buena oportunidad para una configuración unitaria del poder de dirección como haz o conjunto de facultades que definen la posición del empresario en las relaciones laborales. El poder de dirección resultaría así de la combinación de una serie de posibilidades de acción que se reconocen a las personas físicas o a las personas jurídicas, en vistas al desarrollo de iniciativas económicas o productivas (...) situado en un nivel de abstracción intermedio entre la declaración genérica de libertad de empresa y la multiplicidad de facultades directivas que forman la trama de la posición empresarial en las relaciones laborales en un determinado momento histórico”.

Es evidente que, una vez aceptado el planteamiento unitario, hace falta diferenciar, de entrada, el componente laboral del económico presente en esas facultades organizativas y, dentro del plano laboral, la diversidad de institutos jurídicos que la normativa aplicable le permite usar para llevar a buen puerto esa función que el sistema productivo encomienda a la organización de la empresa⁵²⁶. Es necesario, por tanto, la acotación jurídica de la mayor o menor amplitud que el régimen normativo aplicable concede a cada una de estas facultades, a fin de clarificar y resolver los problemas técnico-jurídicos que su ejercicio conlleva cuando opera sobre la realidad jurídica concreta. Porque nuestro ordenamiento, al igual que otros, dispone de mecanismos jurídicos a disposición de la empresa para la adaptación de la prestación de sus trabajadores a las exigencias organizativas y productivas, además de la necesidad de un mecanismo jurídico especificativo de la prestación, que se desprende también del carácter continuado de la obligación en el contrato de trabajo y que permite dirigirlo a la más eficaz concreción de la actividad laboral, en interrelación con la de los demás trabajadores de la organización, como es el poder directivo, con una denominación que se presta a equívocos, pero que es una facultad del poder de dirección diferente de las otras facultades de modalización de la prestación, como son el *ius variandi* o las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET.

Ahora bien, es claro que son las exigencias organizativas las que permiten, a través del correspondiente mecanismo jurídico, actuar sobre la prestación laboral mediante estas facultades o poderes modalizadores y especificadores, que pueden agruparse en dos apartados, como son el especificativo del trabajo pactado y el de variación de ese trabajo inicialmente pactado.

⁵²⁶ Al final, probablemente, el problema entre las opciones unitaria y diversificada del concepto de poder de dirección puede ser “tan sólo terminológico”, por cuanto que si se opta por la perspectiva unitaria nos vemos obligados después a matizar y acotar “lo que estrictamente constituye objeto específico de aquél por comparación con el resto”. Cfr. ROMAN DE LA TORRE, *El poder de dirección*, cit., pg. 94.

7.2. LAS FACULTADES DE ESPECIFICACIÓN DEL TRABAJO PACTADO: EL PODER DIRECTIVO EN SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO

El campo de la modalización y concreción del trabajo pactado inicialmente es lo que se denomina por la doctrina, en el más estricto sentido técnico-jurídico, poder de dirección, que tradicionalmente se incluía en el campo del *ius variandi* ordinario o normal⁵²⁷. En este sentido, el trabajo convenido es su ámbito de actuación. Dentro de él se puede mover de forma unilateral para hacer cuantos cambios se consideren necesarios, sin necesidad alguna de pedir la aquiescencia del trabajador ni someterse a requisito alguno, si bien la frontera hasta donde puede llegar está situada en la no sustancialidad del cambio provocado en la prestación del trabajador, porque nos movemos dentro del trabajo y de las condiciones pactadas en el contrato⁵²⁸; en este sentido es una manifestación de la autonomía técnica del empresario para la organización de la empresa⁵²⁹ y una exigencia del interés productivo tutelado por el contrato⁵³⁰. Por esto se puede decir que el poder directivo empresarial se fundamenta en el derecho subjetivo de libertad en la organización y dirección del trabajo, que si bien está garantizado constitucionalmente encuentra su límite en el contrato mismo⁵³¹, lo que

⁵²⁷ Como señala RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994”, REDT, núm. 67, 1.994, pg.11, esto responde a una “utilización indiscriminada de la expresión *ius variandi* para designar cualquier alteración de los límites de la prestación de trabajo, extendiéndola a las alteraciones no sólo de las condiciones laborales sino también a los cambios geográficos y de ordenación del tiempo de trabajo”; Igualmente, VINUESA ALADRO, A.: *La clasificación profesional*, MTSS, 1.978, pgs. 168-169 y bibliografía citada.

⁵²⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial”, RPS, núm. 103, 1.974, pg. 12. En este último sentido hace tiempo que se admite sin discusión que lo que anómalamente se había llegado a denominar como facultades *ordinarias* de variación, no eran sino expresión del normal ejercicio del poder de dirección, habilitado para la incorporación de esos cambios sin entidad relevante por no superar el límite marcado por el pacto.

⁵²⁹ Cfr. BARASSI, L.: *Tratado de Derecho del Trabajo*, Alfa, Buenos Aires, 1.953, T.II, pg. 411 y ss., para quién “el poder jerárquico del empresario se bifurca, en poder de dirección y poder disciplinario”, siendo una manifestación del primero el *ius variandi*, que está limitado por la calificación profesional que consta en el contrato.

⁵³⁰ Véase CABANELLAS, G.: *Tratado de derecho laboral*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.949, cit., t. II, pgs. 656-658: “el *ius variandi* coincide con el interés jurídico predominante que se tutela en el contrato laboral, interés que impone en ocasiones alterar en la ejecución del mismo las condiciones en que venía desarrollándose”.

⁵³¹ Cfr. LEGA. C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Giuffré, Milano, 1.956, pg 98. De esta

hace que este poder deba ser conceptualizado como producto de una potestad discrecional del empresario, por cuanto que es una manifestación del poder de organización del empresario, como representante de la entidad organizativa que es la empresa, y que ejercita de modo discrecional y de acuerdo a los principios de lealtad y buena fé contractuales dentro de los límites de la calificación profesional⁵³², que es tanto como decir dentro del ámbito del contrato⁵³³.

Como se ha dicho⁵³⁴, mediante el poder de dirección se especifica la prestación debida que ya se había determinado previamente en la concertación del contrato. En este sentido, la naturaleza del acto mediante el que se lleva a cabo la determinación contractual de la prestación es muy diferente al de la especificación del mismo por el empresario acreedor de la prestación, que se lleva a cabo mediante el poder directivo de conformación y modalización del contenido de esa prestación, ya convenida, a las necesidades reales de la organización productiva durante el desarrollo del contrato⁵³⁵. De ahí que la sujeción del trabajador al poder de especificación del objeto de la prestación sea consustancial al comportamiento debido.

Este poder de modalización y especificación de la prestación debida ni crea ni modifica obligaciones, sino que únicamente se limita a la individualización progresiva de ese

manera existirá, según este autor, una correspondencia entre el deber de obediencia del trabajador y el derecho de dar órdenes que ostenta el acreedor de trabajo.

⁵³² Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 204, donde afirma que el *ius variandi* es un producto de la potestad discrecional de organización del empresario, por lo que no cabe conceptualarlo como un poder extraordinario. Sobre la discrecionalidad de su uso, véase, pg. 204 y ss.

⁵³³ RIVERO LAMAS, *ib.*, pgs. 201 y 209, citando a R. NAPOLI (“Modalidades del *ius variandi* en el contrato de trabajo”, rev. Derecho del Trabajo, t. VIII pg. 212), señala que *ius variandi* es la “facultad de mudar, alterar y hasta suprimir por el empresario el trabajo de sus subordinados, y cuyo nacimiento u origen se debe a la jerarquía que otorgan el contrato y las leyes de trabajo al empresario para dirigir, coordinar y fiscalizar”, no pudiendo, sin embargo, equivaler el ejercicio del mismo al reconocimiento de un despido libre o sin causa”.

⁵³⁴ MARTÍN VALVERDE, A, *et al.*: *Derecho del Trabajo*, cit, pg. 536; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 24. Igualmente, PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro...*, cit., pgs. 181 y 195, entiende que la prestación debe quedar determinada en el contrato.

⁵³⁵ Cfr. GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica...*, cit., pg. 104; GHEZI, V. y ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro...*, cit., pg. 155; D’EUFEMIA,.: *Le situazione soggettive del lavoratore dipendente*, cit., pg. 69; PERULLI, A.: *Potere direttivo e impresa*, Giuffrè, Milán, 1.992, pg. 85.

comportamiento, puesto que, aunque la prestación objeto de la obligación se determinó al consensuar el contrato, lo que normalmente no se hace es individualizar y concretar una de entre las diferentes posibilidades, que es lo que se lleva a cabo ahora con esa especificación⁵³⁶ de entre el elenco de tareas que pueden exigírsele y que ya están previstas por las partes⁵³⁷. Esto sucede así porque la prestación de trabajo es una obligación de hacer y de tracto sucesivo que requiere, *in substancia*, una determinación amplia de las condiciones de trabajo.

Por otra parte, aunque la obligación de trabajo, en principio, parece una obligación genérica, necesitada de una posterior y definitiva determinación de la prestación que delimite la prestación concreta dentro del *genus* contratado, no se pueden descartar ciertas características propias de las obligaciones alternativas, entendidas como aquellas en las que la prestación debida consiste en una de las varias previstas al constituirse la relación obligatoria, de manera que la realización de cualquiera de las prestaciones supone el cumplimiento contractual⁵³⁸, por cuanto que la prestación laboral participa de las características de ambas⁵³⁹, toda vez que hay más o menos similitudes con una u otra de las teorías, según equiparemos la prestación laboral debida a una categoría profesional⁵⁴⁰, descriptiva de un conjunto de tareas, o que la equiparación se haga con respecto a un grupo profesional⁵⁴¹, en que hay varias categorías ordenadas

⁵³⁶ Véase PESSI, R.: *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1.989, pgs. 52 a 55.

⁵³⁷ Cfr. PERSIANI, M.: *Contrato di lavoro...*, cit., pg. 189.

⁵³⁸ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*: *Elementos de derecho civil...*, cit, vol. 1, pgs. 91 y 101.

⁵³⁹ Véase ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, cit., pgs. 106 Y 107, donde rechaza la aplicación de cualquiera de los dos sistemas puros al derecho laboral.

⁵⁴⁰ Otra definición más, deducible del artículo 39.1, es la que se deriva de la identificación de la categoría con la prestación laboral efectivamente desempeñada con el límite subjetivo de las titulaciones académicas o profesionales. Cfr. VINUESA ALADRÓ, A: *La clasificación profesional*, MTSS, 1.978, pg. 30 y ss.; ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, MTSS, 1.995, pgs. 172 a 182. ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador*, cit., pg. 94 y ss.

⁵⁴¹ El concepto de grupo profesional carece de una significado normativo unívoco, en cuanto que aparece como elemento configurador en el establecimiento del contenido de la prestación *ex* 22.5 LET; como criterio de clasificación profesional, artículo 22.1; y como límite al ejercicio de la movilidad funcional ordinaria en el art. 39 LET. Estas funcionalidades conducen a la definición del grupo como “aquel que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades

jerárquicamente. En el primer caso participará de la naturaleza de las obligaciones alternativas y en el segundo de las genéricas⁵⁴².

Pues bien, la facultad de especificación de la prestación por esta vía tiene un límite, antes nos hemos referido a las fronteras del contrato, que se sitúa, de acuerdo con el artículo 39.1 LET, en “la pertenencia al grupo profesional”, y que, en su defecto y de modo subsidiario, “a falta de definición de grupos profesionales”, se ubicará “entre categorías profesionales equivalentes”⁵⁴³, que entiendo deben considerarse como sistemas alternativos de clasificación⁵⁴⁴, porque no siempre son equivalentes todas las categorías ubicadas en un mismo grupo profesional. No obstante, sigue planteándose el problema de la delimitación del ámbito del poder de dirección con respecto a la movilidad funcional del artículo 39⁵⁴⁵. La duda se sitúa en si los supuestos del 39.1 y 39.3, movilidad funcional a categorías superiores o inferiores dentro del grupo profesional o de la equivalencia de categorías, con el único límite de las titulaciones

profesionales” (22.2 LET). Véase, para una perspectiva general, VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, CES, Madrid, 1.998, pg. 107 y ss.

⁵⁴² Véase VALLE MUÑOZ, *ib.*, pg. 159.

⁵⁴³ El concepto de categoría profesional equivalente, aunque apareció normativamente en la redacción del artículo 22.3 LET por la Ley 11/1994, ya había sido elaborado doctrinal y jurisprudencialmente, entendiéndose que existe cuando la aptitud necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación. Véase, por todos, VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, cit., pg. 90 y ss, donde sistematiza este concepto.

⁵⁴⁴ En el mismo sentido, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional y movilidad funcional”, en AA.VV. (dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1.994, cit., pg. 92, “entiende que en el régimen de la movilidad funcional, el grupo profesional y la categoría profesional equivalente son alternativos, como ocurre en el art. 22, evitándose así el juego acumulado de los conceptos de grupo y categorías que presidió la problemática interpretación jurídica de los anteriores arts. 39 y 23 sobre si el límite a la movilidad lo constituía el uno o la otra”. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Clasificación profesional y movilidad funcional”, en *Reforma de la legislación laboral*, Junta de Andalucía y Universidad de Sevilla, Sevilla, 1.997, pg. 51.

⁵⁴⁵ Como dice RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994”, cit., pg.12: “la polémica doctrinal en torno a la alternativa entre categoría-grupo profesional como ámbito del ejercicio de la movilidad funcional se puede obviar, no sólo a la vista de la nueva legislación sino atendiendo también a las dos líneas que se han decantado con carácter mayoritario en la doctrina y la jurisprudencia, y que se sitúan en un punto intermedio del debate originario. Estas posturas de síntesis no fueron fruto de un gratuito sincretismo sino de una exigente y responsable interpretación de los preceptos legales. Así, de una parte, se ha llegado a entender que “el límite de la movilidad funcional ascendente y horizontal es el grupo profesional y de la movilidad funcional descendente, la categoría profesional (salvo excepciones justificadas y temporales”. Igualmente VINUESA ALADRO, A.: *La clasificación profesional*, cit., pgs. 168 y 169.

académicas o profesionales, constituyen un supuesto de movilidad funcional ordinaria, por tanto dentro del poder de dirección, o si constituyen un supuesto de *ius variandi*, incardinable en el artículo 39.2 y 39.4. Parece más lógico y de acuerdo con la letra de la ley, el que los supuestos del 39.1 y 39.3 sean considerados como sujetos al poder de dirección y no al *ius variandi*⁵⁴⁶. Esto con respecto a las funciones a desempeñar, porque en lo referente a los modos en que la prestación se desempeñe y a los elementos secundarios de la misma no hay referencia normativa concreta alguna, si acaso, y a *sensu contrario*, la delimitación que de las condiciones sustanciales del contrato se haga a propósito de la regulación del artículo 41 LET. De esta manera, las circunstancias de tiempo, lugar, sistema organizativo, etc., que no reúnan la condición de sustanciales podrán ser especificadas y modalizadas por el poder de dirección del empresario que, en base al artículo 5.1 LET, impone como deber básico del trabajador el cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo; al artículo 20.1 LET, que señala la obligación del trabajador de realizar el trabajo convenido bajo su dirección o la de aquél en quién delegue, y al artículo 22.5 LET, que remite al acuerdo de voluntades, al contrato, el establecimiento del contenido de la prestación laboral y su equiparación a la categoría o grupo profesional previsto convencionalmente.

⁵⁴⁶ En este sentido, cfr. MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 419; SALA FRANCO, T.: “La movilidad funcional”, RL, núms. 17 y 18/1.994, pg. 71; CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pg. 24; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: La nueva regulación de la movilidad funcional, Aranzadi, Pamplona, 1.996, pg. 121 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional...”, cit., pg. 710; DEL REY GUANTER, S.: “Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en *La reforma laboral de 1994*, (M. R. ALARCÓN CARACUEL, coord.), Marcial Pons, Barcelona, pg. 202; DE SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación laboral”, cit., pg. 38.

En contra, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV. *Nuevo Marco de las relaciones laborales*, Universitat-IEL, Barcelona, 1.995, pg. 142; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional...”, cit., pg. 191; ALEMÁN PÁEZ, F.: “La nueva regulación de la clasificación y de la movilidad en la Ley 11/1994 reformadora del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Ed. Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, pg. 236.

7.3. LAS FACULTADES DE VARIACIÓN DEL TRABAJO PACTADO: EL *IUS VARIANDI* EMPRESARIAL

En cambio, las facultades de variación del trabajo pactado o de las condiciones en que éste se desarrolla, tienen una naturaleza distinta, en cuanto actúan a través de cambios que la doctrina califica como extraordinarios, en el sentido de que extralimitan el ámbito pactado inicialmente en el contrato y exceden de la prestación debida. Estos poderes modificativos permiten prescindir del marco contractualmente pactado en cuanto sea necesario para ajustar la prestación y las condiciones de trabajo a los requerimientos de las necesidades organizativas. Sobrepasando los límites contractuales es evidente que los problemas jurídicos que aparecen son de mayor complejidad y relevancia que cuando se respeta ese límite. Por eso, no se encarga a ese poder directivo modalizador de la prestación debida, sino a los otros institutos jurídicos modificativos, que son el *ius variandi* y las modificaciones sustanciales *ex* artículo 41 LET, principalmente, sin olvidar las posibilidades que el instituto de la novación modificativa ofrece, para cuyo ejercicio se requiere, no sólo la conveniencia organizativa, sino también, y como requisito imprescindible, la existencia de unos concretas justificaciones causales con carácter previo y necesario, que actúan como garantía para el trabajador que mediante el ejercicio de la facultad modificativa, unilateralmente ejercida por el empresario, se ve desprovisto de la única referencia cierta de su deuda prestacional, que estaba conformada por los límites del contrato⁵⁴⁷.

No obstante, debe señalarse que, en cierta forma, la frontera de la prestación debida parece ir desplazándose y ensanchándose, de tal manera que la excepcionalidad de los cambios más allá del ámbito inicial, aparentemente concertado, va camino de la normalidad, en cuanto que las exigencias organizativas en un escenario productivo fordista-taylorista, bastante estático, son muy diferentes a los requerimientos del nuevo paradigma productivo globalizado, sometido a los continuos cambios y avatares de los mercados y de las incesantes innovaciones tecnológicas. Desde el punto de vista de la

⁵⁴⁷ En este sentido, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, cit., pg. 96.

organización empresarial y sus requerimientos de uso racional de los factores productivos, aquello que desde una perspectiva tradicional de la ordenación de recursos humanos era excepcional, hoy está pasando a ser de la más absoluta y trivial normalidad, consustancial a la cotidianeidad de los continuos ajustes de la organización productiva. En esta línea están las ideas sustentadoras de la reforma de 1.994 y la flexibilización de los requisitos causales exigidos para llevar a cabo justificadamente estas variaciones del trabajo inicialmente concertado⁵⁴⁸.

Ahora bien, hace falta delimitar jurídicamente cuál es el instrumento concreto, cuál el instituto jurídico-laboral, de que se vale la empresa para proceder a esa modificación de entre los varios disponibles en el amplio catálogo jurídico a su disposición. Porque la modificación de la prestación laboral o, más ampliamente, de las condiciones contractuales pactadas, se puede llevar a cabo, atendiendo al objeto de la posible modificación⁵⁴⁹ y al “carácter de las causas que justifican o hacen necesarias tales decisiones”⁵⁵⁰, mediante una novación del contrato⁵⁵¹, mediante el *ius variandi* o el procedimiento que para las modificaciones sustanciales se regula en el artículo 41 LET. A su vez, dentro del campo de la modificación sustancial, el régimen jurídico aplicable no es siempre el mismo, sino que varía según el objeto de la modificación exigida por la organización⁵⁵². Sin olvidar que cada uno de estos institutos jurídicos está delimitado en sus atribuciones competenciales, la mayoría de las veces, en función de la opción doctrinal y de la particular visión de cada autor.

⁵⁴⁸ Véase lo dicho acerca de esta flexibilización *infra*.

⁵⁴⁹ Referido a la “incidencia que las decisiones organizativas puedan tener sobre las condiciones individuales o colectivas de trabajo”. Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit., pg. 57.

⁵⁵⁰ Para ello se tiende a objetivar las exigencias empresariales, que pasan a configurarse como un límite externo a los propios poderes empresariales. Cfr. GIUGNI: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pgs. 319 y ss.

⁵⁵¹ Si bien es cierto que una novación contractual sólo es posible contando con la aquiescencia de las partes, es conveniente estudiarla aquí por su utilización como instituto modificativo a propuesta de una parte solicitando la aquiescencia de la otra.

⁵⁵² En función de que nos estemos refiriendo a lugar de trabajo (movilidad geográfica), clase de trabajo (movilidad funcional) o condiciones de trabajo (modificaciones sustanciales), que nos remiten al régimen particular de los artículos 39, 40 y 41 LET.

En resumen, que se dispone de una pluralidad de mecanismos, con regímenes jurídicos diferentes en función de los distintos ordenamientos y que conllevan en el plano laboral consecuencias de diferente intensidad y gravedad, pero que pueden ser reconducidos a tres cuando necesitamos un mecanismo jurídico que permita incidir sobre la prestación y las condiciones en que ésta se desarrolla, extralimitando lo previsto inicialmente en el contrato. Estos instrumentos que permiten al empresario incursionar unilateralmente más allá del contrato son el *ius variandi*, las modificaciones sustanciales de trabajo y la denuncia modificativa, aunque no hay que descartar las posibilidades que ofrece el mecanismo de la novación.

7.3.1. El *ius variandi*

El *ius variandi* hace referencia a una idea modificativa de las prestaciones del contrato de trabajo inherente a una facultad del empresario que dimana directamente de su poder de dirección⁵⁵³. Mediante esta potestad el empresario tiene la posibilidad de alterar los límites de la prestación de trabajo⁵⁵⁴, habiendo distinguido la doctrina científica entre un *ius variandi* normal, que subsiste en todo momento a lo largo de la duración de la relación de trabajo y que en puridad es el poder directivo, entendido como poder modalizador de la prestación de trabajo, y un *ius variandi* excepcional, que atiende a circunstancias imprevistas y extraordinarias que pueden presentarse en cualquier momento de la misma⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Cfr. CABRERA BAZÁN, J.: *La novación ilícita del contrato de trabajo*, cit., pg. 63 y ss.; BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, 1.963, t. I, pgs. 367 y ss; ARDAU G.: *I poteri discrezionali dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milan, 1.940; LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit.; MONTOYA, A.: *El poder de dirección...*, cit. Cfr. también SUPPIEJ, G.: "I limiti del potere direttivo dell'imprenditore", en Rev. Trim. di Diritto e Procedura Civile, junio, 1.962.

⁵⁵⁴ BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *ibidem*, pg. 161, definen así el *ius variandi*.

⁵⁵⁵ Véase BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *ibidem*, pg. 369. Este último autor, en "¿Hacia un nuevo concepto y función de los reglamentos de régimen interior de empresa?", rev. Derecho del Trabajo, 1.961, distingue las siguientes modalidades de *ius variandi*: "locacional, ocupacional, profesional, estabilizador, etc.. cfr. también ALONSO GARCÍA, op. cit., pgs. 539 y ss; MONZÓN, M.: "En torno al *ius variandi*", en Rev. Derecho del Trabajo, tomo XVI, 1.956; MARAVALL CASESNOVES, H.: "División del trabajo, calificación profesional y *ius variandi*", en C.P.S., núm. 29/1.956, y en general en los tratados y manuales de la materia (BARASSI, MAZZONI, RIVA, DURAND, etc.).

Acerca del *ius variandi*, su conceptualización, fundamento y ámbito aplicativo, surgió un amplio debate doctrinal, abierto a múltiples y variadas interpretaciones que, a pesar de haber sido sistematizado⁵⁵⁶ no ha sido cerrado completamente, porque se necesita adaptar el concepto clásico de *ius variandi* a las exigencias normativas y a la ampliación de los poderes empresariales derivados de la reforma de 1.994. En cualquier caso y a efectos diferenciadores del *ius variandi* con respecto al poder de dirección, es interesante reseñar⁵⁵⁷ que el término ha sido utilizado como englobador de todos los supuestos de alteración de condiciones, tanto principales o sustanciales, como accesorias y no sustanciales de la relación. Por eso, sus seguidores distinguen, en función de que estemos ante un cambio de escasa trascendencia o sustancial, entre *ius variandi* ordinario y *ius variandi* extraordinario o excepcional⁵⁵⁸; asimismo, se ha utilizado haciendo referencia únicamente a la variación de los elementos accidentales o accesorios o no sustanciales, siendo, en este sentido, una manifestación más del poder de dirección⁵⁵⁹. Finalmente, se usa también por aquellos que sólo aceptan la afectación de condiciones o alteraciones sustanciales, para quienes el *ius variandi* es un instituto jurídico diferenciado del poder de dirección⁵⁶⁰. En este caso es necesario delimitarlo, no del poder de dirección, sino de las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET.

⁵⁵⁶ Esta sistematización ha sido llevada a cabo en el Derecho español por CRUZ VILLALÓN en su obra *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pgs. 79 a 205. Con respecto al ordenamiento italiano esta tarea se realizó por GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pgs. 229 a 376. Hay que hacer notar que el modelo conceptual de GIUGNI ha sido ampliamente acogido por la doctrina española.

⁵⁵⁷ Siguiendo la diferenciación y síntesis elaborada por CRUZ VILLALÓN, cit., pgs. 85-86; igualmente, LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 127 y la bibliografía que citan.

⁵⁵⁸ Cfr. SALA FRANCO, T.: *La movilidad del personal en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1.973, pg. 37; RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, cit., pgs. 211- 216; ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 8ª ed. 1.980, pg. 115 y ss.. La distinción entre *ius variandi* normal y excepcional aparte de estéril es innecesaria en cuanto no aporta nada al debate conceptual al “suponer una posición ecléctica, desnaturaliza la institución y deja pendiente un problema terminológico innecesario”(LÓPEZ-TARRUELLA, op. cit, pg. 128-129) porque “no existe más *ius variandi* que el excepcional” de modo que el “*ius variandi* o es excepcional o no es *ius variandi*”(Cfr. DURÁN, F.: “La organización del trabajo como facultad del empresario y sus límites: el cambio de puesto de trabajo y la clasificación profesional”, RPS, núm. 108/1.975., pg. 266).

⁵⁵⁹ Cfr. MONTOYA, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pg. 327; CABRERA BAZÁN, : *La novación ilícita del contrato de trabajo*, cit., pg. 64; ALONSO OLEA, M.: *Derecho del trabajo*, 7ª ed., Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1.981, pg. 273.

⁵⁶⁰ Cfr. DURÁN LÓPEZ, F.: “La organización del trabajo como facultad del empresario...”, cit., pg 266; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 88.

De entre todas las posiciones parece mas acertada la opción última, que lo concibe como el poder empresarial de variar unilateralmente de modo esencial y temporal el contenido de la prestación de trabajo, tanto en su aspecto funcional como en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo⁵⁶¹. Aceptando esta definición, en consecuencia con lo expuesto anteriormente, separamos claramente el ámbito del poder de dirección del *ius variandi*⁵⁶², si bien la que no está en absoluto clara es la distinción entre *ius variandi* y modificaciones sustanciales, aunque, en principio, se puede decir que el *ius variandi* es una “manifestación típica, pero particular y limitada del poder de modificación de las condiciones sustanciales”⁵⁶³. Ahora bien ¿cuál es entonces la diferencia entre el *ius variandi* y las modificaciones sustanciales? En el fondo ninguna, aunque normativamente aparezcan como diferenciadas, pues la distinción entre ellos en base a su ubicación en el Estatuto y a la temporalidad o no de la modificación parece insuficientemente diferenciadora, por lo que debe concluirse que no existe razón alguna que permita establecer que estamos ante algo distinto a las modificaciones sustanciales.

Es obvio que la regulación de las modificaciones que extralimitaban el ámbito del contrato en la redacción anterior del Estatuto permitía claramente diferenciar dos institutos modificativos, el *ius variandi* y las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET, en función de la exigencia o no de la autorización expresa de los representantes de los trabajadores o de la autoridad administrativa, que no se necesitaba para ejercitar el *ius variandi*, la necesidad de justificación causal diferenciada y la temporalidad o no de la modificación, porque, obviamente, se habían diseñado para finalidades diferentes, sirviendo el *ius variandi* para afrontar las situaciones excepcionales, urgentes y temporales.

⁵⁶¹ Véase RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional...”, cit., pg. 10; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La movilidad funcional del trabajador dentro de la empresa”, cit., pg. 31; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pgs. 82, 90, 127 y ss..

⁵⁶² En este sentido, señala GIUGNI, op. cit., pg. 127, que “el campo del *ius variandi* comienza donde el poder directivo finaliza”.

⁵⁶³ Cfr. RIVERO LAMAS, *ibidem*.

Hoy, el *ius variandi* está tipificado y configurado en el 39.2 LET con respecto a los cambios funcionales como un poder ejercitable únicamente si concurren “razones técnicas u organizativas”⁵⁶⁴ que justifiquen esos cambios, que superan el poder de dirección ordinario y “por el tiempo imprescindible”.

Pero como es un negocio jurídico unilateral, además de recepticio, basta la apreciación objetiva por el titular de la empresa de la existencia de unas necesidades organizativas, que tienen que ser reales, ya que su carácter de poder unilateral conduce a un ejercicio discrecional que no arbitrario del mismo. En este sentido, en el *ius variandi* existen dos constantes: su justificación en un presupuesto de hecho objetivo, las exigencias de los intereses organizativos y el principio de correspondencia entre la prestación laboral y retributiva⁵⁶⁵, que, a su vez, actúan como límites a su ejercicio, el primero externo y el segundo interno⁵⁶⁶.

En cuanto al requisito causal exigido, la necesaria concurrencia de las razones técnicas u organizativas, sin entrar en los requisitos que se le exigen, hay que hacer alguna matización sobre el papel que juegan dentro del *ius variandi*. El artículo 39.2 LET señala que la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes, sólo será posible si existiesen “razones técnicas u organizativas que la justificasen” y “por el tiempo imprescindible” para su

⁵⁶⁴ Estas razones se entiende que han de ser probadas y presentes, nunca futuras, incumbiendo la carga de la prueba de la situación empresarial al empresario y no al trabajador, a pesar del silencio del 39.2 ET al respecto, en disonancia con el art. 41 que sí lo exige. Para la doctrina este es un poder de carácter extraordinario. Cfr., por todos, RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional...”, cit., pg. 12.

⁵⁶⁵ Cfr. en este sentido GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pgs. 229 a 376, donde dice que este principio de correspondencia prestacional “debe respetar la regla de la conservación de los efectos del contrato de trabajo, o lo que es lo mismo, el equilibrio contractual inicialmente previsto”. La aplicación de este principio lleva a que en el caso de *ius variandi in melius* el trabajador sea retribuido de acuerdo a la función desempeñada, mientras que en el *ius variandi in peius* se conserva el equilibrio contractual inicial manteniendo la retribución de origen, lo que es contradictorio pero responde a una opción legislativa mantenida en el 39.3 LET.

⁵⁶⁶ Para GIUGNI, *ibidem*, estos sublímites serían: “la temporalidad del cambio, la afinidad de la nueva prestación con la inicial, el respeto a la idoneidad fisiológica del trabajador, la inexistencia de una agravación en los riesgos profesionales, y la compatibilidad de las aptitudes técnicas del trabajador”. Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones*, cit., pg. 164 y ss., donde establece como “límites comunes a las diversas manifestaciones del *ius variandi*: las necesidades organizativas aplicadas a situaciones particulares, el respeto a la formación profesional, el trato no discriminatorio, el trato digno, las aptitudes para el desarrollo de las funciones asignadas, y el no agravamiento en los riesgos”.

atención. La fundamentación causal asume con ello el doble papel de fundamento jurídico y a la vez límite en el ejercicio del *ius variandi*. Dicho precepto introduce una novedad respecto al precedente artículo 23 LET, que eludía cualquier mención a razones técnicas u organizativas.

Una interpretación sistemática del artículo 39.2 ET lleva a que las razones técnicas u organizativas, en la medida en que serían exigibles para la realización de “funciones no correspondientes” a los criterios funcionales de identificación de la prestación debida, habrían de concurrir tanto en el caso de las “encomienda de funciones inferiores” del 39.2, como en la realización de “funciones superiores” del 39.4, configurándose así estas causas como un elemento definidor del *ius variandi*, ya sea mejorante o no. Sin embargo, esta tesis que parece muy razonable y acorde con el tenor legal, no es pacífica, por cuanto que algunos piensan que estas “razones técnicas u organizativas” sólo son exigibles en la movilidad ascendente⁵⁶⁷, otros opinan que no es exigible en la movilidad ascendente porque el 39.4 nada dice al respecto⁵⁶⁸ y, finalmente, están los que matizan que, si bien son exigibles las causas a la movilidad ascendente y descendente, debe exigirse un plus de motivación en el caso de la movilidad descendente, como pide el 39.2 *in fine*⁵⁶⁹, y que se dividen, a su vez, en dos grupos. El primero, compuesto por los que dicen que las “razones técnicas u organizativas” son un *genus* que se concreta en la movilidad descendente mediante “las necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva”⁵⁷⁰; el segundo, los que entienden que éstas últimas necesidades deben sumarse a las primeras en los casos de *ius variandi in peius*⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 419; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional...”, cit. pg. 200; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Movilidad funcional. Reforma de la Legislación laboral”, en *Estudios dedicados al profesor M. Alonso Olea*, Madrid, Marcial Pons, 1.995, pg. 143.

⁵⁶⁸ A este respecto únicamente existe una “presunción tácita de consenso”. Cfr. ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional. Informes y estudios*, MTSS, 1.989, pg. 266.

⁵⁶⁹ Cfr. DEL REY GUANTER, S.: “Movilidad funcional, movilidad geográfica...”, cit., pg. 203; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, cit., pg. 102; SENRA BIEDMA, R.: El derecho del trabajo y de la Seguridad Social tras la reforma de 1994 y los textos refundidos de 1995, Bosch, 1.995, pg. 254 y ss.; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, AL, t.II/1.995, pg. 442; URESTE GARCÍA, C.: “La movilidad funcional”, en AA.VV, *Poder de dirección del empresario*, Ibidem, Madrid, 1997, pg. 29 y ss.

⁵⁷⁰ Véase SALA FRANCO, T.: “La movilidad funcional”, en AA.VV. La reforma del Estatuto de los

Ésta última opción parece la más acertada, puesto que las razones técnicas u organizativas deben ser predicables de ambos tipos de movilidad, mientras que por sus características especiales con respecto a la percepción, tanto subjetiva como objetiva de carácter peyorativo, que se pueda tener acerca de la movilidad descendente, es razonable y así parece entenderlo la norma (39.2 *in fine*) que se sumen a esas razones los requisitos de perentoriedad e imprevisibilidad⁵⁷², de manera que se limite la discrecionalidad organizativa en la adopción de este tipo de medidas.

Ahora bien, estos dos requisitos pueden jugar acumulativa o alternativamente considerados, aunque parece más acertada la opción por el juego alternativo, toda vez que una necesidad técnica u organizativa puede ser perentoria, a la par que previsible o imprevisible pero no perentoria, si bien nada impide, al contrario, puesto que se refuerza la necesidad, que se presenten acumulativamente, aparte de que la redacción del 39.2 ya señala con la conjunción disyuntiva *o* que se permite la concurrencia alternativa de cualquiera de los requisitos exigidos⁵⁷³. En cualquier caso debe concurrir ese o esos requisitos sumados a la necesidad organizativa alegada, así como el carácter temporal

Trabajadores (F. VALDÉS DAL-RÉ y M^a.E. CASAS BAAMONDE, coords.), La Ley, Madrid, 1.994, pg. 74.

⁵⁷¹ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 540; SENRA BIEDMA, R.: “Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial”, RL, I/1995, pg. 28; ALÍA RAMOS, M., MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, Ed. CISS, Valencia, 1995, pg. 105.

⁵⁷² La perentoriedad se predica de algo urgente, o más bien muy urgente, con el matiz de apremiante necesidad cuya ejecución no puede demorarse. En cambio, se dice que una necesidad es imprevisible cuando es imposible o extremadamente difícil anticiparse a una situación, lo que impide programar su atención. Cfr. VINUESA ALADRO, A.: “Categorías profesionales y ascensos”, en AA.VV (dir. BORRAJO DACRUZ), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1985, pg. 315.; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, AL, II, 1995, pg. 443. Igualmente, la jurisprudencia ha matizado el alcance de estas exigencias en, p.e., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en adelante STSJ de Galicia de 13 de diciembre de 1993, Repertorio Aranzadi, en adelante Ar, 5211; STSJ del País Vasco de 7 de julio de 1.995, Ar 3138; STSJ del País Vasco de 7 de enero de 1.992, Ar 164.

⁵⁷³ Los razonamientos anteriores a la reforma de 1.994 son enteramente aplicables hoy. Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 145; ALEMÁN PÁEZ, F.: “El encuadramiento profesional. Informes...”, cit., pg. 291; ALÍA RAMOS, M y MONTANÉ MERINERO, J.: “Clasificación profesional...”, cit., pg. 106. En igual sentido la STSJ del País Vasco de 28 de septiembre de 1.993, Ar 4139; “Las necesidades de la Empresa habrán de ser bien perentorias bien imprevisibles dada la conjunción disyuntiva y no copulativa contenida en el precepto”.

de la medida, para el correcto empleo del instituto jurídico del *ius variandi* sin producir abusos que conduzcan a posibles daños para el trabajador. Por supuesto que esa generalidad causal enunciada se puede concretar algo por la negociación colectiva, pero sobre todo es un tema cuya concreción viene dada por la vía jurisprudencial. En cualquier caso, aunque no hay una identidad causal total con lo dispuesto para las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET, nada obsta a que estemos ante el mismo instituto modificativo.

Para la delimitación del *ius variandi* no debe olvidarse la temporalidad de la modificación, que el artículo 39.2 *in fine* LET exige como segundo requisito para que se pueda producir una movilidad funcional por la vía del *ius variandi*, sea éste ascendente o descendente⁵⁷⁴. Esta temporalidad es consustancial al *ius variandi*, de tal manera que, si no se exigiese temporalidad en la modificación, ésta superaría el ámbito del *ius variandi*⁵⁷⁵ y nos emplazaría ante una modificación sustancial *ex* artículo 41 LET. Sin embargo, en la temporalidad de la modificación reside una de las aporías interpretativas de la regulación del *ius variandi in melius*, por cuanto existe una contradicción entre la necesidad de cumplimiento del requisito de la temporalidad de la modificación predicable del *ius variandi* y la aspiración latente a la consolidación de la situación modificada en el *ius variandi* ascendente⁵⁷⁶.

Se puede entender, tanto hoy como ayer, que el denominado *ius variandi* ascendente no es propiamente *ius variandi*, sino una modificación sustancial una vez que pasa a consolidarse en el tiempo la modificación, si bien la norma ni lo explicitaba ni lo

⁵⁷⁴ La redacción original del Estatuto de 1.980 se refería al “tiempo imprescindible para su atención” en los casos de *ius variandi in peius* (art. 23.4) pero nada decía cuando era *in melius* (art. 23.1,2 y 3). La actual redacción atiende tanto a la variedad ascendente como a la descendente (art. 39.2) y mantiene los plazos temporales de 6 meses en un año u 8 en dos, para reclamar el ascenso (art. 39.4).

⁵⁷⁵ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 91; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La ruptura del principio de correspondencia...”, cit., pg. 19 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La movilidad del trabajador...”, cit., pg. 33; MONTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”, cit., pg. 185; *Idem*: *El poder de dirección...*, cit., pg. 165; RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato...*, cit., pg. 212. Posterior a la reforma de 1.994: ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, cit., pg. 287. En la doctrina italiana, GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica...*, cit., pg. 332.

⁵⁷⁶ En esta aspiración a la consolidación y permanencia del cambio se fundamenta una de las teorías que dicen que no cabe exigir plazo máximo aplicable a este tipo de movilidad.

explicita así⁵⁷⁷, suponiendo que se ha obligado al trabajador a aceptar el ascenso, puesto que en la realidad no siempre el trabajador está de acuerdo con el cambio de puesto, aún ascendiendo, si bien es verdad que suele estar conforme con la modificación cuando ésta tiene posibilidad de hacerse estable en el tiempo. De aquí que, en la mayoría de los casos, esta mejora funcional se lleve a cabo mediante la novación contractual, puesto que el trabajador está de acuerdo con ella. En los demás casos, si es definitiva, la modificación será sustancial, mientras que si es temporal sí estará sujeta a la regulación del *ius variandi*.

En cuanto a que la duración sea por el “tiempo imprescindible”, es claro que esta expresión significa que se mantendrá la modificación el tiempo que dure la causa alegada, es decir mientras sea necesario a las exigencias organizativas, de forma que si la causa desaparece la modificación cesará también⁵⁷⁸. En este sentido, hay que interpretar la exigencia legal de imprescindibilidad temporal como una exigencia predicable de ambos tipos de *ius variandi*⁵⁷⁹, *in melius e in peius*, con la matización con respecto al *ius variandi* meliorativo de que se puede entender que existen dos límites temporales⁵⁸⁰, uno por el “tiempo imprescindible” necesario del art. 39.2, y otro el plazo de seis u ocho meses según se refiera a uno o dos años del art. 39.4.

⁵⁷⁷ Cfr. ORTIZ LALLANA, M.C.: “Movilidad funcional: atribución al trabajador de categoría inferior al título permanente. Límites y calificación jurídica”, RL, 1.987, pg. 563. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pgs. 154-158, rechaza la posibilidad de que el *ius variandi in melius* sea propiamente *ius variandi*.

⁵⁷⁸ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La ruptura del principio...”, cit., pg. 20; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 148; VINUESA ALADRO, A.: “Categorías profesionales y ascensos”, cit., pg. 321.

⁵⁷⁹ Véase ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La clasificación profesional...”, cit., pg. entiende que “por el tiempo imprescindible” es una exigencia predicable a ambos tipos de movilidad vertical, por situarse en el 1º párrafo del art. 39.2 (el común a ambas) y no en el segundo párrafo del art. 39.2 y porque, además, es éste un rasgo definitorio de la movilidad extraordinaria: su carácter provisional. Igualmente, SENRA BIEDMA, R.: “El derecho del trabajo...”, cit., pg. 255, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: “Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional”, en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (dir. BORRAJO DACRUZ), t. I, vol. 2º, Madrid, Edersa, 1.994, cit., pg. 251; DE SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación...”, cit., pg. 31; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: “La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral de 1994”, DL, núm. 47/1.995, pg. 103.

⁵⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La nueva regulación de la movilidad funcional”, cit., pg. 111. Sobre la existencia de dos plazos temporales bien diferenciados en el art. 39.4: ROMAN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional...”, cit., pg. 201; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.:

En consecuencia, si se mantiene la modificación más tiempo del imprescindible o si se superan los plazos del 39.4, se habrá superado el ámbito del *ius variandi*⁵⁸¹ y estaremos en el campo de otro instrumento modificativo: las modificaciones sustanciales del artículo 41, puesto que para esa modificación funcional habría que haber acudido al mecanismo previsto en el 39.5 LET. Ahora bien, las reacciones del trabajador pueden ser diferentes, en el primer caso podrá impugnar judicialmente o hacer uso del *ius resistentiae*, mientras que en el segundo podrá exigir el ascenso formal y definitivo o, en su caso, reclamar que se cubra la vacante de acuerdo con el artículo 39.4⁵⁸². Así, si el cambio ascendente, manteniéndose en el tiempo mientras subsiste la causa que lo originó, supera los plazos del 39.4, igualmente ha superado el ámbito de actuación del *ius variandi*. En este caso estamos ante un ejercicio ilícito del *ius variandi*, en lugar de una modificación sustancial, porque habría que haber acudido al 39.5 y no al 39.2 LET, que podrá provocar en el trabajador las reacciones que se han indicado.

Ahora bien, seguimos teniendo una duda, que afecta a la duración de ese tiempo “imprescindible”, o lo que es lo mismo, a la duración de las “necesidades perentorias”. En primer lugar se debe decir que estamos ante un concepto indeterminado ligado, además, a sucesos que escapan, al menos en principio, al ámbito del control organizativo, de tal manera que sólo puede ser concretado por la vía convencional o jurisprudencial, al no señalarse plazo normativo alguno. La vía jurisprudencial nos permitirá saber si se han superado o no los requisitos temporales exigidos, pero *a*

“Clasificación profesional...”, cit., pg. 102. Identifican ambos módulos temporales: DEL REY GUANTER, S.: “Movilidad funcional...”, cit., pg. 202; MONTOYA MELGAR, A.: “Derecho del trabajo”, cit., pg. 419; MARTÍN VALVERDE, A. *et al.*: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 540; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Movilidad Funcional”, cit., pg. 226; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, AL, t.II, 1.995, pg. 443; CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 26, nota 26.

⁵⁸¹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 149; VINUESA ALADRO, A.: “Categorías profesionales y ascensos”, cit., pg. 277; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La nueva regulación de la movilidad funcional”, cit., pg. 110; *idem*: “La reforma de la movilidad funcional en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, en AA.VV. (coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Ed. Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 1.995, pg. 342.

⁵⁸² La disposición de plazos que puede llevarse a cabo convencionalmente sólo tiene efectos con respecto a la exigencia de cobertura de la vacante, pero no sobre la duración de la causa justificadora que, por definición, es imprevisible.

posteriori, mientras que por la vía convencional podríamos conocer *a priori* cuál es el lapso de tiempo que se concede para el ejercicio del *ius variandi*.

La primera cuestión que se plantea es saber si convencionalmente es posible y conveniente fijar un plazo que nos delimite algo la imprescindibilidad y perentoriedad que se predica de estas modificaciones, a lo que debemos responder que sí⁵⁸³, aunque quizá no siempre sea conveniente, puesto que una fijación demasiado restrictiva de los plazos puede obstaculizar el correcto funcionamiento empresarial y una formulación demasiado laxa puede prestarse a abusos que prolonguen la movilidad más allá del tiempo imprescindible. Por eso, parece preferible conjugar la fórmula normativa en su literalidad para que la imprescindibilidad y perentoriedad se ajusten a la duración de las razones técnicas u organizativas alegadas⁵⁸⁴, porque la intencionalidad de la norma es que la modificación se mantenga el tiempo imprescindible⁵⁸⁵, que en cada caso concreto será diferente e imprevisible, admitiendo, eso sí, la fijación de un tope máximo que, una vez superado, obligue a la empresa a la solución definitiva de su disfunción organizativa.

La segunda cuestión afecta, únicamente, a la disponibilidad convencional de los plazos fijados normativamente, que, obviamente, es posible para la fijación de plazos distintos a los señalados, puesto que el artículo 39.4, *in fine*, deja muy claro que “mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados a efectos de reclamar la cobertura de las vacantes”. Ahora bien, ¿Qué sucede con las demás situaciones? Como no hay plazo alguno en la norma habremos de estar a lo dicho anteriormente.

⁵⁸³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 149, con respecto a la admisión de esta posibilidad por la doctrina anterior a 1.994.

⁵⁸⁴ En el mismo sentido, véase VINUESA ALADRO, A.: “Categorías profesionales y ascensos”, cit., pg. 321; VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional...*, cit., pg. 199

⁵⁸⁵ GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica...*, cit., pg. 334.

7.3.2. La novación

Una vez que superamos los límites que hemos asignado para la actuación del *ius variandi* nos encontramos con que, para proceder a modificar unilateralmente el contrato por el empresario, debemos acudir al procedimiento estatuido para estos casos en los artículos 39.5, 40 y 41 LET para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, salvo que exista un acuerdo entre trabajador y empresario para proceder a esas modificaciones. Estas variaciones, llevadas a cabo de común acuerdo, se materializarán y formalizarán a través de la novación contractual, a la que puede llegarse directa o indirectamente, estando, en este caso, ante la llamada denuncia modificativa, que tiene una naturaleza ambivalente, en cuanto que puede ser vista tanto como un preaviso de despido, condicionado a que el trabajador acepte una modificación contractual, como una *invitación* a novar el contrato.

La figura jurídica de la novación contractual es unánimemente admitida por la doctrina iuslaboral⁵⁸⁶ como un instrumento válido para que, mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes reconocida *ex* artículo 1.255 Cc⁵⁸⁷, al igual que consintieron para el nacimiento de la relación contractual, puedan consentir libremente en su modificación, cambiando el objeto de la prestación y/o las circunstancias de la misma. Esta misma idea es la que recoge el artículo 3.1.c) LET cuando se refiere a que los derechos y obligaciones de las partes, concernientes a la relación laboral, se regulan por la voluntad manifestada en el contrato de trabajo, si bien lo sujeta a una limitación, la del 3.5 LET acerca de la indisponibilidad de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o calificados como indisponibles por un convenio colectivo⁵⁸⁸. Por tanto, no hay inconveniente legal alguno para proceder a una

⁵⁸⁶ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pgs. 81 y ss.; CABRERA BAZÁN, J.: *La novación ilícita...*, cit., pg. 15; VINUESA ALADRO, A.: *La clasificación...*, cit., pg. 140; SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en AA.VV. en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1.988, pg. 45.

⁵⁸⁷ El artículo 1.255 Cc dice que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente”.

⁵⁸⁸ Por todas: STSJ de Aragón de 17 de febrero de 1.993, Ar 564.

novación contractual en el ámbito laboral, si bien tenemos que determinar el alcance del pacto novatorio para su plena comprensión y delimitación de posibles figuras afines.

En el Derecho civil la novación plantea la duda de si es posible la modificación contractual a su través o si la idea de novación conlleva siempre la de extinción de la relación jurídica existente y su sustitución por otra nueva. En principio, como toda concreta relación jurídica se define por determinados elementos estructurales, si alguno de éstos cambia es lógico pensar que esa relación ha cambiado tanto que hasta puede hacerse irreconocible y ha pasado a ser otra distinta. Ahora bien, todo cambio implica una transformación y como esta transformación tiene una gradación desde el punto de vista jurídico, lo que importa es conocer si esa transformación es una modificación de la anterior, que subsiste, o lo que se ha producido es la extinción de la relación antigua. Elegir una u otra opción es, en realidad, elegir el régimen jurídico aplicable, si el de la relación obligatoria antigua o de la obligación que se ha novado⁵⁸⁹.

Centremos el problema: El Código civil trata la novación como una de las formas de extinción de las obligaciones, pero también como una manera de modificarlas⁵⁹⁰, y esta ambivalencia se muestra también en su definición clásica: “extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla”⁵⁹¹, lo que significa que “trata de conseguir la sustitución de la relación jurídica”⁵⁹². Por eso, se puede decir que, si bien la novación está comprendida entre los modos extintivos de las obligaciones,

⁵⁸⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., t. II, pg. 794; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, cit., pgs. 388-389.

⁵⁹⁰ El artículo 1.156, al enumerar los supuestos o causas en virtud de las cuales las obligaciones se extinguen, menciona en último lugar la novación. Más tarde, dedica a esta figura una rúbrica entera, que es la sección sexta del mismo capítulo (arts. 1.203-1.213). En principio, pues, de acuerdo con una larga tradición histórica, la novación aparece mencionada (art. 1.156) y regulada (arts. 1.203-1.213) dentro de la rúbrica general de la extinción de las obligaciones. Sin embargo, curiosamente, el art. 1.203, que abre la disciplina normativa de la novación, dice que “las obligaciones pueden modificarse: primero, variando su objeto o sus condiciones principales; segundo, sustituyendo la persona del deudor; tercero; subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”. Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, pg. 795.

⁵⁹¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*.

⁵⁹² Igualmente, RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato ...*, pgs. 66-67, citando a ENNECERUS-LEHMANN, pg. 255, dice que “se verifica la modificación de una obligación por medio de una novación, siempre que quedando lo principal de la obligación preexistente se modifica alguna de sus partes”.

tiene la singularidad de que sólo relativamente se puede decir que extingue las obligaciones a las que afecta, “porque en realidad su efecto propio es el de variarlas, modificarlas o sustituirlas por otras”⁵⁹³, lo que lleva a pensar si la novación es extintiva o modificativa o si unas veces puede ser extintiva y otras modificativa.

La respuesta está, no en dilucidar netamente su carácter, sino en la búsqueda del sentido funcional de la figura, previo abandono de la vía dogmática, porque la novación parece ser más que una institución autónoma, un efecto jurídico⁵⁹⁴. Ahora bien, si un negocio jurídico conlleva un efecto novatorio, aparece el problema de saber cuál de las regulaciones, si la nueva o la antigua, será la aplicable a la nueva situación creada, y esto dependerá de si la nueva reglamentación de intereses permite o no la vigencia de la primitiva regulación, al menos en aquello que no la contradiga⁵⁹⁵. Es claro que la única respuesta válida vendrá de la voluntad de las partes, que son libres para elegir una determinada función económico-social en la conclusión de su negocio jurídico, por eso la respuesta derivará del “doble juego de estos elementos: la voluntad de los interesados y la incidencia de la nueva obligación en la función o causa que la anterior desempeñaba”⁵⁹⁶.

Todo esto lleva a que, en consideración a la voluntad de las partes y a la significación económica de la modificación⁵⁹⁷ introducida en la obligación, podamos hablar de dos tipos de novación, la llamada novación propia o extintiva y la llamada novación

⁵⁹³ Véase las STS de 29 de abril y de 11 de junio de 1.947 reiteradas en las de 10 de febrero y 9 de marzo de 1.959. “Para saber si un nuevo contrato modifica la obligación precedente o la extingue no debe tomarse en consideración únicamente la naturaleza de la cláusula modificada, sino también la voluntad efectiva de las partes y la significación económica de la modificación, suponiéndose en caso de duda el efecto más débil, el modificativo” (STS. 29 de abril de 1.947). RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 69, citando a AZURZA: “Notas sobre la novación”, pg. 509; CASTÁN: *Derecho de obligaciones*, t. III, 9ª ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.958, pg. 326.

⁵⁹⁴ *Efectum iuris* la denomina SANCHO REBULLIDA : *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pg. 448; DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, pg. 797; GETE-ALONSO y CALERA, M.C.: “Apuntes para una explicación de la modificación...”, cit., pgs. 307 y 314 y ss.

⁵⁹⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ib.*, pg 797.

⁵⁹⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ib.*, pg. 798. Véase, igualmente, lo dicho *supra* sobre la causa y su función en el contrato.

⁵⁹⁷ STS de 16 de diciembre de 1.987, La Ley, ref. 10.167; STS de 3 de octubre de 1.985, Ar 4570, entre otras.

impropia o modificativa⁵⁹⁸, de tal modo que para la extinción de la obligación primitiva se requiere una cláusula derogatoria expresa o una incompatibilidad objetiva o contradicción entre ambas reglamentaciones de intereses⁵⁹⁹, inclinándonos, en caso duda, de acuerdo con el 1.204 Cc y la jurisprudencia⁶⁰⁰, por la no extinción de la obligación antigua. Esto plantea el problema del esclarecimiento de cuando estamos ante una novación extintiva o modificativa, porque presumir la novación extintiva podría dar lugar a consecuencias injustas que las partes en ningún momento quisieron. De aquí la razón de que lo que se presume en la actualidad sea el efecto meramente modificativo de la novación⁶⁰¹, teniendo en cuenta, además del elemento o cláusula modificados, la voluntad de las partes y la trascendencia económica de la reforma introducida en la obligación, lo que obliga a un cuidadoso análisis de cada caso concreto para dilucidar el alcance novatorio.

En este sentido, es claro que el efecto extintivo de la novación objetiva se logra por un doble juego de factores. De un lado, los derivados del número 1 del artículo 1.203; de

⁵⁹⁸ Sobre los orígenes y evolución de la novación puede verse SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación de las obligaciones*, Nauta, Madrid, 1.964; Para un resumen de las posiciones doctrinales mantenidas en este tema, véase CRISTÓBAL MOL-MONTES, A.: “La llamada novación modificativa en el Derecho Civil español”, *Temis*, núm. 33-36, 1.973/74, pgs. 737 a 742.

⁵⁹⁹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *ib.* pg. 800, señala que “en lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes”.

⁶⁰⁰ Además de la citada anteriormente se puede señalar la STS de 14 de mayo de 1.979, Ar 1829: “...en tanto la novación extintiva produce como principal efecto la extinción de la obligación primitiva, acompañado de la creación de otra nueva, la novación modificativa se limita a la simple modificación del vínculo que perdura, aunque sea con un nuevo contenido, con la exigencia para tal manifestación plenamente extintiva, secuencia de evidente *animus novandi*, de un pacto expreso al respecto o de incompatibilidad entre las dos obligaciones contrapuestas...”. Véase también sentencias TS de 8 de noviembre 1.974, Ar 4130; 2 de marzo de 1.973, Ar 895; 11 de febrero de 1.974, Ar 490; 6 de noviembre de 1.971, Ar 4801; 21 de abril de 1.951, Ar 1020”.

⁶⁰¹ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 70; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 350, señala que así lo ha entendido con práctica unanimidad la doctrina del Tribunal Supremo, estableciendo que “la novación, ya se refiera al sujeto o ya al objeto de la obligación, nunca se presume según tiene declarada la jurisprudencia de este Tribunal, sino que ha de resultar acreditada sin género alguno de duras” (STS de 15 de octubre de 1.907). Igualmente, “estando conforme a la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial en que en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación” (STS de 6 de noviembre de 1.971, Ar 4801). En igual sentido, STS 3 de marzo de 1.976, Ar 1076; 20 de diciembre de 1.975, Ar 4691; 9 de abril de 1.970, Ar 1892; 6 de diciembre de 1.971, Ar 4801.

otro, los requeridos por el artículo 1.204. Es cierto, asimismo, que la novación es modificativa cuando, quedando comprendido el supuesto en el número 1 del artículo 1.203, no llega a penetrar en la esfera del 1.204, bien por falta de declaración terminante, bien por falta de incompatibilidad en todo punto. Siendo así, la novación modificativa, más que una modalidad de novación, paralela pero distinta a la extintiva, es un primer estadio de ésta. Para modificar, basta variar el objeto o las condiciones principales; para extinguir se requiere, además, el concurso de los requisitos del 1.204 Cc.

De esta manera, nos podemos encontrar ante una modificación, sea extintiva o modificativa, que se ha exteriorizado de forma expresa, lo que no plantea problema alguno, puesto que las partes habrán mostrado su verdadera intencionalidad. Sin embargo, el modo de exteriorización que sí puede plantear problemas es la aceptación tácita de la novación, puesto que, al no haberse exteriorizado expresamente el concreto *animus novandi* de las partes, no se conoce cuál es el alcance de la novación, es decir si ésta es extintiva o sólo modificativa. Para resolver este dilema se ha acudido a una interpretación jurisprudencial excesivamente rigorista y restrictiva, que predicaba la incompatibilidad del artículo 1.204 con cualquier variación del objeto o de las obligaciones principales de la obligación, “remitiéndose a la literalidad del artículo anterior”⁶⁰². Esta tesis de que un simple cambio del objeto o de las obligaciones principales convierte la novación en extintiva ha sido seguida por alguna doctrina⁶⁰³, aunque parece excesivo este rigor⁶⁰⁴ que parte de una cuestión semántica, como es

⁶⁰² “Ya la sentencia de 14 de junio de 1.916 afirmaba: “...para que exista, no es necesaria la declaración terminante hecha por las partes de que la primitiva obligación quede sustituida por otra, sino que basta que la nueva resulte de todo punto incompatible con la anterior, es decir, que por la última se varíe ya la obligación contraída, ya las condiciones principales de la misma...” (Cfr. CRUZ VILLALÓN, *ib.*, pg. 350). Con similar orientación la Sentencia del Tribunal Supremo, en adelante STS, de 21 de abril de 1.972, Ar 1860 “que si bien con arreglo al artículo 1.203 núm. 1º del Código Civil, la variación de las condiciones accesorias no implica novación en sentido estricto, o sea, novación extintiva, si entraña desde luego, modificación de la obligación primigenia, esto es novación meramente modificativa”; STS 26 de enero de 1.976, Ar 30 “...las modificaciones accidentales que sin modificar la esencia de una obligación preexistente, se introduzcan en ella no producen el efecto de extinguirla por novación...”.

⁶⁰³ Cfr. especialmente SANCHO REBULLIDA, F.: *Comentarios del Código Civil*, t. I Ministerio de Justicia, 1.991, pg. 565: “Así, el art. 1.203, 1º, limita el campo de la autonomía de la voluntad para modificar, con subsistencia, la anterior obligación: si se varía el objeto o las condiciones principales no hay subsistencia modificada”.

⁶⁰⁴ Como ha sido puesto de relieve por la mayoría de la doctrina. Véase HERNÁNDEZ GIL, A.: “El

llamarle novación a esta modificación, pero que trasciende mucho más lejos, surtiendo efectos en el ámbito del desarrollo de la propia institución y en la extensión de la autonomía de la voluntad, llevando la novación, otra vez, al sentido extintivo que originariamente tenía y haciéndole perder de paso su función práctica, a la vez que deja reducida la modificación novatoria a las alteraciones de los elementos accesorios o accidentales del contrato.

Desde el exterior, en la práctica, sólo se puede conocer este *animus* atendiendo, sobre todo, a la voluntad de las partes, a la significación económica de la modificación y también, pero no en exclusiva, a la naturaleza de la cláusula modificada⁶⁰⁵, aunque la mejor manera es atendiendo a la causa del contrato antiguo y del resultante de la novación. En este sentido, debe señalarse que la función práctica de la novación es ser un contrato instrumental al servicio del contrato principal. En este sentido, la causa o función práctica de la novación es instrumental⁶⁰⁶ a la voluntad de las partes, que son quienes deciden si novan o modifican, mientras que la función económico-social del contrato inicial y el novado será o no coincidente en función de si se ha novado o modificado. Si se ha extinguido la obligación antigua, la causa del contrato antiguo y el nuevo diferirá⁶⁰⁷, lo que no ocurre si sólo se ha modificado la obligación⁶⁰⁸. De aquí que

ámbito de la novación modificativa”, Revista de derecho privado, octubre/1.961, pg. 804 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: *Tratado de Derecho civil* de Ennecerus (Parte General), t. I, vl.2, traducción de la 39ª ed. Alemana, Bosch, Barcelona, 1.950, pgs. 219 y ss; RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pgs. 71 y 72; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, pgs. 351-352.

⁶⁰⁵ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Tratado de Derecho civil*, cit., pg. 222; CASTÁN, “Derecho civil”, t. III, pg. 389; RIVERO LAMAS, J.: “La novación...”, cit., pg. 70; Igualmente la STS de 6 de noviembre de 1.971, Ar 4801: “...hay que atenerse a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y a la significación económica que se introduzcan en las obligaciones preexistentes...”.

⁶⁰⁶ Véase RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, pg 162. Esta causa, que no se puede confundir con la del contrato de trabajo, consistirá en “prolongar la vida de la relación jurídica de trabajo (...) sobre la que actúa, y potenciar su continuidad, modificando la relación laboral”. Ahora bien, difiere en las dos situaciones posibles: en la extintiva “opera genéticamente” creando una nueva relación sustitutiva de la primera, mientras que en la modificativa “se actúa sobre el cumplimiento del contrato de trabajo ya en curso, sobre su vida y la función práctica que realiza”.

⁶⁰⁷ Véase SUÁREZ GONZÁLEZ, : “Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo”, cit., pg. 1.881, dice que “tanto los sujetos como el objeto pueden presentarse en igual forma en varios contratos, y que solamente la causa es el elemento que sirve para identificarlos y definirlos”.

⁶⁰⁸ En general la mayoría de la doctrina parece seguir esta opción. Cfr., por todos, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., t.II, pg. 799.

sea la voluntad de las partes la única que puede decidir realmente si modifica o nova, quedando válido el contrato en lo no modificado, es decir manteniendo sus efectos los demás elementos, condiciones, derecho y deberes, principales y accesorios no alteradas de la relación obligatoria o extinguiéndose completamente la primitiva relación para ser sustituida por una nueva, incompatible con la primera⁶⁰⁹. En el primer caso la novación es modificativa mientras que en el segundo será extintiva.

7.3.2.1. La novación en el Derecho del trabajo

Todo lo dicho acerca de la novación en el Derecho civil es trasplantable al Derecho del trabajo, si bien hay que hacer algunas precisiones y matizaciones. Por de pronto que, a pesar de la aceptación civil tanto legal como jurisprudencial y doctrinal de la novación modificativa, en el Derecho del trabajo esto no sucede hasta el año 1.957, en que se acepta⁶¹⁰ el parecer doctrinal que admite la posibilidad de modificación de muchos aspectos de la relación laboral, sin que ello implique la ruptura de la relación, admitiendo, por tanto, la novación modificativa en el Derecho del trabajo⁶¹¹, que

⁶⁰⁹ El artículo 1.204 exige para la novación extintiva que la obligación nueva sea incompatible con la antigua, lo que suscita el problema de la definición de incompatibilidad. A este respecto, cfr. GIORGI, G.: *Teoría de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1.912, pg. 464: “ciertamente la incompatibilidad entre la primera y la segunda obligación es criterio verídico, porque una obligación no puede, por ley de lógica, confundirse con otra, cuando sea incompatible con ella. Pero incompatible está pronto dicho; el problema consiste en alcanzar el concepto de esta palabra y aplicarlo felizmente a los muchos casos dudosos”. Esta forma de entender el fenómeno modificativo por los tribunales fue considerado por algún autor como un “peculiar principio *pro empresario*”. Cfr. CASAS BAAMONDE, M.E.: “Clasificación profesional: prescripción de Acciones y Competencia de la Administración Laboral”, RPS, núm. 92/1.971, pg. 196.

⁶¹⁰ Cfr., p.e., la STS de 13 de marzo de 1.957, Ar : donde se habla “de unas supuestas novaciones modificativas en todo caso del contrato de trabajo de autos, por variaciones legales de los salarios asignados al demandante, simples accidentes en la vida del contrato que tampoco podían producir aquel efecto interruptivo”; igualmente, STS de 18 de octubre de 1.973, Ar 3847; 3 de junio de 1.977, Ar 3132. Sobre la evolución de la jurisprudencia en este tema, véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pgs. 354-355: “desde la ya lejana sentencia de 3 de mayo de 1.912 hasta la de 3 de mayo de 1.954 es prácticamente unánime la doctrina jurisprudencial al entender que se produce ruptura del vínculo obligacional con cualquier variación en la cuantía retributiva, es decir, en cuanto aumentara o disminuyera el salario a percibir, con cualquier cambio de lugar, del trabajo pactado o de la categoría profesional; y en general con cualquier variación de las condiciones sustanciales. La única excepción a toda esta construcción doctrinal era admitida en las situaciones de prórroga de la duración de la relación laboral”.

⁶¹¹ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pgs. 67 y 73. MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección...*, cit., pg. 165; VINUESA ALADRO, A.: “La clasificación...”, cit., pg. 118; CABRERA BAZÁN, J.: *La novación...*, cit., pg. 62.

inexplicablemente se rechazaba, al no permitir que las condiciones de trabajo pudiesen modificarse subsistiendo el vínculo contractual⁶¹².

Hoy esta polémica parece casi arqueológica, por cuanto es evidente que en el Derecho del trabajo se puede proceder a una novación contractual que modifique las condiciones que las partes estimen convenientes, toda vez que, aparte de las reglas civiles supletorias y subyacentes, el propio Estatuto de los Trabajadores en su artículo 3.1, c) dice que la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo puede decidir sobre los derechos y obligaciones contractuales, además de dedicar a las modificaciones, junto a la suspensión y la extinción del contrato un capítulo, el III. Igualmente, el Derecho del trabajo acepta la regla, consagrada civilmente, de la presunción a favor de la novación modificativa⁶¹³ en base, sobre todo, a la idea de que el contrato de trabajo es un negocio jurídico de gran solidez y resistencia en su duración, que se manifiesta en la intensidad con que juega el principio de conservación del contrato⁶¹⁴, lo que hace que la norma proteja esa continuidad en el vínculo admitiendo y encauzando las modificaciones del mismo⁶¹⁵; pero también al principio de protección del trabajador, que aquí se expresa admitiendo como prevalente la novación modificativa sobre la extintiva. Por esto, se puede decir que el régimen de la novación en el Derecho del trabajo estará fuertemente condicionado por “los principios de construcción propios de esta rama jurídica”⁶¹⁶.

⁶¹² Esta forma de entender el fenómeno modificativo por los tribunales fue considerado por algún autor como un “peculiar principio pro empresario”. Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La prescripción y la caducidad en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 85/1.973, pg. 81; CASAS BAAMONDE, M.E.: “Clasificación profesional...”, pg. 196.

⁶¹³ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 151; BLASCO SEGURA, “Modificación y suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo*, Madrid, 1.980, pg. 84; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 356. Entre la jurisprudencia, por todas, STS de 29 de enero de 1.964, Ar 1480; 6 de abril de 1.965, Ar 2146; TCT 27 de noviembre de 1.979, Ar 6653; 12 de enero de 1.979, Ar 17; 6 de noviembre de 1.980, Ar 5640.

⁶¹⁴ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 97 y ss.; CABRERA BAZÁN, J.: *La novación...*, cit., pg. 14.

⁶¹⁵ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo de España”, RPS núm. 118/1.978, pgs. 45 y ss.; *idem*: “Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones”, REDT, núm. 10/1.982, pgs. 161 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: “El final de un principio: La estabilidad en el empleo”, en AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, tecnos, Madrid, 1.980, pgs. 467 y ss.

⁶¹⁶ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg.72.

Otro de los principios básicos del ordenamiento laboral es el de irrenunciabilidad de los derechos, que puede actuar como límite de las modificaciones en general y de las novatorias en particular. Se puede entender la renuncia como un “negocio jurídico por el que se abandona un derecho con la consiguiente extinción del mismo”⁶¹⁷ o como la “declaración unilateral y no recepticia de la voluntad, tutelada por el ordenamiento jurídico, y dirigida exclusivamente a la pérdida o extinción de un derecho subjetivo, beneficio, expectativa o posición jurídica”⁶¹⁸ y puede tener como objeto todos aquellos derechos, expectativas, beneficios y posiciones jurídicas en general, cuya disposición no está prohibida legalmente.

Sin embargo, en la práctica laboral, la novación del contrato puede frecuentemente implicar la renuncia a derechos indisponibles por el trabajador⁶¹⁹, si bien no toda renuncia tiene que ser ilícita, en cuanto no incumpla el artículo 3.5 LET. Si se han respetado esos derechos indisponibles, la renuncia como acto unilateral de la parte que se desprende de un derecho o abandona una posición jurídica ya consolidada, aunque se integra en la novación “como parte de su contenido”, “lleva en sí mismo su causa, distinta de la novación, y forma parte del contenido de ésta una vez efectuada tal novación”. De aquí que, frente a una novación, la primera tarea sea determinar si contiene o no una renuncia de derechos indisponibles⁶²⁰.

Ahora bien, la novación puede responder verdaderamente a la voluntad conjunta de las partes, como sucede en un ascenso sin respetar ni atender a ningún tipo de plazo, como aquellos a los que se sujeta la movilidad ascendente a través del *ius variandi*

⁶¹⁷ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, pg. 85-86; CARIOTA FERRARA, F.: *El negocio jurídico*, (traducción de M. ALBADALEJO GARCÍA), Madrid, 1.956, pg 12; MARÍN PÉREZ, P.: “La renuncia al beneficio de la Ley en el Derecho Civil”, en Anuario de Derecho Civil, t. XV, 1.962, pg. 849 y ss.

⁶¹⁸ Véase FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: “La renuncia a la Sociedad de Gananciales, a los gananciales propiamente dichos y a las consecuencias de dicho régimen de bienes”, 1ª parte, “La renuncia en general”, Rev. de Derecho Notarial, abril-junio/1.960, pg. 205.

⁶¹⁹ Cfr. MENÉNDEZ PIDAL, J.: “La renuncia y el desistimiento en lo social”, RDP, julio-agosto/1.961, pg. 555.

⁶²⁰ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 86.

meliorativo, pero también a una iniciativa o propuesta unilateral de una parte que la otra acepta expresa o tácitamente. Esta aceptación expresa, mediante una declaración, o tácita, mediante un comportamiento del que se deduce la aceptación, son las formas en que un acto jurídico negocial se hace reconocible a los demás⁶²¹. En el primer caso no se plantea problema alguno, puesto que estamos en un contrato de naturaleza consensual y expresamente se declara la voluntad novatoria o modificativa, salvo, en su caso, el límite legal a la renuncia de derechos del 3.5 LET. Por eso hemos dicho que, al igual que consintieron las partes concertando el contrato, pueden consentir la novación o modificación del mismo. Mientras que el segundo caso, la novación tácita, debe entenderse como aquella situación de la que podemos inferir concluyentemente la existencia de voluntad novatoria por la constatación de ciertos actos, hechos o circunstancias, porque se entiende que la voluntad se expresa a través de estos hechos en un sistema jurídico como en nuestro, en el que prima la libertad de forma⁶²².

Esta novación tácita es la forma más frecuente en el contrato laboral y en bastantes casos resuelve traslativamente la intención novatoria previamente manifestada de manera inequívoca y clara por el empresario⁶²³, que es aceptada por el trabajador sin protesta ni reclamación alguna y que continúa prestando los servicios de acuerdo a las nuevas condiciones propuestas, perfeccionándose así el negocio novatorio de una manera tácita pero concluyente. Pero esto no soluciona nada, sino que nos emplaza ante otra cuestión, como es la del alcance de los comportamientos concluyentes en el ámbito laboral, porque no se debe confundir la propuesta empresarial de novar el contrato con la modificación unilateralmente ordenada por éste y esta incertidumbre únicamente se resuelve con la aceptación expresa y sin resquicio de duda por parte del trabajador⁶²⁴,

⁶²¹ Cfr. BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, cit., pg. 99; RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, pg. 108.

⁶²² Cfr. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, cit., pg. 82, donde señala que “la característica más destacada que puede ser atribuida abstractamente a la declaración tácita consiste en que supondría una incongruencia o verdadera contradicción que determinado acto no llevara aparejada la posibilidad de confiar con él como demostrativo de que existe la intención o voluntad de contratar”.

⁶²³ En este sentido, GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica...*, cit., pg. 394, señala que si la equivocidad de la declaración del empresario provoca una conducta ambigua en el trabajador, ésta no contendrá ningún valor determinante.

⁶²⁴ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 343; CAMPS RUIZ, L.M.: *La*

sobre todo si nos referimos a la novación extintiva, para la que se exige la declaración terminante de que esa es la voluntad de los contratantes⁶²⁵. A falta de esa declaración expresa, siempre se puede acudir a la presunción contractual que deriva de una relación laboral de hecho, que al ser *iuris tantum* puede ser destruida por prueba en contrario⁶²⁶, porque el problema reside en que de esa novación modificativa del contrato tácitamente aceptada se habrán de derivar unos determinados efectos jurídicos y no debe confundirse, por ejemplo, una novación modificativa acordada tácitamente a propuesta del empresario, con una modificación de condiciones unilateralmente decidida por el empleador que no ha sido impugnada⁶²⁷, aunque los efectos aparentes sean los mismos.

Hemos dicho que normalmente la novación se hace a partir de una propuesta del empresario al trabajador, pero nada obsta que a la iniciativa provenga del trabajador y vaya al empresario, porque la norma habla de “acuerdo de las partes”, y en este sentido da igual de donde haya surgido la iniciativa, porque lo importante es llegar o no al acuerdo. Ahora bien, ya sea la iniciativa del trabajador o empresarial, debe ser obvio que la parte receptora de la propuesta es libre, no se olvide que el consentimiento contractual válido debe serlo, para aceptar o no esa propuesta, no teniendo derecho alguno a imponer el cambio por esta vía el empresario ni, por supuesto, el trabajador. Uno porque está sujeto a los intereses y exigencias organizativas de la empresa, que delimitan el ámbito de su propuesta o aceptación, que estará siempre subordinada a esos intereses, y el otro porque es libre o no de aceptar en función, también, de sus intereses

modificación..., cit. pg. 39; ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *El poder de dirección...*, cit., pg. 39.

⁶²⁵ Cfr., p.e., STS de 16 de febrero de 1.978, Ar 657: “la novación extintiva no puede entenderse operada sin que conste expresamente manifestada la voluntad de las partes de extinguir la obligación primitiva, sustituyéndola “ex novo” por la posterior”. Igualmente STS de 10 de diciembre de 1.979, Ar 4333; 6 de abril de 1.965, Ar 2146.

⁶²⁶ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 111, citando a ALONSO GARCÍA, dice que “la relación de trabajo de hecho (...) no es, pues, ni más ni menos, que una prestación de servicios que, cuando va seguida de su utilización por el empresario, adquiere la significación de operar como contrato de trabajo, por ser perfectamente lícito suponer que existe un acuerdo de voluntades”.

⁶²⁷ Cfr. GARATE CASTRO : GARATE CASTRO, F.J.: “La movilidad funcional (En torno al artículo 39)”, en VV.AA. *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*. REDT, núm. 100/2.000, pg. 643; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional...*, cit., pg. 118.

personales y del límite impuesto por la irrenunciabilidad de sus derechos en base al 3.5 LET⁶²⁸.

Como se ha dicho, en el caso de una novación extintiva, el nuevo contrato creado sustituye al antiguo con las modificaciones introducidas por medio de la novación, mientras que en el caso de la novación modificativa queda subsistente el primer y único contrato, aunque alterado en las condiciones principales o accesorias en que se venía prestando el trabajo⁶²⁹, manteniéndose el resto de obligaciones y condiciones no modificadas que, por definición, persisten en el mismo contrato que se ha modificado⁶³⁰. No obstante, hay que precisar que se excluyen de la novación las alteraciones del objeto o de las condiciones principales del contrato de trabajo que no tienen su origen en el campo de la autonomía de la voluntad de las partes, como sucede en aquellos casos en los que efectivamente se produce esa o esas modificaciones, pero introducidas por ministerio legal o convencional de obligado cumplimiento y, por tanto, independientemente de la voluntad de las partes.

Con esta salvedad y el respeto al artículo 3.5 LET, mediante el instituto novatorio se puede cambiar todo: la prestación, el contenido de la prestación debida, la calificación profesional del trabajador, o como se ha dicho por la doctrina, “la categoría profesional(...) las circunstancias de carácter principal según la cuales se venía prestando el trabajo con anterioridad y que repercuten de una manera muy directa en esta prestación y en la misma categoría profesional, aunque no sean elemento sustancial que impriman una peculiaridad a la misma, así el tiempo que se emplea en la prestación, lugar donde se efectúa o sistema de trabajo adoptado”⁶³¹. De aquí que la voluntad de las

⁶²⁸ Sobre la posibilidad de imposición al empresario de la propuesta del trabajador, véase SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (E. BORRAJO DACRUZ, Dir.), EDESA, Madrid, 1.988, pg. 49; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional...*, cit., pág. 133.

⁶²⁹ Lo que se entienda por condiciones principales y accesorias se tratará más adelante.

⁶³⁰ Este es el caso, por ejemplo, de los derechos adquiridos por los trabajadores referentes a la antigüedad en la empresa, cómputo del tiempo a efectos de trienios, ascensos por antigüedad, etc. que se mantienen en el contrato después de la modificación. Véase RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, cit., pg. 155.

⁶³¹ Cfr. RIVERO LAMAS: *ib.* pgs. 226-227. Igualmente, CABRERA BAZÁN, J.: *La novación...*, cit., pg.

partes pueda modificar la prestación o su contenido, tanto en beneficio como en perjuicio del trabajador, puesto que tienen origen contractual y por consiguiente pueden ser modificados por las mismas voluntades que los crearon, si bien hay que tener en cuenta que mediante estas modificaciones no puede aplicarse a la nueva situación creada una regulación que sea más perjudicial que la normativa convencional aplicable⁶³².

Estas modificaciones pueden hacerse en beneficio o perjuicio de la situación del trabajador, porque por la vía de la novación se puede afectar todo el contrato, pero, si la novación es modificativa, nunca se podrá tocar la causa del contrato, porque entonces lo que estaríamos haciendo no es renovar el contrato de trabajo, sino dar origen a otro contrato, que puede ser civil o mercantil, pero que en cualquier caso ya no tiene nada que ver con el de trabajo, porque la causa que es la función económico-social que tipifica el contrato es característica de cada tipo contractual, de modo que si se modifica la causa extinguiremos el contrato de trabajo⁶³³.

Esto se concreta, por ejemplo, en el 39.5 LET que remite, para “el cambio de funciones distintas de las pactadas” no especificado en los números anteriores, “al acuerdo de las partes” y sólo supletoriamente, a falta de acuerdo remite al procedimiento del artículo 41 LET para que el empresario decida. Es decir, que para estas modificaciones funcionales remite, en lugar preferente, a la novación modificativa. Ahora bien, nada impide que se acuda al procedimiento novatorio para modificar las funciones sin hacer

15; VINUESA ALADRO, A.: *La clasificación...*, cit., pg. 140; SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en AA.VV. *Comentarios...*, cit., pg. 45.

⁶³² Es decir que se podrá modificar la prestación laboral, “pero carecerá de efectos aquel acuerdo modificativo por el que se pretenda someter la nueva prestación laboral a un régimen peyorativo al previsto para la misma por convenio colectivo”. Cfr. JAVILLIER, J.C.: “Aspects collectifs de la mobilité du personnel”, *Droit social*, 1.991, pg. 453; MAGNO, P.: “La vicende modificativa del rapporto di lavoro subordinato”, cit., pg. 297 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La nueva regulación de la movilidad funcional”, cit., pg. 135 y ss.

⁶³³ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, pgs. 230-231, donde señala que “sí que puede hablarse en base a la alteración de la causa de novación del contrato de trabajo cuando la precedente relación era un contrato de trabajo especial así en algunos casos de contratos de intercambio de servicios, cuando el contrato de trabajo que surge tras la novación participa también del carácter laboral que tenía el subyacente, o cuando un contrato de grupo se convierta en contrato de trabajo ordinario, y a la inversa”.

uso previamente de las facultades de los números anteriores del 39 LET, por cuando los poderes empresariales son de uso discrecional y las partes pueden hacer valer la autonomía de su voluntad, siempre que respeten los límites establecidos al efecto, cuando lo tengan por conveniente⁶³⁴, si bien en este caso la modificación se hará realmente en virtud de la autonomía de la voluntad contractual consagrada en el 3.1.c) y no del artículo 39.5 LET, que establece el acuerdo novatorio para cuando la modificación funcional prevista supera el límite del poder directivo o del *ius variandi*⁶³⁵.

7.4. EL ÁMBITO DE LA DENUNCIA MODIFICATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO LABORAL

La denuncia modificativa está a mitad de camino de una extinción y una novación contractual, en el sentido de que el empresario le anuncia al trabajador la intención de despedirlo si no se aviene a una modificación contractual. Desde esta perspectiva, es un negocio jurídico mixto por el que el empleador fuerza al empleado a aceptar su propuesta, sino quiere que su contrato se extinga. Esta institución es la que permite llevar a cabo modificaciones sustanciales del contrato a iniciativa empresarial en Francia, a través del *congé conditionnel*, en Italia, mediante el *recesso modificativo* y en Alemania, por medio del *Anderungskündigung*⁶³⁶. Sin embargo, en España esta

⁶³⁴ Cfr. CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación...*, cit., pg. 41. En sentido contrario, se ha calificado de fraude de ley obtener mediante un acuerdo novatorio los mismos objetivos que se pueden conseguir mediante el uso de otros instrumentos jurídicos como el poder directivo o el *ius variandi*. Cfr. LISO, F.: *La mobilità del lavoratore...*, cit., pg. 190; SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pg. 48.

⁶³⁵ DE SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación...”, cit., pg. 50; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional”, REDT, núm. 67/1.994, pg. 774; RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional...”, cit., pg. 706.

⁶³⁶ Puede verse, p.e., SAVATIER, J.: “La modification unilaterale du contrat de travail”, *Droit Social*, núm. 3/1.981, pg. 220 y ss., para Francia; TREU, I.: “Sul recesso modificativo”, en *Riv. Delle Società*, 1.962, pg. 847 y ss.; GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica...*, cit., pg. 394 y ss., para Italia; y KAUP, C: *Die Individual-Anderungskündigung im Arbeitsrecht*, Colonia, 1.975; NIKISCH, A: “Die Sogenannte Anderungskündigung” en *Festschrift für Sitler*, Stuggar, 1.956, pgs. 265 y ss., para Alemania.

figura jurídica de la denuncia modificativa no ha tenido desarrollo normativo ni apenas tratamiento doctrinal⁶³⁷.

Esta situación parece responder a dos factores, que en realidad son causa y efecto de una idea que ve el poder empresarial como algo potencialmente peligroso y que, por tanto, debe estar sujeto a limitaciones⁶³⁸ y a una regulación lo más amplia posible de las modificaciones contractuales, lo que ha permitido, a su vez, conformar y modalizar de manera cada vez más dúctil y flexible la prestación de trabajo mediante los llamados poder de dirección, *ius variandi* y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo⁶³⁹. De esta manera no ha sido imprescindible la figura de la denuncia modificativa, pero tampoco cabe prescindir totalmente de ella, porque se dan situaciones en las que hay que acudir a su uso, a pesar de la flexibilidad que conceden los institutos jurídicos señalados para adaptar la prestación a las necesidades organizativas. Estas situaciones, en las que se hace necesario valerse de la denuncia modificativa, son aquellas en las que se cambia de categoría al trabajador mediante una reclasificación profesional a la baja, que necesariamente ha de hacerse por acuerdo entre las partes.

La fuerza vinculante de los efectos modificativos de la denuncia deriva de la autonomía de las partes para pactar aquello que tengan por conveniente, es decir de la capacidad que tienen para proceder a una novación contractual. Ahora bien, la denuncia modificativa no es propiamente una novación contractual, al menos formalmente, por cuanto media el preaviso dado por el empresario en el sentido de extinguir el contrato, si no se acepta su propuesta de modificación, que debe ser aceptada por el trabajador

⁶³⁷ Sobre la influencia de la denuncia modificativa en la regulación de las modificaciones sustanciales véase *infra*.

⁶³⁸ En esta línea, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *El Estatuto de los trabajadores* (Dir. E. BORRAJO DACRUZ), t. VIII, Edersa, Madrid, 1988, pg. 139. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 424 y ss. ; ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, cit., pgs. 99 y 100, dice que la denuncia modificativa “invierte los términos del problema al presumir una legitimidad empresarial en el ejercicio de un poder modificativo ampliamente aceptado, muy intenso en sus manifestaciones por regla general y desconocedor de cualquier garantía mínima para el trabajador. Frente a ella, un ordenamiento como el español o como el italiano presume la falta de capacidad del empresario para llevar a cabo unilateralmente este tipo de cambios, haciendo inviable en principio la aplicación en ellos de la figura de la denuncia modificativa”.

⁶³⁹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 424

para surtir sus efectos plenos. Por eso, es evidente que el trabajador, ante la alternativa entre perder su empleo, la incertidumbre de una demanda judicial y la búsqueda de un empleo, optará, lo más frecuentemente, por aceptar la modificación y conservar su trabajo, aunque sea en peores condiciones. De aquí que la imputación de la responsabilidad de la ruptura caiga sobre el empresario, que es quién decidió la modificación⁶⁴⁰, aunque sea el trabajador el que decide aceptarla o no. Sin embargo, esta idea parece partir de la maldad intrínseca de la decisión empresarial, que puede existir, olvidando que la modificación para que se considere justificada ha de responder, como se ha dicho, a causas y necesidades reales y demostradas, puesto que en caso contrario se entenderá que constituyen un abuso de Derecho y por tanto la extinción del contrato derivada del rechazo de la modificación será ilícita, debiendo pagar el empresario la indemnización correspondiente.

Por esto, se puede decir que la denuncia modificativa es una resolución del contrato de trabajo sujeta a condición, en cuanto los efectos del despido están condicionados a la aceptación o rechazo que de la propuesta modificativa empresarial haga el trabajador. En este sentido, “dos son las posibles manifestaciones de esta denuncia modificativa: la formulada bajo condición suspensiva y la realizada bajo condición resolutoria. En función de la primera, los efectos extintivos quedan en suspenso hasta tanto se produzca un pronunciamiento del trabajador, en uno u otro sentido. Frente a ella, en la segunda, el despido despliega todos sus efectos desde el primer momento, independientemente de que con posterioridad puedan quedar automáticamente revocados por el acto de aceptación de la propuesta empresarial”⁶⁴¹.

En la propuesta empresarial novatoria hecha bajo la amenaza de extinción reside la diferencia de la denuncia modificativa con la novación que en apariencia es, por cuanto el trabajador se ve coaccionado, en cierta forma, para aceptar la propuesta, de modo tal que la existencia de esta coacción hace que la denuncia modificativa esté mas cerca, en la realidad, de una modificación unilateral que de una modificación acordada. Por

⁶⁴⁰ Cfr. al respecto, p.e., SAVATIER, J.: “La modification unilatérale du contrat de travail, cit., pg. 223.

⁶⁴¹ Véase, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 423.

esto, en la doctrina francesa la denuncia modificativa se considera como una modificación unilateral de condiciones sustanciales de trabajo⁶⁴², entendiéndose que las no sustanciales se encuentran dentro del ámbito de ejercicio del poder directivo, luego discrecionales para el empleador y obligatorias para el trabajador⁶⁴³, mientras que en las modificaciones sustanciales se parte de la idea, admitida por los tribunales, de que el empleador, que puede lo más, el despido, puede lo menos, la modificación contractual, siempre que se base en causas serias y reales⁶⁴⁴ derivadas de las necesidades de la organización de la empresa. Por eso, si su propuesta de modificación, fundada en causas organizativas serias y reales, es rechazada, el trabajador, que ve extinguirse su contrato, no tendrá derecho a indemnización por despido⁶⁴⁵.

En nuestro ordenamiento la denuncia modificativa cumple un papel muy escaso, que puede reducirse a los supuestos de degradación profesional derivada de ineptitud del trabajador⁶⁴⁶, y no otros supuestos de cambio de funciones que pueden parecer similares, como los derivados del artículo 36.4 LET, para trabajadores nocturnos con problemas de salud, y 37.4, 5 y 7 LET, para el caso de la conciliación de la vida familiar o para hacer efectiva la lucha contra el maltrato y la movilidad de la trabajadora embarazada, del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos, la movilidad por disminución fisiológica del trabajador prevista en los artículos 24 y 25 del Decreto 792/1961, de 13 de abril, o la movilidad funcional del artículo 1 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, a raíz de una declaración de incapacidad permanente parcial. No pueden incluirse en este supuesto de la movilidad funcional mediante la denuncia modificativa porque, aunque compartan el ser una medida alternativa a la extinción contractual, la

⁶⁴² Por todos, SAVATIER, “La modification unilatérale...”, cit., pg. 219 y ss..

⁶⁴³ CAMERLYNCK, G.H.: *Droit du travail. Le contrat de travail*, 2ª ed., Dalloz, París, 1.982, pg. 408 y ss.

⁶⁴⁴ Sobre la realidad y seriedad de la causa alegada, véase JAVILLIER, J.C.: *Droit du Travail*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, París, 1.978, pg. 283 y ss.

⁶⁴⁵ Cfr. RIVERO, J. y SAVATIER, J.: *Droit du travail*, Presses universitaires de France, París, 1.956, pg. 574; SAVATIER, J.: “La modification unilatérale du contrat de travail”, cit., pg. 219; TEYSSIE, B.: “La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l’entreprise”, *Droit Social*, núm. 12/1.986, pg. 852.

⁶⁴⁶ Igualmente CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 430 y ss.

denuncia se inicia por la decisión empresarial, a instancias de las exigencias organizativas, de modificar las condiciones contractuales, mientras que en los demás casos citados no es una decisión discrecional del empleador sino una obligación legal, también a veces convencional, que se le impone para proteger la salud del trabajador o para fomentar el empleo de trabajadores minusválidos.

La degradación por ineptitud ha sido calificada como movilidad por razones sociales⁶⁴⁷, en cuanto que lo que pretende realmente es proteger la estabilidad en el empleo del trabajador mediante la modificación de sus funciones, aplicando reglas de movilidad interna para no tener que acudir a la externa y proceder al despido por no ser ya útil a la empresa la prestación de ese trabajador. Por eso, es preferible la reubicación, no sólo para la empresa que no prescinde de personal ya adaptado a su cultura empresarial, sino sobre todo para el trabajador, que mantiene la estabilidad en el empleo, aunque sea con cierto sacrificio del derecho al mantenimiento de su cualificación⁶⁴⁸; pero no podemos olvidar que estamos contemplando un supuesto de degradación por ineptitud profesional, es decir que el trabajador ha demostrado ser incapaz de desempeñar esa cualificación profesional, luego poca cualificación puede perder si no la ha alcanzado, aunque otra cuestión sí que es la expectativa de alcanzarla o de promocionarse que podría tener. En este sentido, se ha considerado por la doctrina italiana, con buen criterio, que la degradación tiene como finalidad causar un beneficio, no un perjuicio, al trabajador, por eso en el acuerdo contractual que cierra la oferta del empresario prevalece el interés del empleado⁶⁴⁹, si bien esta opinión no es unánimemente compartida⁶⁵⁰, ni trasplantable en su totalidad a nuestra situación, por cuanto allí está prohibido cualquier pacto en contrario de los límites del *ius variandi*.

⁶⁴⁷ Cfr. SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional” en AA.VV. *Comentarios...*, cit., pg. 49 y ss.; GARATE CASTRO, J.: “Movilidad funcional en la empresa”, cit., pg. 643 y ss..

⁶⁴⁸ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 431.

⁶⁴⁹ Cfr., p.e., LISO, F.: *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit., pg. 184 y ss.; PERSIANI, M.: “Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori”, in *Dir. Lav.* 1.971, pg. 22.

⁶⁵⁰ P.e., SCOGNAMIGLIO, R.: “Osservazioni sull’art. 13 dello Statuto dei lavoratori”, en *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 1.972, pgs. 499-450; PERA: *Diritto del lavoro*, cit., pg. 508.

Sobre el tipo de ineptitud que justifique la degradación, se ha dicho que no puede ser cualquiera sino sólo aquella que pudiera constituir causa de despido⁶⁵¹, constituyendo la incapacidad para realizar el “conjunto de tareas que integran el contenido de cada contrato de trabajo referidas, eso sí, a cada momento de la evolución del mismo”⁶⁵², no la ineptitud en su puesto o en alguna de sus funciones contractuales, sino que ha de ser una incapacidad general que imposibilite el cumplimiento, sino de todas, sí de las funciones principales de su profesión⁶⁵³. Evidentemente, este planteamiento imposibilita el uso de la denuncia modificativa, salvo casos extremos, lo que convierte en excesivamente rígido el contrato del trabajador incapaz de hacer frente a sus funciones, acercando en la práctica, mucho más de lo querido por sus defensores, el despido del trabajador, al haber dejado de ser útil su prestación a la organización empresarial⁶⁵⁴, porque en estos casos la alternativa real es la opción entre la degradación o el despido, lo que nos emplaza realmente ante una denuncia modificativa, sobre la que se volverá más adelante.

7.5. EL ÁMBITO DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPRESARIO

Una vez que hemos asignado un ámbito de actuación a la diversos mecanismos jurídicos que permiten la modificación del contrato de trabajo, ya sea a través de la voluntad conjunta de las partes, ya a través de la voluntad unilateral del empresario,

⁶⁵¹SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional” en AA.VV. *Comentarios...*, cit., pg. 51. Se excluyen aquellas causas que no son independientes de la voluntad de las partes, como la disminución voluntaria y culpable de rendimientos o el desempeño negligente de sus tareas que no son causas objetivas de despido. Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La ineptitud como causa de despido”, RPS, núm. 127/1.980, pg. 213.

⁶⁵² Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, *ibidem*, pg. 206; ALBIOL *et al.* “La nueva regulación...”, cit., pg. 67. Esta doctrina es la defendida por la jurisprudencia, que entiende existe ineptitud cuando “no puede desenvolver ni desarrollar de manera útil y provechosa el trabajo que se obligó a ejecutar y para el que fue contratado, por carecer de la preparación y aptitud precisa para ello”. STS 19 de junio de 1.977, Ar 3157; 16 de marzo de 1.978, Ar 1070; 17 de mayo de 1.968, Ar 2211; Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, en adelante STCT, de 12 de junio de 1.979, Ar 3990.

⁶⁵³ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, *ibidem*, cit., pg. 214; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del trabajo*, cit., pg. 309; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, cit., pg. 424.

⁶⁵⁴ Sobre esta cuestión véase lo dicho *infra*.

sólo nos queda asignar un campo de juego a la facultad de modificación unilateral del contrato detentada por el empresario, es decir, señalar el ámbito de las conocidas como modificaciones sustanciales, que tienen en el planteamiento legal y doctrinal un carácter instrumental residual, en cuanto que la mejor manera de asignación de su ámbito de actuación podría ser diciendo que cualquier otra modificación objetiva que se pretenda llevar a cabo unilateralmente por el empresario en el contrato de trabajo, en su prestación y en su contenido, que no haya sido asignada a los institutos modificativos precedentes, habrá de materializarse de acuerdo con lo dispuesto para las modificaciones sustanciales en el artículo 41 LET, esencialmente, pero también a través de lo dispuesto en los artículos 39.5 y 40. De aquí que a través del procedimiento de modificación de condiciones sustanciales del contrato de trabajo se podrán modificar por el empresario tanto la prestación como su contenido y las circunstancias en que este se desenvuelve, siempre que la modificación responda a exigencias organizativas.

Ahora bien, a la vista de lo expuesto, podemos señalar que, dejando aparte la novación modificativa en cuanto que se necesita la voluntad conjunta de las partes, sólo hay dos tipos de poderes, los de modalización de la prestación y los de variación de la misma, diferenciados esencialmente por la exigencia o no de justificación causal, por lo que sólo cabría hablar de modalización o modificación de lo pactado, con lo que se podría simplificar la terminología en uso por la doctrina y las discusiones acerca del ámbito de cada uno de los tradicionales poderes empresariales, aunque aquí se haya reflexionado acerca de los mismos y de las denominaciones tradicionales.

Porque la división entre esos institutos modificativos se ha estructurado desde la perspectiva de un cierto recelo de los poderes empresariales y de que cualquier cambio debe responder a vicisitudes extraordinarias de la vida de la empresa y de los contratos, sin embargo hoy creemos que se puede decir que estas causas hay que considerarlas como algo no tan extraordinario, más normal, en cuanto que la organización de la empresa en los entornos globalizados y cambiantes de la actualidad económica han convertido lo extraordinario y excepcional en ordinario y normal en la organización de cualquier empresa dentro de este sistema productivo.

PARTE SEGUNDA: EL ÁMBITO APLICATIVO DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES

1.1. SOBRE EL CONCEPTO DE CONDICIONES DE TRABAJO

El ámbito de aplicación del artículo 41 LET, dedicado a la regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, ha de ser delimitado, al igual que en la regulación anterior a la reforma de 1.994, por dos parámetros que el legislador ha utilizado, antes como ahora, para diferenciar las modificaciones sustanciales de aquellas que no lo son: la primera de ellas es la precisión u acotación de cuáles son las condiciones de trabajo que pueden ser modificadas por esta vía y, la segunda, qué es esa sustancialidad que se predica de la modificación de dichas condiciones.

Cuando hablamos de condiciones de trabajo es evidente que no estamos empleando el término *condición* con el mismo significado que si estuviésemos hablando desde el punto de vista del Derecho de contratos, puesto que para el Derecho civil la condición, entendida como “acontecimiento futuro e incierto” es una “autolimitación de la voluntad introducida en la declaración”⁶⁵⁵, que sólo llega a existir, en rigor, cuando acaece el evento puesto como condición, porque inicialmente lo que existe es una voluntad hipotética, declarada para el caso de que el evento aparezca, en cuyo momento cobra verdadera existencia la voluntad⁶⁵⁶. Por eso, la inserción de una condición dentro de una relación obligatoria se puede describir como “el interés en que la estructura obligacional sólo se producta a partir

⁶⁵⁵ Véase, entre todos, a MESSINEO, F.: *Dottrina Generale del Contratto*, cit., pg. 114 ; igualmente, BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pg. 443 y ss.. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., t. II, pg. 347 y ss.

⁶⁵⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., t. II, pg. 348. BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pg. 445: “propiamente, condición es una disposición de la parte que enlaza, por un nexo hipotético el precepto del negocio a una determinada previsión, para suspender o resolver, al producirse, la regulación de intereses establecida”.

de un determinado supuesto⁶⁵⁷. De aquí que toda condición tenga que ser un hecho futuro e incierto, porque “la incertidumbre y el carácter futuro del hecho o circunstancia prevista son las características esenciales de toda condición y deben concurrir conjuntamente⁶⁵⁸”.

Por eso, el Código civil sitúa, al lado de las que llama obligaciones puras, las obligaciones condicionales, que son aquellas que el artículo 1.113 considera que su cumplimiento o efectividad se hace depender de un suceso futuro o incierto o de un suceso pretérito que los interesados desconocen, por lo que la obligación no puede ser exigida inmediatamente, sino que hay que esperar, de acuerdo con el artículo 1.114 Cc, al acontecimiento en que consista la condición, que de esta manera impide la entrada en vigor, en todo o en parte, de la reglamentación de intereses prevista o la exigibilidad de los derechos establecidos en ella⁶⁵⁹.

Como puede observarse, cuando hablamos de condiciones del contrato de trabajo no podemos estar refiriéndonos a esta idea de condición que acabamos de ver, aunque evidentemente puedan existir contratos de trabajo sujetos a condición⁶⁶⁰, sino que

⁶⁵⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., t. II, pg. 348 y 349: “Mediante la condición, se delimita o acota de una manera precisa la hipótesis o el supuesto de hecho para el cual la reglamentación de intereses debe tener vigencia. El intento empírico es que la reglamentación, o una parte de ella, sólo entre en vigor cuando aparezca y en la medida en que aparezca la hipótesis”; MESSINEO, F.: *Dottrina Generale del Contratto*, cit., pg. 115, señala que el efecto de la condición “se produce automáticamente, por impulso de la voluntad, declarada en el acto de la formación del contrato”

⁶⁵⁸ El Código civil en su artículo 1.113 admite la posibilidad de que se constituya como condición un “suceso pasado que los interesados ignoren”. En contra de la consideración del hecho pasado como condición, véase DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos ...*, cit., t. II, pgs. 348 y 349: La incertidumbre no es meramente subjetiva, sino que debe revestir un carácter objetivo. Ambas características, el carácter futuro del hecho y la incertidumbre, deben concurrir conjuntamente. Igualmente, para BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pg. 450, no estamos ante una condición cuando se hace “depender el valor obligatorio del negocio” de un “hecho subjetivamente incierto” presente o pasado pero desconocido para las partes, que lo supeditan a su comprobación. En este caso más que de condición se debe hablar de “reserva”; MESSINEO, F.: *Dottrina Generale del Contratto*, cit., pg. 115, igualmente exige que “el advenimiento de la condición debe ser “objetivamente” incierto; si fuese cierto, estaríamos ante una condición “necesaria”, que es una condición en sentido impropio”.

⁶⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., , T. II, pg. 347.

⁶⁶⁰ Esta condición puede afectar a todo el contrato o sólo a una parte del mismo, como sucede, por ejemplo, con el contrato de trabajo celebrado por el tiempo que dure la enfermedad del sustituido en que la fecha de terminación del mismo está sujeta a una condición mientras que el resto del contrato no. En este sentido, señala BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pg. 450, que la condición “en lugar de referirse al total contenido del negocio, puede afectar sólo a una parte de él, a un específico pacto”.

pensamos en otra cosa diferente⁶⁶¹, que si intentamos ubicarla en el Derecho civil deberíamos denominar, en una primera aproximación, como “circunstancias de la relación obligatoria”⁶⁶². Pero estas circunstancias tampoco nos dan la respuesta que buscamos, puesto que se considera que se comprenden en ellas el tiempo, el término esencial y el lugar de la relación obligatoria, es decir de la prestación, lo que conforma un ámbito que parece excesivamente estrecho para lo que se sobreentiende cuando nos referimos a las condiciones del contrato de trabajo, porque el sobreentendido tiene que ver, como dice el Diccionario de la Lengua con las “circunstancias que afectan a un proceso o al estado de una persona o cosa”, es decir con las circunstancias que afectan al contrato de trabajo, que *a priori* parecen ser bastante más que esas tres.

Por eso, para un laboralista el término condición engloba bastantes más cosas que esas circunstancias civiles de tiempo, término esencial y lugar de la prestación, como a continuación se expondrá. Ahora bien, estas circunstancias de la relación obligatoria laboral o condiciones contractuales⁶⁶³ en la terminología al uso, debido a que el contrato de trabajo impone una conducta duradera, en cuanto obliga a unas prestaciones periódicas, pueden verse afectadas por las vicisitudes de la propia vida y del mercado, sean estas estructurales o coyunturales, pues tanto da, que afectan a la empresa y que repercuten en la existencia misma del contrato o en la exigencia de modificación de esas condiciones, de esas circunstancias de la relación obligatoria laboral, en suma, del contrato de trabajo, porque una modificación contractual implica siempre la alteración de algún elemento estructural o funcional de la relación jurídica. En este sentido de modificación de

⁶⁶¹ Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española podemos ver dos acepciones del término *condición* que nos interesan, una, la octava, donde se define como “acontecimiento futuro o incierto del que por determinación legal o convencional depende la eficacia inicial o la resolución posterior de ciertos actos jurídicos”, que coincide enteramente con la condición civil y otra, la onceava, que se refiere a la condición como aquellas “circunstancias que afectan a un proceso o al estado de una persona o cosa”, que sí tiene mas que ver con el objeto de nuestra indagación.

⁶⁶² Sobre las circunstancias de la relación obligatoria véase, p.e., DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., t. II, pgs. 321-346.

⁶⁶³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Civitas, 1985, pg. 12, se refiere a las condiciones contractuales como el conjunto de reglas que fijan el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos.

condiciones contractuales o circunstancias de la relación obligatoria se ha hablado también de vicisitudes⁶⁶⁴ del contrato de trabajo.

Ahora bien, el interés de nuestra indagación acerca de qué se puede entender por condiciones laborales radica en que el objeto de nuestro estudio son las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, reguladas en los artículos 39,5, 40 y 41 LET, esencialmente este último, que se ven aquejados de serios problemas interpretativos en la delimitación de su ámbito de actuación. El ámbito de aplicación del artículo 41 LET se refiere a “las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, lo que nos obliga, de entrada, a delimitar y concretar lo que se deba o pueda entender por condiciones de trabajo, para después, en segundo lugar, precisar el concepto de lo sustancial aplicado a las condiciones laborales.

1.1.1. El concepto de condición de trabajo en las fuentes y la doctrina laboral

En primer lugar, debe señalarse que el concepto de condiciones de trabajo es el primer criterio utilizado por el legislador para delimitar la clase de modificación de la relación jurídica prevista en el 41 LET. Por eso, debía ser fácil y unidireccionalmente inteligible su conceptualización, aunque la realidad, por el contrario, nos emplaza ante un término equívoco⁶⁶⁵ que se presta a interpretaciones excesivamente amplias, porque no solo no existe una definición jurídica de la noción de condiciones de trabajo, sino que, al contrario,

⁶⁶⁴ Para el diccionario de la Lengua, cit., el término vicisitud indica “orden sucesivo o alternativo de algo. Inconstancia o alternativa de sucesos prósperos y adversos”, lo que sugiere los cambios que, derivados de esas alternativas, afectan al contrato de trabajo. En este sentido, señala DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit, vol. I, pg. 791, que “la idea de vicisitud (vicenda) por la que atraviesa una relación jurídica cualquiera, y en particular la relación obligatoria, procede de los autores italianos (ALLARA, BETTI). En un sentido muy amplio, designa las diferentes fases de lo que podríamos llamar el ciclo vital por el que atraviesa o se desenvuelve la relación obligatoria. Cabe así distinguir tres tipos o momentos distintos: la constitución, la modificación y la extinción. En un sentido más estricto, la idea de vicisitud trata de captar el fenómeno del cambio o de la alteración que en su devenir histórico puede sufrir una relación jurídica cualquiera y las consecuencias y efectos jurídicos que este cambio o alteración está llamado a producir”.

⁶⁶⁵ Como la terminología jurídica se forja con el tiempo, es el Derecho civil la rama del derecho más y mejor elaborada, por lo que el Derecho civil ha construido el vocabulario y los conceptos jurídicos que han afinado los métodos de razonamiento propios del jurista (Cfr. GHESTIN, J. y GOUBEUX, G.: *Droit civil*, LGDJ, París, 1.977, pg. 3). Lo contrario sucede en el Derecho del trabajo, que como materia nueva y movetiza, en cuanto ligada a reivindicaciones, “los juristas construyen o utilizan a la ligera un vocabulario que manejan sin haber comprendido bien el sentido y el alcance”, véase BANCE, P.: “Recherches sur le critère juridique des conditions de travail”, en *Revue française des Affaires Sociales*, núm. 1/1.987, pg. 123.

un análisis de las diferentes fuentes del derecho y de la doctrina muestran que existe un conjunto de conceptos y subconceptos referentes a esta noción, sin definición única y reconocida⁶⁶⁶. No obstante, todo el mundo comprende el sentido de la expresión *condiciones de trabajo*, aunque sea percibida diferentemente por cada cuál. Por eso, se hace necesario clarificar el alcance del concepto, toda vez que, cuando se habla de condiciones de trabajo, nos podemos referir tanto a condiciones referentes a la seguridad y salud laboral, como a cuestiones relacionadas con las categorías civilistas tradicionales (contrato de trabajo, modificación del contrato, derecho de obligaciones) o que afectan a categorías particulares de trabajadores a proteger, como mujeres, jóvenes, inmigrantes u otros⁶⁶⁷.

Es evidente que esta situación provoca incertidumbre en los textos, que se prestan a interpretaciones demasiado amplias o excesivamente estrechas e incluso contradictorias⁶⁶⁸. Por eso, para facilitar el uso de un vocabulario sin equívocos que facilite los intercambios, es decir las relaciones sociales y jurídicas, se debiera definir claramente un concepto como el de condiciones de trabajo, así como los subconceptos que engloba y lo componen, que son los diversos elementos que constituyen el concepto global de condiciones de trabajo y que, a su vez, pueden estar compuestos por otros subconceptos⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Véase KRYNEN, B.: “Le droit des conditions de travail: droit des travailleurs à la santé et à la sécurité?”, *Droit Social*, nº 12/1980, pg. 524; En el mismo sentido se expresa SPIROPOULOS, G.: “Conditions de travail: élargissement du concept et problematique juridique”, *Droit social*, nº 12, 1990, pgs. 851 y ss. El artículo está escrito, como el anterior, desde una óptica de la seguridad y salud laboral, aunque se puede aún hoy mantener que la significación jurídica del termino condiciones de trabajo varía tanto en el tiempo y en el espacio, de un país a otro, a veces frecuentemente, en el interior de un mismo país, de un texto legislativo o reglamentario a otro, de una obra de derecho del trabajo a otra, que se viene a preguntar se existe verdaderamente algún concepto jurídico de condiciones de trabajo susceptible de servir de base a comparaciones internacionales.

⁶⁶⁷ Sobre esta multiplicidad de acepciones puede consultarse MATEOS BEATO, A.: *Diccionario de Seguridad y Salud Laboral. Conceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Lex Nova, 2.001, pg. 295-297.

⁶⁶⁸ Esto a llevado a que algún autor califique el esfuerzo de aprehender lo que cabría entender por *condiciones de trabajo* como “una de las cuestiones interpretativas más atormentadas que plantea el alcance aplicativo del art. 41 ET”. Véase SALA FRANCO, T.: “El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (dir. Rafael MARTÍN EZ EMPERADOR), Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1.996, pg. 128.

⁶⁶⁹ Por ejemplo, el subconcepto tiempo de trabajo comprende, a su vez, la duración y la distribución del tiempo de trabajo.

A partir de aquí hay que indagar en las diversas normas laborales, convenios y acuerdos colectivos, jurisprudencia y doctrina la noción de condiciones de trabajo, así como los subconceptos que cada norma, convenio o autor introduce en el concepto genérico de condiciones de trabajo, para, finalmente, si es posible, llegar a una definición de condiciones de trabajo, porque tradicionalmente, tanto en el derecho español como en otros derechos nacionales⁶⁷⁰ no parece existir un concepto jurídico de condiciones de trabajo. En consecuencia, lo más frecuente en estos textos es proceder por simple referencia a la noción de condiciones de trabajo, sin definir las o, como máximo, por una enumeración, generalmente no limitativa de los principales componentes de esta noción.

Si acudimos a las normas internacionales del trabajo encontramos exactamente esa situación al investigar el concepto de condiciones de trabajo⁶⁷¹. Una de las tareas esenciales de la Organización Internacional del Trabajo ha sido, desde su creación, la mejora de las condiciones de trabajo. Es más, la expresión *condiciones de trabajo* aparecía ya en el Preámbulo de la Constitución de la OIT⁶⁷² al determinar la competencia de la organización. Pero allí lo que hay es una descripción muy amplia de su contenido, no una definición propiamente dicha, que cubre prácticamente la totalidad de las competencias de la OIT.

Una descripción algo más clara, aunque igualmente vaga, de las condiciones de trabajo aparece veinticinco años más tarde, en la Declaración de Filadelfia de 1.944⁶⁷³. En este

⁶⁷⁰ En cuanto al derecho francés mantiene la afirmación de que no existen textos legislativos que den una definición legal del concepto de “condiciones de trabajo” SPIROPOULOS, G. cit., pg. 854. En lo referente al derecho español será estudiado más adelante.

⁶⁷¹ Para un análisis de la situación, véase SPIROPOULOS, G.: “Conditions de travail...” cit., pg. 854 y ss.

⁶⁷² Parte XIII del Tratado de Versalles.

⁶⁷³ Redactada como Anexo a la Constitución de la OIT, donde se expresa que “...existen condiciones de trabajo... implicando... la injusticia, la miseria y las privaciones... y dado que es urgente mejorar estas condiciones: por ejemplo, en lo concierne a la reglamentación de las horas de trabajo, la fijación de una duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, el reclutamiento de la mano de obra, la lucha contra el paro, la garantía de un salario... la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, las pensiones de vejez y de invalidez, la defensa de los intereses de los trabajadores en el extranjero, la afirmación del principio "a igual trabajo, igual salario", la afirmación del principio de libertad sindical... la

texto, que vino a ampliar sensiblemente el campo de acción de la OIT, el término *condiciones de trabajo* está asociado a los conceptos de “salarios y duración del trabajo”, o de “duración del trabajo y otras condiciones de trabajo”, pero dissociado de otras nociones que son frecuentemente consideradas como componentes de las condiciones de trabajo (por ejemplo, nociones de satisfacción en el trabajo, de protección de la vida y de la salud de los trabajadores, de protección de la infancia y de la maternidad, de garantía de igualdad de oportunidades, etc.).

Como era de esperar, los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo adoptadas desde 1919 en el terreno de las condiciones de trabajo⁶⁷⁴ utilizan abundante e indistintamente diferentes términos genéricos designando las condiciones en las cuales hombres y mujeres desarrollan su trabajo: condiciones de empleo⁶⁷⁵, condiciones de trabajo⁶⁷⁶, condiciones de empleo y trabajo⁶⁷⁷, condiciones de trabajo y de vida profesional⁶⁷⁸, condiciones de vida y de trabajo⁶⁷⁹. La variedad del vocabulario es, en efecto, muy grande y no parece que pueda darse un valor jurídico preciso a estos términos. En consecuencia, parece evidente que el legislador internacional se ha abstenido voluntariamente de toda definición legal de estos términos, encontrándose, como máximo, a veces textos que dan una enumeración, aunque no limitativa, de los componentes del término utilizado.

enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas...”.

⁶⁷⁴ Hasta 1990, de un total de ciento setenta y un convenios, setenta y siete tratan principalmente las condiciones generales de trabajo o de la seguridad y de la higiene del trabajo, y también son numerosos, entre los otros convenios y recomendaciones, las que se refieren en parte o de manera indirecta.

⁶⁷⁵ Convenio n° 98 sobre el derecho de organización y de negociación, 1949; convenio n° 111 acerca de la discriminación (empleo y profesión), 1958; convenio n° 151 sobre las relaciones de trabajo en la función pública, 1978; recomendación, n° 158, sobre la administración de trabajo, 1978; etc.

⁶⁷⁶ Convenio n° 149, sobre el personal enfermero, 1977; recomendación n° 113, sobre la consulta a los escalafones industrial y nacional, 1960; recomendación n° 165, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, etc.

⁶⁷⁷ Convenio n° 154, sobre negociación colectiva, 1981; recomendación n° 91, sobre los convenios colectivos, 1951. El convenio n° 138, sobre la edad mínima, 1973, utiliza los términos "condiciones de empleo o de trabajo"; etc.

⁶⁷⁸ Convenio n° 150 sobre la administración del trabajo, 1978.

⁶⁷⁹ Convenio n° 169, referente a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes, 1989. También utiliza los términos "condiciones de trabajo" y "condiciones de empleo".

Así, por ejemplo, sucede con el artículo 3, 1a) del convenio n° 81, sobre inspección de trabajo, de 1947,: "El sistema de inspección de trabajo se encargará... de asegurar la aplicación de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones relativas a la duración del trabajo, a los salarios, a la seguridad, a la higiene y a bienestar, al empleo de los niños y adolescentes, y a otros materias conexas..."⁶⁸⁰ Según la recomendación n° 111, concerniente a la discriminación (empleo y profesión), de 1958, el término "condiciones de trabajo" incluye la "duración del trabajo, los períodos de reposo, las vacaciones anuales pagadas, las medidas de seguridad e higiene del trabajo, así como las medidas de seguridad social y los servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo"(parágrafo 2b) vi)⁶⁸¹. Los términos utilizados por el convenio n° 149, de 1977, sobre personal enfermero, son: "las condiciones de empleo y de trabajo, comprendidas las perspectivas de carrera y de remuneración" (art. 2, 2b). De lo expuesto, es evidentemente que aquí no encontramos ninguna respuesta válida a nuestra pregunta de qué sea una condición de trabajo.

Si acudimos a la normativa nacional, inicialmente, el Decreto de 26 de enero de 1.944, en su artículo 2⁶⁸², se refiere a las condiciones de trabajo, en un doble sentido, puesto que habla, tanto de las condiciones en que se desenvuelven las relaciones laborales entre los elementos de producción, o sea, las condiciones generales de la organización productiva, como las variaciones en el contrato de trabajo existente, es decir, las condiciones y el contenido del contrato de trabajo individual⁶⁸³.

⁶⁸⁰ La enumeración de las condiciones de trabajo contenida en el convenio n° 129, sobre la inspección del trabajo en la agricultura, 1969, es similar, aunque no idéntica, a la del convenio n° 81.

⁶⁸¹ Una definición casi idéntica figura en las recomendación n° 151 sobre trabajadores emigrantes, 1975 (parágrafo 2 f).

⁶⁸² "Asimismo se requerirá, previa autorización para modificar, por cualquier concepto, las condiciones en que se desenvuelvan las relaciones laborales entre los elementos de la producción, tales como reducciones de plantilla, jornada de trabajo, establecimiento de turnos, o cualquier otra que implique alguna variación en el contrato de trabajo existente".

⁶⁸³ Cfr. DE LA BORBOLLA, cit., pg. 54.

Igualmente, el Estatuto de los Trabajadores se refiere simplemente a la noción de condiciones de trabajo sin definirla, haciendo, en su caso, una enumeración no limitativa de los principales componentes. Es lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 82.2 del Estatuto de los trabajadores, que permite a los trabajadores y empresarios “regular las condiciones de trabajo y de productividad”, al igual que el 85.1 que señala que pueden ser contenido convencional “materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo”, y con el artículo 41, “de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, haciendo en el primer caso una referencia a las condiciones de trabajo y en el segundo una enumeración no exhaustiva de esas condiciones⁶⁸⁴.

Desde una perspectiva particular y muy amplia, la de la seguridad y salud laboral, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁶⁸⁵, en su artículo 4.7 sí se atreve a dar una definición de condición de trabajo, considerando que es “cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”, haciendo una enumeración de cuáles son éstas⁶⁸⁶. Ahora bien, la perspectiva de las condiciones de trabajo desde la seguridad y salud laborales no es completamente válida para nuestro estudio, por cuanto se decanta, especialmente, por cuestiones que están más bien fuera o, a lo sumo, en la frontera de nuestro interés⁶⁸⁷, sin

⁶⁸⁴ Sobre la concepción de las condiciones de trabajo que se muestra en el texto del artículo 41 LET se volverá próximamente con mayor amplitud.

⁶⁸⁵ Ley 31/1.995, de 8 de noviembre, dictada en trasposición de la Directiva Marco 89/391/CEE, sobre medidas de seguridad y salud laboral, dictada a su vez en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 117, 118 y 118A del TCE, que pretendían la “mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”. Sobre este tema puede verse, p.e., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español”, RL, núm. 8-9/1.991, pg. 47; GARRIGUES JIMÉNEZ, A.: “La protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, ¿un enunciado absoluto?. El carácter “mínimo” de las disposiciones comunitarias y la justificación de una transposición “severa”: la mayor protección de las condiciones de trabajo. (Comentario a la STJCE de 17 de diciembre de 1.998), Rev. Mº de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 22/2000.

⁶⁸⁶ El artículo 4. 7 dice que son las siguientes: a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo. b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia. c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados. d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

⁶⁸⁷ Sobre la consideración de esta enumeración del artículo 4.7 LPRL como “condiciones materiales de

desconocer que bastantes de estas condiciones pueden estar incluidas dentro del concepto jurídico que buscamos, como sucede con lo referente a la organización y ordenación del trabajo, por ejemplo, y que el cambio del trabajador de un puesto sujeto a un determinado nivel de riesgo a otro mayor o menor podría ser calificado como una modificación de carácter sustancial. En este sentido, sería la mayor o menor peligrosidad inherente al puesto desempeñado la característica esencial de la condición modificada. Esta realidad nos demuestra que la perspectiva de las condiciones de trabajo a través de la Seguridad y Salud laboral es parcial, por lo que al ser una parte del todo no da respuesta a nuestro interrogante.

En este sentido, la misma discusión que traemos acerca de las condiciones de trabajo nos aboca a la equívocidad, puesto que la idea de condiciones de trabajo se impregna, cada vez más, de las connotaciones de higiene y salud laboral, no sólo en el campo de la prevención de riesgos⁶⁸⁸, como es natural, sino también en el de la sociología jurídica⁶⁸⁹ e incluso en el campo jurídico, lo que, evidentemente, deriva de la cada vez más extensa regulación comunitaria en este campo y su correlativa incorporación al Derecho interno, con la consiguiente mentalización acerca de la importancia de tener unas correctas condiciones de trabajo⁶⁹⁰, lo que contrasta con la muy parca regulación anterior, en la que casi únicamente se contaba con la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden de 9 de

trabajo” y su exclusión del ámbito del artículo 41 LET, véase VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, CES, 2002, pg. 195-197. Sobre la distinción entre condiciones materiales y no materiales, véase GONZÁLEZ LABORADA, M. y VALLEJO DACOSTA, R.: “Las condiciones no materiales de trabajo y su incidencia en los poderes empresariales” en Ricardo Escudero Rodríguez (coord.) *La ley de prevención de riesgos laborales: XIV jornadas andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, CARL, Málaga, 1.996, pg. 179 y ss.

⁶⁸⁸ Véase, por ejemplo, los diversos trabajos presentados en la obra colectiva *Condiciones de trabajo. La hora de Europa*, (dir. JUAN JOSÉ CASTILLO ALONSO), MTTSS, 1.987.

⁶⁸⁹ Desde esta óptica puede verse, p.e., BRUTON H. Y FAIRRIS, D.: “Trabajo y Desarrollo”, en Rev. Internacional del Trabajo, vol. 118/1999, núm. 1, pg. 5 y ss., donde se hace un análisis de la importancia de las condiciones de trabajo y su percepción por el trabajador en relación con la productividad del trabajo.

⁶⁹⁰ Desde este punto de vista se favorece la identificación de la expresión *condiciones de trabajo* con las condiciones de seguridad y salud laborales que deben respetarse en cualquier lugar de trabajo.

marzo de 1.971), que tampoco definía las condiciones de trabajo, sino que la daba por sobreentendida⁶⁹¹.

Desde una perspectiva y con una finalidad muy diferente, el artículo 8.5 LET, en la redacción dada por el RD 1659/1.998, que traspone la Directiva 91/533/CEE, de 10 de octubre, habla del deber de informar directamente⁶⁹² al trabajador de los “elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación”⁶⁹³, mientras que el RD 1659/1.998, en su artículo 2.1 se refiere a “los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral, en definitiva, de sus condiciones de trabajo, sin que en el texto legal se ofrezca un desarrollo de esos elementos esenciales y condiciones principales. Esta Directiva tiene su fundamento en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1.989 que establece, en su punto 9, que “todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se definan sus condiciones de trabajo por Ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo”. Sin embargo, la Directiva 91/533/CEE ya no se refiere a la concreción y definición de esas condiciones de trabajo, sino únicamente al deber del empresario de informar de las condiciones aplicables al contrato de trabajo.

⁶⁹¹ El artículo 1 de la Ordenanza con el título de “ámbito de aplicación” dice que “a las disposiciones de esta Ordenanza se ajustará la protección obligatoria mínima de las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de Seguridad Social, a fin de prevenir accidentes y enfermedades profesionales y de lograr las mejores condiciones de higiene y bienestar en los centros y puestos de trabajo en que dichas personas desarrollen sus actividades”.

⁶⁹² Anteriormente a esta norma ya existía en el Derecho laboral español la obligación de informar acerca de las condiciones de trabajo y, en general, sobre todo cuanto pudiese afectar al desarrollo normal de las relaciones laborales en el ámbito de la empresa, si bien la diferencia estriba en que la información se proporcionaba indirectamente por intermedio de los representantes legales y sindicales. Véase GARCIA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo”, RL, t1, 1992, pg 253-254. Como dice GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica nell rapporto di lavoro*, cit., pg. 160, la información individualizada es un elemento de certeza en el cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de trabajo.

⁶⁹³ Sobre este tema puede verse, entre otros, a MARTÍN VALVERDE, A.: “La Directiva 91/533/CEE sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, A.L., núm. 12/ 1.992; GARCIA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo”, RL, t.I, 1992, pg. 253 y ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: “El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, RL, t.1/2000, pg. 273 y ss.; MOLINA GARCÍA, M.: “El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo”, Rev. de Derecho social, núm. 7/1.999, pg. 45 y ss. Ninguno trata de definir ni sistematizar que sean esas condiciones, sino que hablan de “*elementos principales, esenciales, condiciones de trabajo, condiciones de realización del trabajo*, sin más.

En cambio, el RD 1659/1998 sí recoge en su artículo 2.2 lo que considera “elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral”, en una larga exposición, que se puede sintetizar, englobando la información que debe darse al trabajador, en varios apartados: a) Contrato de trabajo, que incluye información acerca de los términos básicos del contrato de trabajo, es decir, identidad de las partes contratantes, fecha de comienzo y duración previsible de la relación laboral⁶⁹⁴; b) Contenido de la prestación laboral: lugar⁶⁹⁵ y clase de trabajo⁶⁹⁶; c) Condiciones de trabajo⁶⁹⁷, referidas a las que se pueden considerar “condiciones básicas de trabajo”⁶⁹⁸: de la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador; de la retribución acordada o correspondiente, en sus componentes básicos y complementarios; de la periodicidad en el plazo del salario; y de las vacaciones pagadas a las que tiene derecho el trabajador y su fecha o sistema de atribución; d) finalmente ha de ser informado del convenio o acuerdo que regule sus condiciones de trabajo.

La importancia de esta norma para nuestro objeto de estudio radica en que introduce un elemento nuevo y de gran importancia como es hablar de elementos esenciales del contrato, que aunque parece llevarnos de nuevo a la superada distinción de los elementos sustanciales, esenciales y naturales del contrato⁶⁹⁹ y de la diferenciación entre condiciones

⁶⁹⁴ Igualmente deben precisarse los plazos de preaviso que deban respetar trabajador y empresario para dar por terminada la relación laboral o, la forma de determinación de dichos plazos en el futuro.

⁶⁹⁵ Se ha de indicar el lugar "fijo" o "predominante" o, en caso de realizarse el trabajo en lugares diferentes, la sede o domicilio del empresario.

⁶⁹⁶ Debe señalarse el grado y calidad del trabajo, así como de la categoría a la que pertenece el puesto asignado; y al contenido concreto del trabajo comprometido, mediante su caracterización o descripción resumida.

⁶⁹⁷ Esta clasificación es de GARCÍA MURCIA y MARTÍNEZ MORENO, cit., pg. 260, pero MARTÍN VALVERDE, *ibidem*, pg. 547, incluye dentro de las condiciones de realización del trabajo, lo que aquí se divide en contenido del contrato y condiciones de trabajo. De esta manera podemos contemplar dos enumeraciones de condiciones de trabajo, la primera más restringida y la segunda más amplia.

⁶⁹⁸ Véase GARCÍA MURCIA y MARTÍNEZ MORENO, cit., pg. 260.

⁶⁹⁹ Véase DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pg. 54, donde hace una crítica de esta clasificación de los elementos del negocio, considerándose esenciales “los elementos o requisitos sin los cuales el negocio no puede existir (p.ej. precio cierto y cosa determinada, en la compraventa); por naturales, los elementos que normalmente acompañan al negocio, por ser propios de su naturaleza (p.ej., los de los arts. 1.475 y 1.485 (evicción y saneamiento); y por accidentales, los que se añaden a los anteriores

principales y accesorias⁷⁰⁰, va a permitirnos contemplar el tema de las condiciones del contrato y su modificación desde una perspectiva diferente, como ha sucedido en Francia⁷⁰¹, aunque tampoco nos permita conocer en qué consistan esas condiciones de trabajo que buscamos concretar, que por otra parte tampoco son las únicas posibles⁷⁰², puesto que, aunque permiten el exacto cumplimiento de las obligaciones contractuales⁷⁰³, no parece ser un criterio concluyente para la identificación de las condiciones principales y distinguir las de las accesorias, porque la expresión “condiciones principales de la contratación” se usa en una acepción de lenguaje ordinario, no en el sentido jurídico de la expresión⁷⁰⁴. En consecuencia, podemos concluir que, cuando el legislador ha intentado precisar el concepto de condiciones de trabajo, lo ha hecho siempre por enumeración, con lo que no ha dado ninguna definición⁷⁰⁵.

voluntariamente por las partes (de los que se mencionan generalmente “dies”, “condictio” y “modus”, pero en los que se comprenden también cualquier “adminículo” o cláusula especial establecida”).

⁷⁰⁰ Se ha afirmado por PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV.: La reforma del mercado laboral (dir. VALDÉS DAL-RÉ), Lex Nova, Valladolid, 1.994, pg. 366, que “las posibilidades legales que en el ámbito laboral se ofrecen para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo no llegan a ser tan enérgicas como para eliminar por completo la regla general del derecho común de que las variaciones del objeto contractual exigen el acuerdo conjunto de ambas partes”, como las que afectan a la cuantía de la jornada y del salario pactado, esencia de la sinalmaticidad del contrato. En similar sentido, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, 2.000, pg. 39.

⁷⁰¹ Sobre este tema se volverá más adelante.

⁷⁰² La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 8 de febrero de 2001, Ar. 47, afirma que la lista de elementos mencionados en el artículo 2.2 de la Directiva no constituye una enumeración exhaustiva de los elementos esenciales.

⁷⁰³ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “El derecho del trabajador a ser informado sobre los elementos esenciales de su contrato”, R.L., núm. 19, 1.998, pg. 2.

⁷⁰⁴ En este sentido, véase MARTÍN VALVERDE, A.: “La Directiva 91/533...”, cit., pg. 186.

⁷⁰⁵ Esto mismo ha sucedido en otros países, p.e. en Francia, donde se ha intentado, por ejemplo, definiendo la competencia del comité de empresa en materia de condiciones de trabajo (Loi du 27 décembre 1973, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo-art. L.437-1 du Code du travail, hoy derogado); o modificando, por la Ley de 6 diciembre 1976 sobre prevención de accidentes de trabajo, un cierto número de artículos del Título III (relativo a la seguridad y a la higiene del Libro II del Code du travail). Sobre esta cuestión vid. KRYNEN, B.: “Le droit des conditions de travail...”, cit., pg. 526, y BANCE, P.: “Recherche sur les concepts juridiques en matière de conditions de travail”, *Revue française des Affaires Sociales*, vol. 32, janvier-mars 1978.”, cit., pgs. 121-179, donde deplora la confusión creada por estas disposiciones que “desaniman toda aproximación racional de la terminología jurídica”.

En el ámbito de los grandes Pactos y Acuerdos sociales⁷⁰⁶ no parecen haberse tratado estas cuestiones, puesto que se han movido más en el plano político que en el estrictamente jurídico. No obstante, en escasas ocasiones se ha hecho alguna referencia, como el Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva⁷⁰⁷, que trata de salarios, jornada y productividad, señalando dentro de ésta última como objetivos del pacto y enmarcados en la persecución de la productividad y aumento de competitividad el objetivo de “mejorar las condiciones de trabajo”⁷⁰⁸; el Acuerdo Interconfederal celebrado entre UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, de 15 de febrero de 1.983⁷⁰⁹, vuelve a tratar el tema dentro del capítulo dedicado a la “Productividad y Absentismo. Seguridad e Higiene en el Trabajo” en donde se contemplan los problemas relacionados con las condiciones de trabajo y la productividad⁷¹⁰; el Acuerdo Económico y Social (AES)⁷¹¹, después de consagrar el cap. II del tit. II a los salarios se dedica el cap. III a “otras condiciones de trabajo”, dentro de la “productividad y absentismo”⁷¹²; el

⁷⁰⁶ Sobre los pactos y acuerdos sociales celebrados en España, cfr. DE LA VILLA, L.E.: *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática. Antología*, MTSS, Madrid, 1.985; MORENO VIDA, M^a.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1.989 y MONEREO PÉREZ, J.L., : *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1.999, pg. 163 y ss.

⁷⁰⁷ Celebrado entre UGT y CEOE (AMI, 1.980) DE 5 de enero de 1.980 (BOE 14 de enero).

⁷⁰⁸ “Las partes consideran que los principales factores que inciden sobre la productividad son:

- política de inversiones
- racionalización de la organización productiva
- programación empresarial de la producción y la productividad
- el clima y la situación de las relaciones laborales
- las condiciones y la calidad de la vida en el trabajo
- la política salarial y de incentivación material
- la cualificación y adaptación de la mano de obra
- el absentismo.

⁷⁰⁹ BOE de 1 de marzo.

⁷¹⁰ El artículo 15 dedicado a la “productividad y absentismo” dice que: “... tal comisión estudiará los problemas relacionados con las condiciones de trabajo y la productividad con vistas a la mejora de sus niveles actuales, formulando análisis (...) que puedan ser útiles ante empresarios y trabajadores en orden a negociar, en su caso estas materias”.

⁷¹¹ Suscrito por la UGT, CEOE y CEPYME y publicado en BOE de 10 de octubre; corrección de errores en BOE de 12 de octubre.

⁷¹² En el artículo 6, se las contempla como uno de los “principales factores que inciden sobre la productividad”:

- la política de inversiones
- la racionalización de la organización productiva
- la mejora tecnológica
- la programación empresarial de la producción y la productividad

Acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva, de 28 de abril de 1.997⁷¹³, después de tratar de la estructura salarial y de jornada en los arts. 4 y 5, en el art. 6, se refiere a “movilidad, cambio de condiciones de trabajo y otros”, donde únicamente se dice que los convenios podrán establecer precisiones al respecto, así como procedimientos para resolver las discrepancias; y, finalmente, el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos, de 28 de abril de 1.997⁷¹⁴), dedica el tit. II a las “condiciones de trabajo”, donde habla de clasificación profesional (art. 6), factores de encuadramiento (art. 7), movilidad funcional (art. 8), grupos profesionales (art. 9), promoción de los trabajadores (art. 10 y 11), estructura salarial (arts. 12 a 16), y régimen disciplinario (arts. 17 a 19). Como se ve, únicamente se hacen referencias a la expresión condiciones de trabajo, con diversidad de acepciones, pero en ningún caso se definen ni se hace siquiera una enumeración de cuáles puedan ser, sino que únicamente se listan algunas de esas condiciones aunque de manera completamente asistemática.

Contrariamente, en Francia, los interlocutores sociales sí se esforzaron proponiendo una clasificación racional de las condiciones, como sucedió con el Acuerdo Marco Nacional Interprofesional de 17 marzo 1975 para mejora de condiciones de trabajo. En este acuerdo se intenta sistematizar y tomar en cuenta el conjunto de factores determinantes de las condiciones de trabajo en la empresa, reagrupándolas alrededor de cinco temas: 1º) organización del trabajo (cadencias, cargas de trabajo, reestructuración de tareas, métodos de trabajo); 2º) Horarios de trabajo y distribución del tiempo de trabajo; 3º) Remuneración del trabajo (trabajo a rendimiento...); 4º) Condiciones materiales de trabajo (higiene, seguridad y prevención); 5º) Ordenes, mandatos, papel del encuadramiento. Acerca de este planteamiento se dirá que resulta interesante porque es global y reúne todo

-el clima y la situación de las relaciones laborales
-las condiciones y la calidad de vida en el trabajo
-la política salarial y la incentivación material
-la cualificación y adaptación de la mano de obra
-el absentismo.

⁷¹³ Acordado por la CEOE, CEPYME, UGT Y CCOO y publicao en el BOE de 6 de junio de 1.997.

⁷¹⁴ BOE de 9 de junio de 1.997.

lo que el derecho ha dispersado en categorías jurídicas diferentes que impiden una visión y una reflexión de conjunto⁷¹⁵.

En cuanto a los convenios colectivos, si ni el legislador ni los interlocutores sociales han hecho el esfuerzo de conceptualización del término, difícilmente se le puede pedir ese esfuerzo a los negociadores sociales, de modo que no parecen existir convenios colectivos que presenten una definición de lo que sean las condiciones de trabajo⁷¹⁶ e, incluso, las referencias al tema de las modificaciones sustanciales o su procedimiento “son escasísimas”⁷¹⁷.

En cuanto a la Jurisprudencia, tampoco nos consta se haya hecho el intento de elaborar una definición de lo que sean las condiciones de trabajo, procediendo únicamente en base a la enumeración legal, ya sea de las competencias de los convenios colectivos⁷¹⁸ o de las materias modificables por la vía de las modificaciones sustanciales, sin hacer ningún tipo más de elucubración, asumiendo que la lista que figura en el mismo no es exhaustiva, sino

⁷¹⁵ Cfr. KRYNEN, B.: “Le droit des conditions de travail...”, cit., pg. 524, quién señala que, además, esta definición “obliga al jurista a confrontar de manera global los datos del derecho contractual con los de una intervención creciente de la ley, es decir, la subordinación de los poderes patronales a las exigencias de la salud y de la seguridad de los trabajadores”.

⁷¹⁶ Véase, p.e., MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA y GALLEGO MORALES: *La negociación colectiva en el Sector Energético* (dir. MONEREO PÉREZ), MTAS, Madrid, 2000, donde se hace un exhaustivo análisis de los convenios del sector energético en España, sin que aparezca una definición de este tipo, únicamente se enumeran y tratan algunas. Evidentemente, si no aparece en un convenio de una gran empresa es muy difícil, sino imposible, que aparezca en otra de ámbito menor, en los que se limitan a la regulación de aquella condición concreta que afecta más al sector o empresa de su ámbito de aplicación.

⁷¹⁷ Cfr. *La negociación colectiva en Andalucía, Memoria C.A.R.L. del año 2000*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2001, pg. 136 y ss. donde se señala que “aunque el marco legal ofrece algunas posibilidades (...) lo normal es que se remita al procedimiento legal, o que se reproduzca total o parcialmente”, tratándose únicamente cuestiones procedimentales referentes a la adopción de la modificación y al período de consultas. Esta idea es reiterada en las sucesivas ediciones de este estudio.

⁷¹⁸ P.e. la STS de 29 de abril de 2003, Ar. 4073, hace una amplia enumeración sin entrar a elaboración conceptual alguna cuando dice que “la parte normativa del convenio pretende regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas “condiciones de trabajo”: (condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias...; y al régimen salarial).

ejemplificativa⁷¹⁹, por lo que caben otras más, dando siempre por sobreentendido el concepto. No obstante, no debe olvidarse que, al final, tendrán la consideración de condiciones de trabajo, a los efectos de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 39.5, 40 y 41 LET, aquellas que la jurisprudencia acepte como tales.

Ante este estado de cosas, ¿qué hace o dice la doctrina? Igualmente son muy raros los autores que se aventuran en el camino de un análisis del concepto de condiciones de trabajo. En efecto, los textos de Derecho del trabajo consultados se contentan generalmente con algunas breves referencias sobre la expresión condiciones de trabajo. Como en la legislación, la atención de los autores se vuelca sobre los principales componentes de las condiciones de trabajo, que son definidos y analizados sin preocuparse por elaborar el concepto, como sucede en los más reputados manuales de la disciplina⁷²⁰.

Como estamos observando, el concepto de condiciones de trabajo no constituye en la terminología de las normas nacionales e internacionales una categoría jurídica claramente establecida. Generalmente, es sólo en el nivel de los subconceptos, es decir de algunos de los principales componentes de las condiciones de trabajo (por ejemplo, duración del trabajo, seguridad e higiene del trabajo, remuneración, etc.) donde se establecen los derechos y las obligaciones enunciadas por las legislaciones nacionales y las normas internacionales del trabajo. Sin embargo, el Derecho del trabajo no debe desinteresarse de la noción genérica de condiciones de trabajo, ni contentarse con unas definiciones jurídicas parciales correspondientes a componentes específicos de esta noción, sino que debiera

⁷¹⁹ La STS de 3 de abril de 1.995, Ar 2905, señala que “el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son –pueden ser, según veremos– sustanciales”. Igualmente las SSTS de 9 de abril de 2.001, Ar 5112, y de 26 de abril de 2.006, Ar 3105. En la misma línea la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 1.999, AS 4217, entre otras muchas, afirma que “respecto a las materias afectadas por la modificación, lo cierto es que cualquier condición de trabajo puede serlo, toda vez que el listado que proporciona el artículo 41.1 ET, referido a la jornada de trabajo, al horario, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración, al sistema de trabajo y rendimiento y a las funciones, cuando excede de los límites de la movilidad funcional, es sólo ejemplar, esto es, una lista cerrada, como se aprecia de la lectura del primer párrafo del precepto citado, que se refiere a dichas materias, entre otras”. También, p.e., las SSTSJ de Navarra de 30 de junio de 2.004, AS 2098, de Cataluña de 9 de mayo de 2.006, AS 2984, y de Madrid de 22 de octubre de 2.007, AS 3483.

⁷²⁰ Por todos, VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 6ª edición, Comares, Granada, 2.008.

construir un concepto jurídico totalizador de las condiciones de trabajo y de los subconceptos⁷²¹ que engloba si no se quiere mantener la incertidumbre en los textos normativos, prestándose esta carencia a interpretaciones demasiado amplias o demasiado estrechas o contradictorias, que se evitarían con la utilización de un vocabulario sin equívocos.

Esto debe ser así, porque para ser eficaz todo orden jurídico debe ser coherente y las reglas que enuncia bien comprendidas por aquellos a los que se dirige, puesto que un vocabulario jurídico nebuloso, inconcreto y cambiante genera incertidumbres y es frecuentemente responsable de una aplicación defectuosa o, al menos, tormentosa y complicada de la ley. Esto es lo que claramente ha sucedido con las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET, discutiéndose durante años ampliamente acerca del alcance de su ámbito de aplicación, precisamente por haber procedido por una simple enumeración de condiciones sin exponer claramente su concepto.

No obstante, el asunto tiene su lógica, aunque no se exponga abiertamente, porque tanto el legislador como los intérpretes jurídicos y la doctrina razonan en función del entorno jurídico laboral en que se mueven y teniendo en cuenta que mediante el contrato de trabajo el asalariado se obliga a desempeñar su actividad laboral bajo el ámbito organizativo del empresario y a cambio de una remuneración. El contrato, como acto jurídico fundamental de la relación laboral, nos da los indicios, los criterios, que nos permiten entrever las condiciones de trabajo y, por tanto, establecer un concepto⁷²².

Así, el contrato de trabajo reconoce al empleador un poder de dirección sobre la ejecución del trabajo y sobre el marco material y psicológico que lo rodea y lo

⁷²¹ Señala SPYROPOULOS, cit., pg. 855: “el concepto “condiciones de trabajo” no es una simple adhesión de subconceptos que la componen; designa igualmente el conjunto de factores, múltiples e interdependientes, que influyen sobre la situaciones de trabajo, tal como son vividas por los trabajadores”.

⁷²² En cualquier caso, la conceptualización de las condiciones de trabajo nos “permitirá disponer no sólo de un punto de partida sino también de un medio para señalar por abstracción, de imaginar, lo que no es directamente perceptible”.Cfr. CRAWITZ, M.: *Méthodes des sciences sociales*, Précis Dalloz, 3ª ed., 1.976, pg. 374. Señala GENY, F.: *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, t. I, 1.914, núm. 50, pg. 148, que “el concepto aparece principalmente como el resultado de un esfuerzo del espíritu, en vista de asir, en una representación predominante, la esencia lógica de las cosas”.

configura, por más que este poder pueda ser corregido, atemperado, matizado o concretado por la Ley, los convenios o acuerdos colectivos e incluso por el propio contrato, si así se pacta expresamente. Pero es que, además, está el propio contenido del contrato como parte de lo que usualmente se consideran condiciones de trabajo a efectos de los procedimientos modificatorios previstos en los artículos 39.5, 40 y 41 LET, dentro del cuál cabe incluir la propia prestación del trabajador, así como la correspondiente contraprestación salarial.

La aproximación a la realidad de las condiciones de trabajo conduce, generalmente, a distinguir entre la ejecución del trabajo y su entorno. Esta clasificación, evidente pero intuitiva, puede generar a veces imprecisiones, porque la situación puede ser engañosa en lo que concierne al entorno del trabajo, lo que lleva a preguntarnos si afecta verdaderamente a las condiciones de trabajo. La respuesta instintiva es que depende, aunque creemos que generalmente sí afecta a las condiciones de trabajo.

Este problema de la indefinición acerca del modo de entender las condiciones de trabajo no es privativo del derecho español, sino que está extendido también en el derecho francés⁷²³ y anteriormente en el alemán, que, además, se ha interrogado desde hace decenios sobre la cuestión de si estos términos han de entenderse de manera extensiva o, contrariamente, de modo restrictivo⁷²⁴.

El planteamiento es el siguiente: en sentido estricto, se designan con éste término “las condiciones en las que se han concertado los contratos individuales de trabajo”, mientras que en el sentido amplio el término condiciones de trabajo se aplica a “la organización social de la profesión y de la empresa. El funcionamiento de los comités de empresa y de

⁷²³ El artículo L. 131.1 del Code du travail, define el convenio colectivo como un acuerdo relativo a las "condiciones de empleo y de trabajo" y "a las garantías sociales".

⁷²⁴ Cfr. DURAND P. y VITÚ, A.: *Traité de droit du travail*, vl. III, Dalloz, Paris, 1956, parágrafo 144, pgs. 400-404, se preguntaban por la significación de la noción de "condiciones de trabajo" y proponían una distinción entre el sentido estricto del término (designando las condiciones en las cuales se concluirán los contratos individuales de trabajo) y un sentido amplio (referido “a la organización social de la profesión y de la empresa”). Paul DURAND recordaba, además, que este mismo problema se había presentado en Alemania y resaltaba el interés práctico que tenía adoptar la interpretación extensiva del término". Esta distinción es recogida por CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pgs. 222-223.

los delegados de personal, la organización del aprendizaje, la creación de organismos de conciliación y de arbitraje para solucionar los conflictos colectivos de trabajo no constituyen una reglamentación de los contratos individuales de trabajo; aunque conciernen a las condiciones de trabajo porque determinan el marco en el que los problemas sociales planteados por el trabajo humano serán resueltos”⁷²⁵.

En esta lógica, dentro del concepto amplio de condiciones de trabajo estarían incluidos “la totalidad de derechos y deberes, principales o accesorios, que se deducen de la relación laboral”⁷²⁶, mientras que en la acepción más estricta se incluirían “sólo a los elementos que determinan la prestación básica de ambas partes (trabajar y retribuir el trabajo), en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento”. En este planteamiento amplio no hay que desdeñar la dificultad añadida que deriva del carácter evolutivo y cambiante del concepto⁷²⁷, que dificulta aún más su precisión y acotación. La distinción entre una consideración amplia o estricta de las condiciones de trabajo reside en “la inclusión o no de las llamadas obligaciones accesorias que no forman parte del objeto principal de la relación jurídica ni de las circunstancias que lo modalizan, así como en aquellas transformaciones que sin llegar a suponer una ruptura del vínculo provocan alteraciones en la generalidad de los derechos y deberes que se deducen de la relación laboral”⁷²⁸.

Igualmente, otros han distinguido entre condiciones de trabajo y condiciones de empleo⁷²⁹, en una clasificación que parece coincidir con la que diferencia entre la acepción estricta o

⁷²⁵ Cfr. DURAND, P y VITÚ, A.: *Traité de droit du travail*, *ib.*, hablando a propósito de los convenios colectivos y su función.

⁷²⁶ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *cit.*, pg. 222.

⁷²⁷ En cualquier caso, “el jurista se enfrenta a una dificultad derivada del carácter evolutivo y cambiante de las “condiciones de trabajo” y de las políticas y prácticas puestas en obra para mejorarlas. En efecto, el Derecho del trabajo parece tener alguna dificultad para seguir el movimiento de profundización y ensanchamiento de la noción de “condiciones de trabajo”, observada desde hace una treintena de años”. Cfr. SPYROPOULOS, G.: “Conditions de travail...”, *cit.*, pg. 851. Esta afirmación se hace desde el punto de vista de la Seguridad e Higiene laboral, en cuyo ámbito es donde es más fácil y menos equívoco, dentro de lo que cabe, hablar de condiciones de trabajo.

⁷²⁸ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *cit.*, pg. 222.

⁷²⁹ GAUDU, F.: “L’impact des difficultés économiques de l’entreprise sur les «conditions de travail»”,

amplia del término condición⁷³⁰. Finalmente, otros han hablado de condiciones de trabajo y condiciones del trabajo siguiendo esta misma distinción⁷³¹ u otro criterio diferente⁷³².

No obstante estos planteamientos, otra doctrina ha concluido, no sin parte de razón, que, dada la dificultad para definir lo que el legislador entiende por condiciones de trabajo, su equivocidad y amplitud, que puede conducir a “una abstracción engañosa por ser restrictiva en unos casos y excesivamente amplia en otros, [que] parece más oportuno renunciar a todo intento de definición, considerándolo vano de antemano”⁷³³. Porque realmente es difícil dar una definición correcta del término sin exponernos a no llegar o a dar una lista exhaustiva de conceptos y subconceptos que, aparte de tediosa,

Droit Social, núm. 1/1.991, pg. 30: “El derecho francés, después de haberlas confundido inicialmente, distingue ahora claramente las condiciones de trabajo –las condiciones materiales de ejecución de los contratos de trabajo– de las condiciones de empleo –la organización de las relación de trabajo en la duración –del desarrollo del contrato”; “es lo que los economistas llamarían organización del “mercado de trabajo interno” de la empresa”. Se remite para esta distinción a LYON-CAEN, G: *Précis Dalloz de droit du Travail*, 15ª ed., 1.990, tit. “conditions de travail”; COUTURIER, G.: *Droit du Travail*, t.I, coll. «Droit fondamental», PUF, 1.990, pg. 397. Finalmente aclara que, para la modificación del contrato de trabajo, “conviene adoptar una concepción amplia de la noción de “condiciones de trabajo”, es decir que “se tomará en el sentido de condiciones de trabajo y de empleo”(pg. 31).

⁷³⁰ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.): *Reforma de la legislación laboral: Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Colegio de Abogados de Málaga*, 1.994, pg. 80, donde identifica las condiciones de trabajo con la amplia enumeración del artículo 17.1 y las condiciones de empleo con la del artículo 85, ambos de LET.

⁷³¹ Cfr. DIEGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, 4ª edición, Madrid, 1995) se refiere a condiciones de trabajo en dicho sentido amplio (pgs. 383 y ss), entendiendo que el artículo 85 ET comprende cuantas materias afecten a las condiciones de empleo en general, incluyéndose tanto condiciones de trabajo [en sentido estricto] como de productividad (pg. 161).

⁷³² En la doctrina francesa se ha pretendido distinguir entre condición de trabajo y condición del trabajo en diversos sentidos, diferenciándose entre condiciones de trabajo, entendidas como las condiciones materiales en que se desarrolla el trabajo, derivadas del poder de dirección del empleador, que se concretan, no en los hechos que materializan ese poder, sino en sus consecuencias (penosidad del trabajo, enriquecimiento de tareas, higiene y seguridad, etc), en lo que es una perspectiva desde la seguridad y salud laboral, y condiciones del trabajo en el sentido más cercano a las *condiciones* en que se desempeña el trabajo; aunque también se han usado indistintamente para referirse a esas condiciones tanto desde la perspectiva de la salud laboral como desde la contractual. Sobre esta cuestión, véase, además, BANCE, cit., pgs. 138 a 140.

⁷³³ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 131. En cualquier caso se inclina por la opción restrictiva del término. “A tenor de la ubicación sistemática del artículo 41 ET, y sobre todo en atención al elenco de materias reseñadas “ad exemplum” en su nº 2, no puede mantenerse un concepto excesivamente amplio de *condiciones de trabajo*”, porque supondría “atribuir a los representantes, o a la autoridad laboral unas posibilidades omnicomprendivas (o un poder omnímodo) de modificación de la relación jurídica”.

inevitablemente arriesga no ser lo suficientemente completa. Sin embargo, como parece más lógica una acepción amplia del término, se puede decir que las condiciones de trabajo son todas aquellas circunstancias, contractuales o no, que conforman la prestación y la contraprestación laboral, así como las demás circunstancias que conforman el entorno físico, material y jurídico en que se desarrolla el trabajo, es decir, que son condiciones de trabajo todas aquellas circunstancias que conforman y rodean el trabajo.

1.1.2. Acerca de las condiciones modificables

Una vez analizado lo que sea una condición de trabajo, la siguiente cuestión es conocer si tal o cuál condición es modificable por la vía del instituto de las modificaciones sustanciales *ex* artículo 41 LET⁷³⁴. Evidentemente, estamos dentro del campo de las condiciones de trabajo y por tanto de las modificaciones objetivas del contrato, incluida, por supuesto, la modificación del lugar de trabajo, una de las condiciones de trabajo más evidente, aunque su regulación se haga a través del artículo 40 LET.

El problema aparece cuando se intenta delimitar cuáles son estas condiciones de trabajo, delimitación que, como hemos visto, podemos hacer en un sentido amplio o en un sentido estricto. En un sentido amplio estas condiciones de trabajo comprenden la totalidad de derechos y deberes, principales o accesorios, que se deduzcan o puedan deducirse de la relación laboral, tal y como parece deducirse del artículo 85 LET⁷³⁵. Contrariamente, un

⁷³⁴ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, en *Comentarios a las leyes laborales* (Dir. E. BORRAJO DACRUZ), Edersa, Madrid, 1988, pgs. 155 y 156: “el problema que procede plantear en punto a una interpretación y aplicación del artículo 41 del ET, no es el de fijar, con carácter abstracto y general, qué condiciones de trabajo llegan a merecer la calificación de “sustanciales”, sino –con carácter más inmediato y realista- el de determinar aquella que, mereciendo tal calificación, pueden ser objeto de modificación unilateral a través del ejercicio de un poder empresarial procedimentalizado, como el que se recoge en aquel precepto”.

⁷³⁵ Esto ha sido puesto de relieve, p.e., por ROMAN DE LA TORRE, M^a. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit. pg. 405, dando a entender que el art. 85 ET no contempla sólo condiciones de trabajo en sentido estricto, sino las relaciones productivas en general; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1.999, pgs. 85 y 86, señala que esta amplitud se encuentra en el artículo 85.1 LET “al listar las materias susceptibles de ser contenido de los convenios colectivos”.

También DIEGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, cit., se refiere a condiciones de trabajo en dicho sentido amplio (pgs. 383 y ss), y entiende que el art. 85 ET comprende cuantas materias afecten a las condiciones de empleo en general, incluyéndose tanto condiciones de trabajo [en sentido

concepto mas estricto sólo comprende los elementos que determinan la prestación básica de ambas partes, como son el trabajo y la correspondiente obligación de retribución, en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento.

Ahora bien, si acudimos al texto del artículo 41.1⁷³⁶ vemos que, en una primera impresión, el listado de las condiciones de trabajo sustancialmente modificables que contiene parece adecuarse al concepto estricto de condición⁷³⁷, en cuanto que las condiciones enunciadas se corresponden con las que “determinan la forma concreta de cumplimiento de las prestaciones recíprocas”⁷³⁸.

estricto] como de productividad (pg. 161). En igual sentido, ALONSO OLEA, M.: “Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución” (discurso leído el día 30 de noviembre de 1981, en el acto de su recepción como Académico de número), Real Academia de jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1981, pgs. 115 y ss.

⁷³⁶ “Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley”.

⁷³⁷ En esta misma línea SALA FRANCO, T.: “El alcance aplicativo del art. 41 del ET...”, cit., pg 128: “A la vista de la literalidad del precepto cabría realizar una interpretación restrictiva del término “condiciones de trabajo”, refiriéndolo sin más a las circunstancias de la prestación laboral, con exclusión de la prestación laboral misma, de la prestación salarial y de sus condiciones o circunstancias y de aquellos otros derechos de los trabajadores que no se refieran directamente a la prestación laboral, tales como las prestaciones de la seguridad social, los derechos de disfrute colectivo (economas, comedores o servicios sociales de cualquier naturaleza prestados por la empresa) y los derechos sindicales en general”; Claramente a favor de una interpretación restrictiva CRUZ VILLALÓN, J.: *Modificaciones...*, cit, pg. 223, afirma que “existen datos que impulsan a aceptar como más congruente la acepción más restrictiva: la propia apelación estricta a las condiciones de trabajo, su relación sistemática con la movilidad funcional y geográfica desarrollada en los artículos que le preceden y, sobre todo, el elenco de materiales relacionados a título de ejemplo en el propio apartado segundo del art. 41 muestran siempre la idea de modificación de las circunstancias de clase, tiempo y modo de cumplimiento de las prestaciones básicas”.

⁷³⁸ Desde esta perspectiva, es evidente que las modificaciones del artículo 41 actúan en el plano de la “administración y desarrollo del contrato de trabajo”, lo que se contrapone con el plano del ejercicio de la libertad de iniciativa económica, donde se sitúan aquellas decisiones que versan sobre la política de inversiones de la empresa, las negociaciones que el empresario pueda mantener con sus clientes o proveedores, los cambios en el *status* jurídico de la empresa, etc. En este sentido, véanse CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit, pg. 222; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit, pgs. 125 y ss.

Sin embargo, nos parece que esta impresión queda inmediatamente desvirtuada en el momento en que el propio artículo 41 dice que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales, “entre otras”⁷³⁹, las listadas, de manera que podríamos incluir cualquier otra condición aunque no esté en la mentada lista, lo que nos lleva a pensar que el concepto de condición de trabajo que usa el artículo 41 es, sin duda alguna, el concepto amplio⁷⁴⁰. Abunda en esta idea la existencia de “razones de orden teleológico o finalista” que nos permiten fundamentar una “interpretación extensiva del concepto legal utilizado”, lo que supone, en consecuencia, una ampliación del ámbito de aplicación del artículo 41 LET⁷⁴¹, porque parece claro que deben considerarse dentro de las condiciones de trabajo, además de la jornada, el horario, el régimen de trabajo por turnos, el sistema salarial, el sistema de trabajo a rendimiento y las funciones a desempeñar, es decir, “cuantas condiciones de la prestación laboral estuviesen vigentes en la empresa”⁷⁴², como sucede, por ejemplo, con los permisos, las vacaciones o la seguridad y salud laboral, poniendo como límite a su inclusión en el artículo 41 únicamente el que la propia norma les haya establecido un procedimiento de modificación distinto⁷⁴³.

⁷³⁹ Esta forma de expresión ha consagrado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la frase “ni son todas las que están ni están todas las que son”, que se ha constituido en un lugar común, puesto que puede haber modificaciones sustanciales de condiciones no listadas y modificaciones no sustanciales de condiciones listadas, como se verá. Véase, por todos, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 92.

⁷⁴⁰ En contra y mostrándose a favor de una interpretación estricta del término, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, cit., pg. 37: “que el artículo 41.1 ET contenga una lista abierta de materias no significa que el citado precepto sea un cajón de sastre donde cabe cualquier tipo de modificación de las condiciones de trabajo que afecte a alguna de las materias citadas u otras análogas, sino que se trata de una lista ejemplificativa en la que se establece asimismo un modelo-tipo de modificación que afecta a unos determinados aspectos de las condiciones de trabajo relativas a unas específicas materias u otras parecidas a éstas”.

⁷⁴¹ Igualmente SALA FRANCO, T.: “El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” cit., pgs. 128 y 129, lo resume apelando a la “contemplación de la *ratio legis*”.

⁷⁴² SALA, *ibidem*, pg. 129.

⁷⁴³ En este sentido, cfr. SALA FRANCO, *ibidem*, pg. 129. Esto es lo que sucede con el período de disfrute de las vacaciones, para las que el art. 38.2 LET señala que el modo de fijación, decidiendo en última instancia la jurisdicción laboral; igualmente sucede con la realización de horas extraordinarias y el consiguiente aumento de jornada que conllevan, que serán voluntarias salvo pacto colectivo o individual en contrario, reguladas en el art. 35.4; y, por supuesto, con los traslados y desplazamientos que, según el propio art. 41.5, se regulan por lo dispuesto en las reglas específicas contenidas en el art. 40 LET.

En cualquier caso, resulta llamativo, y no se entendió nunca bien, como se ha dicho, que se elaborara una enumeración ejemplificativa si se quería una lista excepcional de materias modificables, porque el “el texto legal, ni antes, ni ahora, estableció una lista cerrada”⁷⁴⁴, consistiendo la única variación entre ambos textos en que el actual incluye un apartado más, el f), referente a las “funciones, cuando excedan de los límites previstos en el artículo 39 de esta Ley”, que ni añade ni cambia nada, teniendo únicamente un carácter declarativo, porque la jurisprudencia⁷⁴⁵ y la doctrina⁷⁴⁶ habían llegado ya a esa conclusión⁷⁴⁷, superando el debate doctrinal acerca de si podía englobarse dentro del procedimiento modificadorio del artículo 41, además de la modificación de las condiciones en que se presta el trabajo, también el contenido de las funciones objeto de la prestación laboral. Ahora, en la nueva redacción, este planteamiento se incorpora a la letra del artículo 41 LET para, “por si cabía alguna duda (...) remacharlo”⁷⁴⁸; de este modo, explícita y claramente, el artículo 41 contempla la modificación no sólo de condiciones de trabajo, sino también de la propia prestación laboral⁷⁴⁹. Además, existe una exclusión rotunda, incluida en el párrafo 5 del artículo 41: la remisión a lo dispuesto en el artículo 40 ET en materia de traslados; esta exclusión no significa que no estemos ante una modificación del contrato de carácter sustancial, que lo es, sino que su régimen jurídico será el regulado en el artículo 40, en lugar del expuesto en el artículo 41, que en principio debiera corresponderle.

⁷⁴⁴ Véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 92.

⁷⁴⁵ Entre otras, se pueden señalar las SSTCT de 27 de septiembre de 1.983, RTCT 7795, y de 5 de marzo de 1.986, RTCT 1442, y SSTS de 21 marzo de 1.989, Ar 1905, y de 6 de febrero de 1.995, Ar 778, y STSJ de Andalucía/Málaga de 5 de febrero de 1.992, AS 855.

⁷⁴⁶ Entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit, pgs. 222 y ss. y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo...* cit, pgs. 146 y ss. opinaron que las modificaciones funcionales también estaban incluidas en el artículo 41.

⁷⁴⁷ VIDA SORIA, *ibidem*, pg. 92; LÓPEZ TORRUELLA, F.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo” en *Comentarios a las Leyes Laborales* (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), T.I., VL. 2º, Edersa, 1994; CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 53 y 54.

⁷⁴⁸ Véase, PÉREZDE LOS COBOS y RIERA VAYREDA: “La modificación...”. cit., pg. 1108.

⁷⁴⁹ CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 53-54.

Por otra parte, al mismo tiempo que la lista de condiciones no incluye todas las modificaciones que pueden ser sustanciales, tampoco supone el carácter sustancial de toda modificación que afecte a las condiciones listadas, como repetidamente ha señalado la jurisprudencia⁷⁵⁰. En este sentido, se puede afirmar que el artículo 41, como es habitual en normas complejas como ésta, tiene sus excepciones y, a veces, sus contraexcepciones.

Esta enumeración del artículo 41.1 LET plantea una serie de cuestiones interpretativas, de las que, por ahora, podemos señalar las siguientes: la primera, la caracterización de las materias expresamente señaladas por el precepto. Esta tarea, que ha sido calificada como trivial a causa del carácter abierto de la enumeración legal⁷⁵¹, no carece totalmente de importancia práctica cuando se trata de esclarecer si estamos o no ante una modificación de carácter sustancial. El problema es que, de esta manera, estamos abocados irremisiblemente al casuismo y a la caracterización de la materia modificada, comprobando su carácter sustancial o no, como paso previo a la aplicación de los procedimientos modificatorios contenidos en el artículo 41 LET.

Ahora bien, ¿cuáles son las condiciones de trabajo modificables sustancialmente? Dado que nos parece más correcta la interpretación extensiva del precepto, de acuerdo con una acepción amplia del concepto condiciones de trabajo, creemos, en principio, que todo el contenido del contrato y por tanto cualquier condición⁷⁵², podría ser modificada por esta vía, con el único requisito de que la condición pueda ser calificada de sustancial⁷⁵³, con la

⁷⁵⁰ La STS de 3 de abril de 1.995, Ar 2905, seguida por las de 9 de abril de 2.001, Ar 5112, y de 26 de abril de 2.006, Ar 3105, señala que “el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son –pueden ser, según veremos– sustanciales, pero también ha de afirmarse tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas”. Entre las SSTSJ se pueden citar las de Castilla y León/Burgos de 22 de septiembre de 2.004, AS 1798, de La Rioja de 27 de marzo de 2.006, AS 1176, de Galicia de 30 de noviembre de 2.006, AS 2.007/1758, y de Aragón de 29 de junio de 2.007, AS 2978, entre otras.

⁷⁵¹ Véase VIDA SORIA, cit., pg. 92.

⁷⁵² La STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 1.999, AS 4217, señala que “respecto a las materias afectadas por la modificación, lo cierto es que cualquier condición de trabajo puede serlo, toda vez que el listado que proporciona el artículo 41.1 ET (...) es sólo ejemplar, esto es, no es una lista cerrada, como se aprecia de la lectura del primer párrafo del precepto citado, que se refiere a dichas materias, entre otras”.

⁷⁵³ En esta línea, VIDA SORIA, cit., pg. 93, donde, además, señala que “parecería que la única posibilidad de dotar de operatividad a la lista de materias, fuera que la expresión “entre otras” forzara a

excepción de aquellas materias para las que la propia norma establece unas reglas específicas, como sucede con la movilidad geográfica. Por todo esto sería más conveniente hablar simplemente de modificación del contrato.

Ahora bién, hay que recordar que con la anterior redacción del artículo 41 sólo podía acudirse a las modificaciones sustanciales para aquellas condiciones susceptibles de pacto en el contrato de trabajo, así como las que se “hubieren integrado en la esfera individual de derechos del trabajador por costumbre o uso de empresa, convenio colectivo impropio, decisión administrativa o acuerdo empresarial de mejora colectiva; esto es, se ha de tratar, en definitiva, de condiciones de trabajo sobre las que se podía pactar y disponer por las partes mediante el contrato y que no podían ser impuestas por el empresario en virtud de sus poderes de organización laboral, ya tuvieran o no la cobertura de una norma de derecho dispositivo”⁷⁵⁴.

Sin embargo, este planteamiento, a partir de la redacción dada en 1.994 al artículo 41 debe ser completado, añadiendo que es posible también la modificación de las condiciones de trabajo contenidas en todo tipo de pactos colectivos, incluidos los convenios colectivos estatutarios⁷⁵⁵, aunque con sometimiento a las limitaciones que el propio texto legal

utilizar un criterio analógico, esto es: estarían sometidas a control, las decisiones empresariales modificativas que versaran sobre las materias citadas, y “otras análogas”. Pero tal intento interpretativo no parece que sea muy fértil”.

⁷⁵⁴ Véase RIVERO LAMAS, J.: “El art. 41: Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 157. en esta lógica dirá que “lo que no puede conseguir el ejercicio del poder contractual reconocido ex art. 41 del ET es ir más allá de lo que, originariamente, es susceptible de regulación y pacto entre las partes de un contrato”(pg. 156). Véanse igualmente CRUZ VILLALÓN: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit, pgs. 221-224; LÓPEZ TARRUELLA: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 131-134; SALA FRANCO: “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes...”, cit., pg. 82; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo* (dir. E. BORRAJO), AL, 1.993, pg. 526 y ss. Contrariamente, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos de reorganización productiva”, en SALA FRANCO, T., PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH PESET, J.M.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Acarl, Madrid, 1.989, pg. 154 y ss., admite la modificación sustancial de condiciones normativizadas.

⁷⁵⁵ En contra, véase VALLEJO DACOSTA, R.: “Modificaciones de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 194, donde mantiene que “lo modificable a través del artículo 41 LET es precisamente el contenido u objeto del contrato, sus estipulaciones, cláusulas o pactos, ya sean éstas principales o accesorias, siempre que se hayan establecido a través de la autonomía contractual, ya aparezcan incorporadas al nexo contractual por obra del mismo contrato o por instrumentos informales de negociación colectiva”. Bien es verdad que a pesar de este pronunciamiento trata también en su trabajo, como no podía ser menos, de la modificación de los convenios colectivos a través del propio artículo 41 LET.

impone. Esta posición ya había sido defendida con la anterior redacción, admitiéndose por alguna doctrina la modificación de condiciones normativas, además de las contractuales, para la adaptación del contenido convencional a las particularidades empresariales, siempre que no implicase una erosión del proceso negociador ni una huida de los contenidos convencionales⁷⁵⁶. Hoy, hay que admitir la modificación a través del artículo 41 LET de cualquier tipo de condiciones contractuales con la excepción de las derivadas de las leyes y las disposiciones reglamentarias del Estado señaladas en el artículo 3.1.a) LET.

En resumen, se puede decir que por medio de los procedimientos modificativos del artículo 41 LET es posible la modificación de las condiciones contractuales y convencionales, éstas últimas dentro de los límites que el propio artículo señala, con la única excepción de la cuantía del salario que no parece posible modificar directamente, sino sólo por la vía indirecta de la modificación previa de las funciones desempeñadas o del sistema de cálculo del mismo, porque el descuelgue salarial, que conceptualmente es una modificación sustancial, no se lleva a efecto a través del artículo 41 LET.

Ahora bien, en cualquier caso, no debe olvidarse que, dada la configuración casuística del problema de la delimitación de las modificaciones sustanciales, al final tendrán la consideración de condiciones de trabajo a efectos de la aplicación del artículo 41 LET aquellas que la jurisprudencia en cada caso considere como tales, por lo que sería muy conveniente la búsqueda de otros criterios que nos permitieran un mayor grado de seguridad y previsibilidad.

⁷⁵⁶ En este sentido, DURÁN LÓPEZ, F.: “Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales”, en *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales: XI Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, edit. Federico Navarro Nieto, CARL-Trotta, 1.994, pg., 13; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada”, DL, núm. 24/1.988, pg. 19; SÁEZ LARA, C.: “Los límites de la autonomía de la voluntad en la modificación de las condiciones de trabajo”, RL, núm. 8/1.991, pgs. 14 y 15, señalando que este tipo de modificación podría admitirse temporalmente; igualmente, DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de condiciones de trabajo”, RL, NÚM. 20-21/1.991, pgs. 120 y 121; en igual sentido, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, AL, núm. 21/1.992, pg. 378 y ss. En contra de esta interpretación del artículo 41, por carecer de base objetiva en el texto legal, CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La individualización de las relaciones laborales”, RL, T.I/1.991, pg. 144.

1.2. EN TORNO AL CONCEPTO DE LA SUSTANCIALIDAD DE LA MODIFICACIÓN

Una vez estudiado que deba entenderse por condiciones de trabajo se debe precisar la segunda parte del enunciado del artículo 41 LET que exige que la modificación de esas condiciones sea *sustancial*. De aquí que debamos detenernos en la delimitación y concreción de qué sea o no lo *sustancial*⁷⁵⁷, por cuanto la modificación que se lleve a cabo en las condiciones de trabajo lo será por esta vía del artículo 41 LET en tanto en cuanto pueda ser calificada de sustancial, de modo que el ámbito de actuación de ese artículo 41 dependerá muy directamente de la amplitud que se conceda al término⁷⁵⁸. De aquí la importancia de esta delimitación, sobre todo si tenemos en cuenta que la Ley no define⁷⁵⁹ ni señala con un mínimo de claridad, ni da regla alguna para entender cuando una modificación es sustancial o no y que el problema principal radica en que la sustancialidad de la modificación es un concepto jurídico indeterminado⁷⁶⁰, con todas las ventajas e

⁷⁵⁷ El Diccionario de la Lengua Española dice que es sustancial lo “pertenciente o relativo a la sustancia”, y que sustancia es el “ser, esencia o naturaleza de algo”, por lo que sustancial y esencial pueden ser considerados como sinónimos. En cambio para Aristóteles, el primero que usó ambos términos, la sustancia y la esencia son conceptos diferentes aunque relacionados, puesto que la categoría sustancia es lo que no es predicable de un sujeto ni presente en él, pero no puede existir sin el sujeto, mientras que la esencia se refiere a “aquellas de sus propiedades que no pueden cambiar sin que pierda su identidad”, noción coincidente con la que más adelante expondremos de la modificación sustancial (Véase, RUSSELL, B.: *Historia de la Filosofía*, RBA, Madrid, 2.005, pg. 241). La oposición entre modificación sustancial y no sustancial fue ya objeto de estudio para la doctrina francesa, por lo que puede acudir, entre otros, p.e., a SAVATIER, J.: “Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels”, *Droit Social*, 1.988, pg. 135 y ss.; LYON-CAEN, G.: “Modification du contrat de travail et licenciement”, *Jur. Soc.*, diciembre, 1.987, pg. 41 y ss.; BLAISE, H.: “Les incidences d’une modification du contrat de travail”, *Bulletin social Francis Lefebvre*, mayo/1.988, pg. 225 y ss.; TEYSSIE, B.: “La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l’entreprise”, *Droit Social*, 1.988, pg. 852 y ss.

⁷⁵⁸ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “Art. 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (dir. MONEREO PEREZ, J.L.), Comares, Granada, 1.998, pg 504.

⁷⁵⁹ Véase ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Colección Práctica de Derecho Social, Comares, Granada, 2000, pg 11, donde señala que “pese a la relevancia del concepto, el legislador no lo ha definido tampoco con ocasión de la reforma de 1994, de modo que continúa arrastrándose una indeterminación abocada de manera permanente a la elaboración en vía jurisprudencial”.

⁷⁶⁰ Entre la abundante jurisprudencia que así lo reconoce se pueden señalar, p.e. la SSTS de 26 de abril de 2.006, Ar 3105, de 22 de septiembre de 2.003, Ar 7308; o las SSTSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.007/869, de 2 de noviembre de 2.005, AS 2.006/632, de Navarra de 21 de julio de 2.005, AS 2604, de 23 de diciembre de 2.003, JUR 2.004/110210, 22 de mayo de 2.001, AS 1879, y de 29 de mayo de 2.001, JUR 201436, y Aragón de 4 de abril de 2.006, siguiendo la doctrina sentada por las

inconvenientes inherentes a su indeterminación, que obliga a una integración jurisprudencial casuística en función de las circunstancias concretas⁷⁶¹ y recurriendo en el fondo a “criterios de equidad”⁷⁶², que permiten su concreción por vías no estrictamente técnico-jurídicas, sino aproximativas, integrando los límites del poder de dirección o la entidad del cambio o el perjuicio causado con la modificación. El uso de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de flexibilidad en la aplicación de la norma ofrece la ventaja de su propia indeterminación, que lo hace fácilmente adaptable a las necesidades coyunturales, pero también presenta algunos inconvenientes desde el punto de vista de la técnica jurídica, entre los que se destaca su resistencia a un encuadramiento abstracto y general. Por esto, se puede afirmar que el término *sustancial* no es en absoluto preciso⁷⁶³, en cuanto carece de valor diferenciador en pura técnica jurídica, a pesar de que la concurrencia de esa sustancialidad es, precisamente, lo que da especificidad a las situaciones reguladas en el artículo 41 LET y abre la puerta a un tratamiento legal diferenciado, con respecto a aquellas otras modificaciones que no tienen esa consideración.

La diferencia entre modificaciones esenciales o sustanciales y accesorias es la misma que existe entre el instituto modificativo del artículo 41 LET y las facultades directivas de especificación de la prestación debida por el trabajador⁷⁶⁴, esto es, aquellas que pueden decidirse sin necesidad de someterse a exigencia causal previa alguna⁷⁶⁵. El poder de

SSTS de 3 de diciembre de 1.987, Ar 8822, 6 de febrero de 1.995, Ar 778, y 3 de abril de 1.995, Ar 2905, entre otras.

⁷⁶¹ Esta idea ha sido puesta de relieve repetidamente. Véase RIVERO LAMAS, J.: “El art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 151; SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, Deusto, Bilbao, 1.991, pg. 98; SALA FRANCO, T.: “El alcance aplicativo del art. 41 del ET...”, cit., pg. 120.

⁷⁶² Véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 90.

⁷⁶³ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 150.

⁷⁶⁴ Como ya señaló CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pg. 224, esta distinción es utilizada también por la doctrina francesa cuando se refiere a la diferenciación entre “les modifications substantielles et non substantielles du contrat”; o cuando hace referencias a términos tales como “une donnée essentielle du contrat”, “termes essentiels de l’engagement” o “élément substantiels du contrat”, SAVATIER, J.: *La modification...*, cit., pg. 221; CATALÁ, N.: *Droit du Travail*, cit., pgs. 316 y 320; DESPAUX, M.: “L’acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialment convenues avec l’employeur» en AA.VV. *Melanges dédiés a Gabriel Marty*, Toulouse, 1.978.

⁷⁶⁵ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 134, donde señala que la frontera que separa el poder de dirección del empresario y el *ius variandi*, como

variación sustancial comienza allí donde termina el poder de especificación y concreción de la prestación, por lo que la facultad empresarial de cambio de las condiciones de trabajo produce “una verdadera y propia modificación de la prestación debida”⁷⁶⁶, que puede tener incidencia en la contraprestación salarial, lo que concede a este poder una verdadera “eficacia dispositiva o real”⁷⁶⁷. Por esto, la calificación como sustancial de una modificación se constituye en la línea divisoria entre las facultades empresariales ordinarias, como el poder de dirección, y la facultad extraordinaria de variación unilateral de condiciones de trabajo⁷⁶⁸. Además, sirve como criterio de exigencia de participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones organizativas empresariales, puesto que, si la modificación es sustancial, el empresario debe contar con ellos, ya sea a título informativo en las modificaciones individuales, ya para llevar a cabo consultas y negociaciones, en unos casos como exigencia procedimental únicamente y en otros con la necesidad de llegar a un acuerdo si se quiere implementar la modificación, en función del origen de la materia que se pretenda modificar⁷⁶⁹.

Esto, que parece claro, no lo es tanto si pensamos en que el criterio que diferencia una facultad modificativa de otra reside en la sustancialidad, en la esencialidad, de la medida. En una primera y somera aproximación, la exigencia de sustancialidad parece proveernos de un criterio bastante para diferenciar la condición que puede ser objeto de modificación

facultad extraordinaria del poder de dirección, “viene determinada por la causa justificante de la modificación”. Igualmente, RIVERO, J.: “Art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 190-191, se refiere a “esta especie de modificaciones, para cuya introducción el empresario necesita hacer uso de un poder distinto del de dirección”.

⁷⁶⁶ Véase GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica...*, cit., pg. 306. En este sentido, LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de las condiciones...*, cit., pg. 138, dirá que “si se toman en consideración los antecedentes normativos (dec. 2 de nov. De 1972) se llegará a la conclusión de que con el calificativo “sustancial” el legislador sencillamente lo que ha pretendido es contraponer y distinguir la simple especificación o concreción de las condiciones de trabajo, que entra en el poder de dirección empresarial, de la auténtica modificación, que siempre ha quedado al margen de tal poder. En este sentido, el ET simplemente ha seguido la línea marcada por el derogado Decreto de Política de Empleo de 1972”.

⁷⁶⁷ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 151.

⁷⁶⁸ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de las condiciones...*, cit., pg. 134; ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial...*, cit., pg. 9; PÉREZDE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, AL, t.3/1.997, cit., pg. 1.108; CRUZ VILLALÓN, J.: “Art. 41. Modificaciones sustanciales...”, cit., pg 504.

⁷⁶⁹ Sobre esta cuestión se volverá más adelante, véase *infra*.

sustancial *ex* artículo 41 LET, pero esta impresión es engañosa, porque es muy difícil saber *a priori* donde reside la sustancialidad, la esencialidad, de la condición modificada.

El problema reside en que cuando hablamos de sustancialidad estamos refiriéndonos a un concepto jurídico indeterminado que, a la vez que evita la rigidez en la norma, difumina los límites de esa sustancialidad, tanto en la concreción de los tipos de cambios que pueden calificarse de sustanciales, como en que esta calificación, utilizada para cuantificar la alteración sufrida por las condiciones que *a priori* serían sustanciales por figurar en la enumeración del 41.1 LET, sirve para incluirlas o no como tales en función de la graduación del cambio⁷⁷⁰.

Pero este problema debe ser solucionado, o por lo menos intentado⁷⁷¹, porque lo sustancial es lo que delimita, como se ha dicho, lo incluido de lo excluido del ámbito de aplicación del artículo 41 LET, incluso en algunas de las modificaciones citadas en su número uno, porque la inclusión normativa no es sinónimo ni garantía de que nos encontremos ante una condición sustancial, toda vez que ni las mismas condiciones recogidas en el texto normativo gozan de la consideración de sustanciales *per se*, a pesar de su inclusión taxativa como condiciones cuya modificación se considerará sustancial⁷⁷², porque toda modificación de condiciones de trabajo no es regulada por lo dispuesto en el artículo 41 LET, sino sólo aquellas que puedan ser calificadas de sustanciales⁷⁷³, sin perjuicio de aquellas modificaciones que, aún siendo sustanciales, la propia norma remite su regulación a otro precepto, como sucede, por ejemplo, con las modificaciones geográficas cuando se desplaza su regulación al artículo 40 LET, o el descuelgue salarial, regulado por el 82.3 LET, entre otros. Igualmente, es determinante la calificación de la modificación como

⁷⁷⁰ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pg. 225.

⁷⁷¹ Como señala SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 103, “no es necesario apuntar la extrema dificultad que existe a la hora de determinar exactamente cuando una modificación ostenta el carácter de sustancial. La norma incomprensiblemente no se detiene en ello”.

⁷⁷² Recuérdese el célebre lugar común: “ni están todas las que son ni son todas las que están”. Véase, por todos, SALA FRANCO, T.: “El alcance aplicativo del art. 41 del ET...”, cit., pg. 120.

⁷⁷³ Por todas, las STSJ de Castilla y León/Burgos de 14 de diciembre de 2.006, AS 2.007/457 y de Valencia de 28 de septiembre de 2.007, As 3490.

sustancial a efectos procesales, puesto que si la respuesta es afirmativa su impugnación se podrá sustanciar a través de la modalidad específica del artículo 138 LPL⁷⁷⁴, aunque, evidentemente, esto no es más que una consecuencia de haber seguido el régimen jurídico preceptuado en el artículo 41 LET para llevar a cabo un cambio de condiciones laborales.

1.2.1. El concepto de sustancialidad. Diferenciación entre lo sustancial y lo accesorio. Evolución doctrinal

Si la clave está en dilucidar en qué consiste el concepto de *sustancialidad*, para su consideración debemos contemplarlo desde diferentes perspectivas. En primer lugar, se debe recordar que, como hemos señalado, predicar la sustancialidad de una modificación es calificar la modificación con un atributo que es por naturaleza indeterminado desde el momento en que la norma no sólo no lo define, sino que ni siquiera da criterios que permitan su conceptualización.

El primer interrogante que nos plantea la sustancialidad de la modificación, que se ha convertido en la cuestión clásica acerca de este tema, es si esa sustancialidad es predicable de la condición modificada o de la modificación de la condición o, dicho de otro modo, si lo prioritario es el objeto o la trascendencia de la modificación.

Inicialmente, partiendo de la distinción entre condiciones principales y no esenciales, que sirvieron de base a la doctrina de la novación civil⁷⁷⁵, se interpretó que el artículo 9, párrafo 2, del Decreto 3.090/1972, de 2 de noviembre, permitía identificar las condiciones no esenciales del contrato de trabajo con el poder de dirección, puesto que se refería expresamente a “cuando el empresario actúe dentro de las facultades inherentes a la organización del trabajo que le reconocen las disposiciones legales”, que era necesario reconducir a los límites del poder de dirección contenidos en las normas reglamentarias

⁷⁷⁴ Con respecto a esta idea, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial...*, cit., pg. 11, dirá que “por extraño que pueda parecer, un concepto material como es el del carácter sustancial de la modificación resulta determinante a efecto procesales”. Sobre esta repercusión procesal se volverá extensamente mas adelante.

⁷⁷⁵ Véase SANCHO REBULLIDA, J.: *La novación de las obligaciones*, cit., pg. 379.

sectoriales⁷⁷⁶. Precisamente en este marco normativo, la Ley de Relaciones Laborales, en su artículo 18, introdujo la expresión “modificaciones sustanciales” del “contenido” de “las relaciones individuales de trabajo”, que el artículo 41.1 LET simplificó, con acierto⁷⁷⁷, por la de “modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”.

Por su parte, el rótulo del artículo 41 se refiere a las “modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” y esta expresión parece llevarnos a deducir que la intención del legislador es que se califique como sustancial la modificación, no la condición modificada. Esta intencionalidad parece reforzarse con la dicción del primer apartado del artículo 41, cuando dice que “tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias”. De este modo, parece mostrarse como voluntad del legislador, derivada de la literalidad de la norma, la opinión de que lo determinante de la sustancialidad es su objeto: la condición modificada⁷⁷⁸, mas que la importancia y trascendencia de la modificación⁷⁷⁹. Sin embargo esta idea no fue compartida por todos, como se verá, sino más bien al contrario.

Esta opinión se fundamentó en la distinción entre condiciones principales, esenciales o sustanciales y condiciones accidentales o accesorias⁷⁸⁰, siendo éstas el ámbito del poder de dirección y aquellas el de las modificaciones sustanciales⁷⁸¹. Esta distinción fue seguida en

⁷⁷⁶ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pgs. 150 y 151.

⁷⁷⁷ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 151.

⁷⁷⁸ Este modo interpretativo fue seguido por el Tribunal Supremo en numerosos pronunciamientos, entendiendo que la modificación que recaiga sobre una de las materias listadas es siempre sustancial: SSTs de 15 de marzo de 1.991, Ar 1861, y de 29 de noviembre de 1.991, Ar 8833. En el mismo sentido la STSJ Andalucía/Málaga de 15 de abril de 1991, AS 2773. En contra, la STS de 2 de febrero de 1.994, Ar 900.

⁷⁷⁹ En esta línea, cfr. CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 53, donde expone que el nuevo artículo 41.1 del ET sigue construyendo el concepto de tales modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con un criterio que hace referencia, en principio, al tipo de condición de trabajo modificada y mediante el uso de la técnica delimitadora ya utilizada en la anterior redacción del precepto.

⁷⁸⁰ Véase LYÓN-CAEN, G.: “La mobilité, vue de haut.”, *Droit Social*, núm.6/1.989, pg. 431, donde señala que esta diferenciación se basa en la distinción que Aristóteles hace entre lo sustancial y lo accesorio y que, a pesar de su antigüedad, desempeña un papel “tanto más decisivo cuanto la negociación colectiva se muestra de una lamentable timidez en la materia”.

⁷⁸¹ En este sentido, véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pg. 224.

los inicios de esta institución por gran parte de la doctrina⁷⁸², que delimitó el campo del *ius variandi* en la “imprecisa frontera de las condiciones no esenciales”⁷⁸³, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo para dilucidar la existencia de novación, que se resolvía atendiendo a la existencia o no de cambio del objeto o las condiciones principales del contrato⁷⁸⁴.

El inconveniente de este planteamiento es que no resulta precisamente fácil incluir en los tradicionales categorías dogmáticas civilistas cuáles sean esas condiciones principales o accesorias referidas al contrato de trabajo⁷⁸⁵.

Resulta obvia la inadecuación del planteamiento y la incompleta consideración que se puede extraer por esta vía de aproximación conceptual de las modificaciones sustanciales, por la casi total imposibilidad de proporcionar criterios adecuados y aplicables a la realidad⁷⁸⁶. Además, a todo esto se podría añadir que, desde el punto de vista de la reglamentación de intereses en que consiste el contrato, cualquier condición de trabajo

⁷⁸² Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, cit., pgs. 133-135; CABRERA BAZÁN: *La novación ilícita...*, cit., pgs. 64; MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección*, cit., pg. 157; VINUESA ALADRO: *La clasificación profesional*, cit., pg. 169. También actualmente, ya durante la vigencia del Estatuto de los Trabajadores, ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit, pg. 513; ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 267.

⁷⁸³ RIVERO LAMAS, J.: “El art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 150

⁷⁸⁴ Véase el artículo 1.203 del Código Civil, que señala que las obligaciones pueden modificarse “variando su objeto o condiciones principales”, y SANCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones*, cit., pg. 379.

⁷⁸⁵ Este planteamiento civilista tradicional de los elementos esenciales del negocio jurídico (declaración de voluntad, causa y forma) y los elementos accidentales (condición, término y modo) no permite solucionar satisfactoriamente la problemática derivada del instituto jurídico de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. Véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 78: “por su parte, el mecanismo general de la novación de los contratos (mal concebido según parece por el C. Civil), pudo utilizarse desde luego en el ámbito del contrato de trabajo, pero nunca pudo ser rigurosamente adaptado al tema que aquí interesa de las variaciones unilaterales por voluntad empresarial, a no ser que se tratara de la utilización de ese término técnico de un modo analógico”. En una línea similar, RIVERO LAMAS, J.: “Art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 205; LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 137.

⁷⁸⁶ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Art. 41. Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pgs. 191 y 192: “Para la determinación de un concepto de modificaciones no cabe acudir, partiendo del artículo 1.203 del C.C., a las variaciones de la obligación del trabajador que afecten a “su objeto o condiciones principales”.

tiene o puede tener por encima de otras un carácter sustancial para las partes contratantes⁷⁸⁷.

Por otra parte, esta tesis, que identifica la sustancialidad con el objeto de la modificación, es decir, con la materia o condición modificada, puede ser contradicha con la irrefutable realidad de que la lista de materias enunciadas en el 41.1 no es exhaustiva, como el propio texto reconoce al incluir la expresión “entre otras”, lo que es cierto⁷⁸⁸, convirtiéndose así la lista en abierta, de modo que puede haber condiciones no incluidas expresamente en esa lista cuya modificación puede tener también carácter sustancial, como ha sido señalado. Otra cosa bien distinta sería que la lista fuese cerrada. Por todo esto no se entiende muy bien la existencia de esa lista ejemplificativa⁷⁸⁹, que además plantea el problema de la determinación de qué otras materias pueden ser modificadas por esta vía, además de las expresamente citadas⁷⁹⁰.

Porque la verdad es que no se ha explicitado criterio alguno por el legislador que permita conocer en base a qué argumentos se ha elaborado esa lista y reconocer cuando estamos ante otra materia no listada pero cuya modificación debiera ser sustancial y así poder reconocer las demás condiciones de trabajo modificables sustancialmente. Como ni en la norma ni en parte alguna se ha expuesto ese criterio no parece, en principio, que pueda afirmarse que la calificación como sustancial de la modificación dependa únicamente de la condición modificada, de modo que no sería posible mantener que hay materias cuya modificación siempre sea sustancial, aunque alguna doctrina ha interpretado que, en base al análisis de las materias enunciadas en el listado del artículo 41, “la alteración de dichas

⁷⁸⁷ En esta línea, LÓPEZ-TARRUELLA, F: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 137.

⁷⁸⁸ En esta lógica se ha pronunciado repetidamente la jurisprudencia mayoritaria, véanse, p.e.: SSTs de 3 abril de 1.995, Ar. 2905, de 22 de noviembre de 2.005, Ar 10053, y 21 de marzo de 2.005, Ar 5022, entre otras muchas, al igual que las SSTSJ de Andalucía/Málaga de 5 de febrero de 1.992, AS 855; La Rioja de 12 junio 1.992, AS 1992, País Vasco de 20 diciembre de 1.994, AS 4993, de Navarra de 21 de julio de 2.005, AS 2604, y de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2.007, AS 3490.

⁷⁸⁹ Así la califica la doctrina, véase, por todos, VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 6ª ed., 2.008, pg., y entre la jurisprudencia STSJ de La Rioja, de 20 de octubre de 1.992, Ar.4729.

⁷⁹⁰ Véase *infra*, cuando tratemos de las materias contenidas en el listado enunciativo del artículo 41.

materias siempre ha de ser calificada como modificación sustancial⁷⁹¹, cualquiera que sea el grado, daño u onerosidad de la alteración. En este sentido, habría condiciones sustanciales que tendrán el carácter de derecho subjetivo del trabajador sobre esa condición⁷⁹².

Esta tesis ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina⁷⁹³ y la jurisprudencia⁷⁹⁴ que, dada la dificultad de justificar doctrinalmente que las condiciones listadas siempre se modificarán sustancialmente, han optado por buscar otra alternativa, como es la idea de que lo que distingue como sustancial una modificación no es su objeto, es decir la condición o materia modificada, sino la entidad, la trascendencia, de ese cambio,

⁷⁹¹ Véase LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial de las condiciones...*, cit., pg. 139 y ss.: “la razón se halla en que tales condiciones, por propia exigencia legal, siempre se encuentran determinadas o fijadas. Y, si ello es así, es porque el legislador ha considerado como potencial y genéricamente dañosa su alteración, y, buscando la salvaguarda de posibles intereses, ha establecido una determinación o fijeza mínima que evite el ejercicio del poder de dirección empresarial respecto a tales materias”(pg. 140). Hay que tener en cuenta que para este autor hay que distinguir entre la “simple” especificación de las condiciones de trabajo, incluida en el poder de dirección, y la “auténtica modificación”, que por definición siempre será sustancial (pg. 138). De similar opinión es ROJAS RIVERO, G.P.: “Movilidad y modificación de las condiciones de trabajo en la reforma de la legislación laboral”. Comunicación al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 1.994, pg. 293, para quién las modificaciones que afecten a cualquiera de las materias listadas es en todo caso sustancial en cuanto son “condiciones determinadas o fijadas por las partes en el contrato con la finalidad de introducir un factor de seguridad en el cumplimiento de la obligación (sin duda en defensa de un interés concreto), siendo su alteración objetiva y potencialmente dañosa, precisamente porque supone una quiebra del interés que se pretendía salvaguardar”.

⁷⁹² LÓPEZ-TARRUELLA, *ibidem*, pg. 143: “puesto que son condiciones que, una vez fijadas, constituyen elementos determinantes o delimitadores de la prestación de trabajo (en su aspecto temporal y cuantitativo) o de la prestación salarial, ambas asumidas en esos términos por las partes, por lo que limitan el poder de dirección empresarial”.

⁷⁹³ Véase, p.e., RIVERO LAMAS, J.: “El art. 41...”, cit., pg. 191: “siendo, además, la lista incompleta desde la propia perspectiva legal, ya que también son modificaciones sustanciales los traslados que impliquen cambio de residencia, no mencionados en la relación del artículo 41, número 2, aunque sí en el número 4, y a los que refiere su regulación el artículo 40.1 y 2. De otra parte, no todas las modificaciones que afecten a las materias a que se refiere el número 2 del artículo 41 han de ser per se sustanciales, debiéndose atender para reconocerle este carácter a la entidad misma de la mutación introducida, entre otros factores”.

⁷⁹⁴ Así, el Tribunal Central de Trabajo en la STCT 17 de marzo de 1.986, RTCT 2.004, puso el acento en el carácter de la medida y no en la materia sobre la que ésta se proyecta: “no toda alteración afectante a alguno de los temas listados en el número 2 del citado art. 41 -lista abierta y “ad exemplum”- tiene carácter esencial ya que puede ser insignificante”. En el mismo sentido, SSTCT 5 de mayo de 1.988, RTCT 3457, y 3 de diciembre de 1.988 RTCT 8039. En cambio, el Tribunal Supremo sigue en numerosos pronunciamientos la línea interpretativa contraria, entendiendo que la modificación que recaiga sobre una de las materias listadas es siempre sustancial: SSTS de 15 de marzo de 1.991, Ar 1861, y 29 de noviembre de 1.991, Ar 8833. En el mismo sentido la STSJ Andalucía/Málaga de 15 de abril de 1.991, 2773. En contra, STS de 2 de febrero de 1.994, Ar 900.

apoyándose esta tesis en la inexistencia de una pauta que permita deducir claramente que el legislador ha listado determinadas materias siguiendo un criterio común a todas ellas y excluyente de las no enunciadas. Además, el texto legal no cierra la lista de materias modificables sustancialmente, sino que la deja abierta al referir “entre otras”, lo que permite concluir con la evidencia de que la lista del 41.1 LET es meramente ejemplificativa⁷⁹⁵, hasta el punto de que la alteración de una materia enunciada en la misma no tiene que ser siempre calificada de sustancial⁷⁹⁶, como pudiera desprenderse de una primera y asistemática lectura, sin tener en cuenta una visión del conjunto del texto legal⁷⁹⁷. Porque la inclusión en la lista no presupone necesariamente la sustancialidad, aunque se diga taxativamente que la alteración de esas materias es considerado como modificaciones sustanciales, ya que existen gradaciones dentro de las mismas y en algunos casos su entidad puede ser insignificante, permaneciendo dentro del ámbito de los cambios accesorios⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ Entre la amplísima jurisprudencia que reconoce este carácter ejemplificativo se pueden señalar, p.e., las SSTs de 10 de octubre de 2.005, Ar 7877, y de 28 de febrero de 2.007, Ar 3388. Igualmente SSTSJ de Navarra de 29 de mayo de 2.001, JUR 201436, de 23 de diciembre de 2.003, JUR 2.004/110210, y de 21 de julio de 2.005, AS 2604; del País Vasco de 2 de noviembre de 2.005, AS 2.006/632, de Valencia de 28 de julio de 2.007, AS 3490, y de Madrid de 22 de octubre de 2.007, AS 3483.

⁷⁹⁶ Véase, por ejemplo: LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍN EZ, F.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 313; RIVERO LAMAS, J.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41", cit., pgs. 251 y ss.; SALA FRANCO Y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, cit., pgs. 96 y ss.; PLANAS PUCHADES, L.: "La modificación sustancial de condiciones de trabajo", REDT, núm. 13/1.983, pg. 98; TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *Tiempo de trabajo y contrato ferroviario*, UCM, Madrid, 1995, pgs. 232 y ss.

⁷⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: "Art. 41. Comentario...", cit., pgs. 504 y 505.

⁷⁹⁸ La STSJ de Cataluña de 26 de octubre de 2.002, JUR 134102, señala claramente 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, y, por ello, no todas las modificaciones a las que alude el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores pueden considerarse siempre y en todo caso como sustanciales, sino que habrá que atender a cada caso concreto para poder valorar la graduación o intensidad de la misma, a fin de distinguir las verdaderas modificaciones sustanciales de los nuevos cambios accesorios". En igual sentido, entre otras muchas, STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2.007, JUR 134102, de 30 de abril de 2.004, JUR 194568, de Madrid de 25 de abril de 2.006, AS 2040, de Navarra de 27 de marzo de 2.002, AS 1522, Andalucía/Granada de 11 de enero de 1.999, AS 499, de Cataluña de 14 de enero de 1.998, AS 5097, de Murcia de 15 de marzo de 1.996, AS 579, de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 1.995, AS 2592, y de 23 de octubre de 1.998, AS 3970, y de Cantabria de 17 de enero de 1.995, AS 200, siguiendo la doctrina, entre otras, de las SSTs de 3 de marzo de 1.995, Ar 2905, de 11 de diciembre de 1.997, Ar 9163, de 22 de junio de 1.998, Ar 5703, y de 10 de octubre de 2.005, Ar 7877, y 21 de marzo de 2.006, Ar 5022.

La inmediata pregunta es qué finalidad tiene una lista ejemplificativa de condiciones de trabajo que pueden ser modificadas sustancialmente, si lo importante no es la materia modificada sino la entidad del cambio. La doctrina ha respondido diciendo que, para una correcta interpretación, lo que hace esa lista de materias es proporcionarnos un primer indicio de la sustancialidad de la modificación, puesto que su inclusión en el listado nos dice que su alteración, normalmente, será esencial. Ahora bien, como es sólo un indicio, éste deberá confirmarse en cada caso acudiendo a la trascendencia de la modificación. Así, conjugando estos dos factores, el objeto de la modificación y la entidad del cambio, podríamos conseguir una mejor y más amplia perspectiva de juicio⁷⁹⁹.

De esta manera, el criterio decisorio de la sustancialidad de la modificación pasa a residir en la entidad y trascendencia del cambio, con lo que el problema se deriva a la concreción de cuál habría de ser la intensidad suficiente para que la modificación se califique o no de sustancial.

Desde esta perspectiva, en que lo trascendente es el elemento decisorio y fundamental de la modificación, resulta obvio que cuando ésta afecte a una materia listada, pero de forma leve, no estaremos ante un cambio sustancial, mientras que si la materia modificada no está en la enumeración normativa, pero la entidad del cambio es muy intensa, entonces sí estaremos ante una modificación sustancial, de modo que, realmente, la circunstancias, tanto del trabajo como de los trabajadores, concurrentes en cada caso serán las que nos permitan calificar o no de sustancial la modificación. De aquí que deba concluirse que la *sustancialidad* afecta a la modificación, no a la condición modificada.

⁷⁹⁹ Véase, sobre esta idea: ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, cit. pg. 499; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 137 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET", Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García, Madrid, AEDTSS-Marcial Pons, 1.995, pg. 251; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional", cit., pg. 530; CRUZ VILLALÓN, J.: "La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", RL, t.II, 1.996, pg. 428 y ss.

Si la sustancialidad reside en la entidad, en la mayor o menor importancia del cambio, está claro que hay que buscar cuál es el criterio o criterios que nos permitan decir que el alcance del cambio es tal que éste es o no sustancial.

Como se ha dicho, hay que acudir al análisis de las circunstancias del caso a través de “criterios de equidad”⁸⁰⁰ e “interpretaciones razonables”⁸⁰¹ que nos permitan determinar la sustancialidad de la modificación conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea real o potencialmente dañosa para el trabajador⁸⁰², porque implique en el caso “una mayor onerosidad o perjuicio objetivamente perceptible para el operario”⁸⁰³. En resumen, que dependerá de la intensidad del cambio y/o la concurrencia de un perjuicio al trabajador afectado, como se ha señalado por alguna jurisprudencia⁸⁰⁴. Sin embargo, esta exigencia de perjuicio no parece ser admisible, ni en la anterior redacción del artículo ni en la actual⁸⁰⁵, puesto que el propio artículo 41.3, *a sensu contrario*, admite la posibilidad de

⁸⁰⁰ Cfr. VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 90. Igualmente, la STSJ de Navarra de 21 de julio de 2.005, AS 2604, refiere que: “en definitiva son los criterios de equidad los utilizados a la hora de calificar la sustancialidad de la medida”, con referencia a las SSTs de 3 de diciembre de 1.987, Ar 8822, 6 de febrero de 1.995, Ar 778, y 3 de abril de 1.995, Ar 2905.

⁸⁰¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M^a E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 499, quienes matizan que se deberá llevar a cabo “a la luz de la protección del trabajador, y de los sacrificios que a éste impone en aras de la situación de la empresa, para la supervivencia de ella y del empleo en ella”.

⁸⁰² Véase LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg 139.

⁸⁰³ BARRIONUEVO PEÑA, J.: “Fuerza mayor y expediente de crisis”, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, 1.977, pg. 462.

⁸⁰⁴ Algunos pronunciamientos judiciales han exigido adicionalmente la existencia de perjuicio para el trabajador afectado, como la STCT de 17 de marzo de 1986, RTCT 1986: “aunque el precepto no da ninguna regla para precisar cuándo una modificación es sustancial, hay que acudir a una interpretación racional de dicha expresión y entender por tal aquella que no es baladí y que implique para los trabajadores una mayor onerosidad de sus prestaciones con un perjuicio comprobable”. Exigiendo claramente el perjuicio la STS de 3 de abril de 1.995, Ar 997, y de una manera ciertamente difusa la STS de 22 de septiembre de 2.003, Ar 7308.

⁸⁰⁵ Véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 91, donde afirma que “es evidente que una correcta interpretación del art. 41 entero excluía esa exigencia, al restringirla para determinados supuestos con régimen jurídico especial (pf. 3 del anterior art. 41). Y así se interpretó, aún con alguna decisión contraria. (Bueno será decir que el tema del perjuicio llevaba a situaciones de verdadera perplejidad en el anterior texto, que no es oportuno resaltar aquí)”. Igualmente crítico con esta exigencia, LÓPEZ-TARRUELLA, op. cit., pg. 136, con respecto al perjuicio o la mayor onerosidad de la prestación al ser modificada se preguntaba “quién y cuándo decide ese dato, respecto a qué tipo de perjuicio u onerosidad, en qué grado... Y aunque estas dificultades fuesen soslayables en relación con los cambios de alcance individual (...)sería muy difícil la valoración (...) referido a las modificaciones colectivas, pues no siempre tiene por qué existir efectos nocivos para todos los

que una modificación sustancial no cause perjuicio alguno, cuando señala la posibilidad de resolución indemnizada del contrato en caso de perjuicio, por lo que, aunque no es requisito de la sustancialidad de la modificación la existencia de perjuicio para el trabajador, el perjuicio sí se constituye en razón clasificadora de los diferentes efectos que el cambio puede tener⁸⁰⁶. Así, la existencia o no de perjuicio y de qué tipo, en función de que la modificación sea individual o colectiva, tendrá unos determinados efectos, sean estos resolutorios o no⁸⁰⁷, pero no debe influir en la calificación jurídica de la modificación, aunque es evidente que cualquier modificación conlleva, sino un perjuicio claro, sí unas molestias de mayor o menor intensidad⁸⁰⁸.

Esta es la tesis seguida y aplicada mayoritaria y pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo ésta, que es la que en cada supuesto decide sobre la sustancialidad o no de la modificación, abriendo o cerrando el ámbito de los poderes de variación del empresario según considere la variación excluida o incluida en el artículo 41. Sin embargo, a pesar de la importancia del asunto, ni antes de la reforma ni ahora se ha elaborado por la jurisprudencia un criterio razonablemente unitario que sirva como definición y que nos permita escapar de los albures de la casuística, a pesar de la reiteración de la conocida definición elaborada por el Tribunal Supremo en su sentencia de

trabajadores o, ni siquiera, para algunos, como se desprende del art. 41.3 ET”. En similar sentido, SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit., pg. 98 y la doctrina y jurisprudencia que citan; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1.996, pg. 91.

⁸⁰⁶ Sobre la influencia o no del perjuicio en la modificación sustancial véase lo dicho *infra*.

⁸⁰⁷ En este sentido, véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 91: “Si la modificación, es de carácter individual (según lo que se dirá después) y comporta perjuicio para el trabajador, y ello se demuestra -es de suponer-, los efectos de la medida serán unos, si la modificación no comporta tal perjuicio (¿cuándo no comportará perjuicio?), los efectos serán otros; y si el perjuicio que comporta la medida (tanto individual como colectiva, -porque el art. 50.1.a) no distingue al respecto-) lo es referente a la dignidad o la formación profesional del trabajador, los efectos serán otros (los del art. 50 ET); igualmente, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: planteamientos jurisprudenciales”, A.L., núm. 23/1.991, pg. 299, señala que el perjuicio sólo se requiere para la resolución del contrato.

⁸⁰⁸ En este sentido, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 92, dirá que “la alusión a la necesidad de que haya perjuicio para el trabajador, en todo este tema de la modificación de sus condiciones de trabajo, es en todo este contexto, casi un sarcasmo, porque la razón de ser del art. 41 y de las limitaciones del poder empresarial que contiene es precisamente la presunción legal de un perjuicio al trabajador derivado de la variación que se regula”.

3 de diciembre de 1.987⁸⁰⁹, cuando establece que “por modificación sustancial hay que entender aquélla de tal naturaleza que altere y transforme 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”.

Esta definición, reproducida y reiterada en sucesivos pronunciamientos judiciales hasta hoy⁸¹⁰, puesto que se han seguido aplicando los criterios anteriores a la reforma⁸¹¹, no resuelve muchos problemas interpretativos, porque la modificación sustancial, una vez admitido por doctrina y jurisprudencia que lo relevante en ella no es la materia modificada, sino la gravedad de la afectación, no tiene por qué afectar siempre a los aspectos o condiciones fundamentales de la relación de trabajo⁸¹².

Es importante destacar que algunas resoluciones judiciales han intentado concretar más la indeterminación normativa del punto de partida y lo han hecho en dos direcciones: una, yendo desde el carácter sustancial referido a la condición modificada, como hace la referida y clásica sentencia de 1.987, a la consideración de que el cambio es sustancial si éste afecta al núcleo esencial de la materia modificada. De este modo se considera modificación sustancial y, por tanto, afectado el núcleo esencial cuando “la decisión

⁸⁰⁹ Ar. 8822. Esta sentencia es una cita clásica, al igual que las SSTs de 15 de marzo de 1991, Ar 1861, o la de 3 de abril de 1.995, Ar 2905.

⁸¹⁰ Véanse, p.e., SSTs de 22 de septiembre de 2.003, Ar 7308, de 6 de febrero de 1.995, Ar 778, de 3 de abril de 1.995, Ar 2905; igualmente SSTSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 2.006, AS 632, de 27 de enero de 2.004, AS 8, y de 9 de septiembre de 2.003, AS 3652; de Navarra de 21 de julio de 2.005, AS 2604, de 23 de diciembre de 2.003, JUR 2.004/110210, de 29 de mayo de 2.001, JUR 201436; de Andalucía/Granada, de 27 de enero de 1.999, AS 558, y de Andalucía/Málaga de 24 de enero de 1.997, AS 250, y de 11 de enero de 1999, AS 499.

⁸¹¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma...”, cit., pg. 17, señala que, a pesar del cambio legislativo de 1.994, la jurisprudencia no ha necesitado reconsiderar su criterio acerca de lo que sea o no modificación sustancial; *idem*: “Art. 41. Modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 505.

⁸¹² En esta línea, también unánime, pueden señalarse, p.e. la STSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 2.005, AS 2.006/632, señala que “la Ley no establece cuando una modificación es sustancial o no siendo el de sustancialidad un concepto jurídico indeterminado cuya definición y alcance se ha ido precisando por la jurisprudencia casuísticamente a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto siendo el mismo predicable de la modificación y no de las condiciones de trabajo afectadas por la misma, de modo que no existen condiciones laborales esenciales o accesorias, sino modificaciones sustanciales o accesorias”.

empresarial es de tal intensidad que rompe el equilibrio contractual que las anteriores condiciones representaban respecto al conjunto del contrato”⁸¹³.

La segunda, señalando que los criterios identificadores del carácter sustancial se deben fundar en una interpretación finalista y razonable de la norma⁸¹⁴, aunque nuevamente volvamos a usar un concepto jurídico indeterminado con las ventajas e inconvenientes que le son propios. De esta manera, se llega a la sustancialidad a través de la combinación de distintos aspectos, como la materia a la que se refiera la modificación, con las “características mismas de la modificación, desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal y de las eventuales compensaciones”⁸¹⁵, o la materia afectada, la intensidad del cambio, su carácter temporal o definitivo y, como dato relevante aunque no definitorio, la mayor onerosidad que la modificación represente para el trabajador⁸¹⁶. De este modo, lo que importa no es la condición o materia modificada, sino

⁸¹³ P.e.: STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 de diciembre de 1.998, AS 4723.

⁸¹⁴ Sobre lo *razonable* y la *razonabilidad* interpretativa véase, *infra*, lo dicho en el capítulo dedicado a la fundamentación causal de la modificación.

⁸¹⁵ Véase CAMPS RUIZ, L.M.: *Las modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 54. Este es el sentido que expresa la STS (CA) de 2 de febrero de 1.994, Ar. 900, a propósito de la sustitución de la jornada de descanso por otra en plena campaña comercial navideña cuando dice que “el supuesto no reúne las condiciones que se precisan en el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores porque no se trataba de una alteración o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino de una modificación circunstancial y concreta, que respetaba además el descanso semanal sustituyendo incidentalmente una fechas por otras y ofreciendo una compensación económica”. Este razonamiento ha sido reiteradamente repetido en otros pronunciamientos judiciales.

⁸¹⁶ La STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.006/869, señala que para “querer construir un juicio clarificador deben destacarse como elementos de juicio el carácter normativo de la condición y el objeto del contrato, pudiéndose estudiar como criterios la materia afectada, la intensidad del cambio, el carácter temporal o definitivo de la modificación y la mayor onerosidad que la modificación pueda representar para los trabajadores. Por lo tanto se trata de estudiar la materia sobre la que versa la modificación y las características de la misma en esa perspectiva triple de cualitativa, temporal y compensatoria”. En similar sentido la STSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 2.005, AS 2.006/362, dice que se debe acudir al “contexto convencional e individual en que la misma se produce, la entidad y alcance del cambio que provoca y el grado de perjuicio o sacrificio que comportan para los trabajadores afectado”. Igualmente, entre otras, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 18 de diciembre de 1998, AS 4723, y SJS de Vitoria-Gasteiz, de 3 de julio de 1998, AS 3550; Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 3, de Girona, de 8 de abril de 1.999, AL, ref. 1916, dice que “no sólo la entidad de la modificación operada es el factor determinante de la calificación de ésta como sustancial, sino que será la valoración conjunta de las circunstancias concurrentes las que determinen una y otra calificación”, jugando un papel importante “las circunstancias del trabajador y del trabajo, ...que afecte a los elementos esenciales de la contratación,...que provoquen alteraciones importantes...con carácter suficientemente permanente”. Para ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial...*, cit., pg. 15, esta tendencia de la doctrina judicial, se encuentra claramente en la línea de los criterios defendidos por la doctrina.

la trascendencia de la misma en el equilibrio de la relación de trabajo⁸¹⁷, lo que conduce a que el criterio determinante sea el análisis de la entidad del cambio, caso por caso, lejos de cualquier apriorismo⁸¹⁸.

En cualquier caso, salvados los matices y diferencias, este modo interpretativo de la sustancialidad es el que se ha impuesto de manera prácticamente unánime⁸¹⁹, con un inconveniente principal que es, a la vez, su ventaja más importante: su indeterminación e imprevisibilidad⁸²⁰, propias del modo casuístico de resolución de los litigios, que se habrán de resolver caso por caso⁸²¹ y atendiendo, esencialmente, a criterios de razonabilidad y equidad⁸²².

⁸¹⁷ En esta lógica se manifiestan, p.e. las STS de 26 de abril de 2.006, Ar 3105, de 22 de junio de 1.998, Ar 5703, y de 11 de diciembre de 1.997, Ar 9163, y de 3 abril de 1.995, Ar 2905, así como las SSTSJ de Aragón de 29 de junio de 2.007, AS 2978, y de 4 de abril de 2.006, AS 2701, de Galicia de 20 de mayo de 2.005, AS 2.006/494, de Cataluña de 18 de octubre de 2.002, AS 3580, y de 14 de enero de 1.998, AS 5097, donde se dice que “habrá que atender a cada caso concreto para poder valorar la graduación o intensidad de las mismas a fin de diferenciar las verdaderas modificaciones sustanciales de los meros cambios accesorios o insignificantes”, todas siguiendo jurisprudencia anterior en el mismo sentido.

⁸¹⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, cit., pg. 1.108. Entre la jurisprudencia, p.e., la STS de 26 de abril de 2.006, Ar 3105, destaca “la imposibilidad de trazar una noción dogmática de modificación sustancial y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo”. Igualmente, la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.007/869, habla “del puntual casuismo que provoca la materia traída a colación y que provoca una auténtica labor de creación judicial del derecho por las pautas de la sustancialidad que predica el art. 41 del ET y resulta difícil de extrapolar a soluciones concretas sobre todo repasando la jurisprudencia y la ambivalencia de la soluciones en torno al carácter sustancial o accidental de la modificación”; la STSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 2.005, AS 2.006/632, señala que “la Ley no establece cuando una modificación es sustancial o no siendo el de sustancialidad un concepto jurídico indeterminado cuya definición y alcance se ha ido precisando por la jurisprudencia casuísticamente a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto”; y la STSJ de Navarra de 22 de mayo de 2.001, AS 1879: “la sustancialidad es un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial caso por caso a la vista de las concretas circunstancias”.

⁸¹⁹ Véase, por todos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VYREDA, C.: “La modificación sustancial...”, cit., pg. 1.108, donde señala que esta práctica unanimidad desde un punto de vista conceptual, que ya se planteaba en la anterior redacción, se mantiene en los mismos términos.

⁸²⁰ Existen pronunciamientos judiciales, como la STSJ de Madrid, de 22 de mayo de 1.998, AS. 1728, que razonan que la modificación es sustancial “aunque no alterase los aspectos fundamentales” de la relación, en un caso de supresión de un horario flexible, justificando la Sala que lo es, a pesar de que “como la doctrina viene expresando, para que tal calificación concorra requiere la afectación del núcleo esencial de las materias que relaciona”.

⁸²¹ Como ejemplo de la abundante casuística pueden señalarse, entre el inmenso número y variedad de pronunciamientos, los siguientes que rechazan el carácter sustancial: SSTS de 6 de febrero de 1.995, Ar 778: las variaciones consistentes en cambio de puesto de trabajo por desplazamiento de los pinches desde las diversas plantas a la cocina, que define el cambio como “mera modalización de la prestación de

servicios?"; de 11 de diciembre de 1.997, Ar 9163: alteración del sistema de pago con tarjeta para descuentos en compras; de 22 de junio de 1.998, Ar 5703: la imposición de nuevos criterios para la determinación de complemento personal voluntario en su concesión y cuantía; de 17 de diciembre de 2.004, Ar 2.005/816: el establecimiento de un nuevo sistema de control horario y la flexibilidad de jornada en 30 minutos; de 27 de julio de 2.005, Ar 8940: unificar dos complementos en un solo concepto; de 10 de octubre de 2.005, Ar 7877: o la modificación consistente en retrasar media las horas de entrada y salida del trabajo, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos, porque con ello no se transforma el contrato y objetivamente no puede calificarse de más oneroso entrar al trabajo media hora más tarde, ni se ha transformado un aspecto fundamental de la relación laboral; de 20 de mayo de 1.999, Ar 4838: excluye la aplicabilidad del artículo 41 a la modificación de condiciones determinada por concurrencia de normas internacionales de navegación; de 4 de abril de 1.994, Ar 6335: suprimir los salarios correspondientes a permisos retribuidos y a días en ILT, en razón a la cláusula *rebus sic stantibus*; de 22 de noviembre de 2.005, Ar 10053, que igualmente invoca la *rebus sic stantibus* para justificar la reducción de la base de cálculo de las comisiones, debida al excesivo incremento de los precios del acero, si se perciben las mismas cantidades por idéntico esfuerzo; de 17 de diciembre de 2.004, Ar 2.005/816: introducción del horario flexible; de 10 de octubre de 2.005, Ar 7877: empezar y acabar la jornada durante el verano, media hora más tarde, sin modificar la posibilidad de utilizar el transporte público; STS de 22 de septiembre de 2.003, Ar 7308 y STS de 10 de octubre de 2.005, Ar 7877: el deslizamiento de la hora de entrada y salida al trabajo inferiores a una hora. Igualmente, p.e., las SSTSJ de Cantabria de 17 de enero de 1.995, AS 200: la variación del horario, con jornada nocturna, durante escasos días, a unos trabajadores que dieron su consentimiento y que no sufrieron menoscabo alguno, por las necesidades creadas por la campaña de aniversario del centro comercial; de Murcia de 15 de marzo de 1.996, AS 579: el desplazamiento en la franja horaria de tres horas durante diez días, que afecta a ocho trabajadores; de Andalucía/Granada de 11 de enero de 1.999, AS 499: cambiar el horario de toda la plantilla de 9 a 14 a 8,30 a 14,30, teniendo en cuenta que el horario normal establecido en el calendario laboral es de 7,30 a 15; de Navarra de 31 de enero de 2.001, AS 2222: variación del horario en una hora a la entrada y salida; Valencia de 31 de mayo de 2.005, AS 2471: empresa de servicios de consejería que tras prolongada ausencia por baja médica incorpora al trabajador en otro centro; Castilla y León/Burgos de 22 de septiembre de 2.004, AS 1897: al reducir la jornada de 37,5 a 35 horas semanales se comienza a las 8,30 en lugar de a las 8 y se trabaja sólo una tarde en lugar de dos; Navarra de 28 de julio de 2.004, AS 2481: aumento de dos días de trabajo al año, por ser éste bisiesto y caer el patrón en domingo, manteniendo los descansos y vacaciones preceptivas; de Cataluña de 29 de junio de 2.006, AS 2156: jornada anual aumentada un día por ser bisiesto el año; Asturias de 4 de mayo de 2.001, AS 1280: cambio de un día de descanso navideño que se lleva al puente del Pilar, sin cambiar ningún otro parámetro; de Aragón de 29 de junio de 2.007, AS 2978: profesora de EGB que pasa a dar todas sus clases en primaria cuando antes impartía parte de su horario en la ESO; de Castilla y León/Burgos de 14 de diciembre de 2.007, AS 457: conductor de ámbito nacional con horario variable que pasa a horario fijo diurno en la provincia y pierde la percepción de horas extras, plus de nocturnidad y dietas; de Aragón de 4 de abril de 2.006, AS 2701: variación del horario, dentro de la banda prevista en convenio, reduciendo en una hora la dedicación en la franja nocturna; de Cataluña 7 de septiembre de 2.006, AS 2.007/1218: supresión del derecho de uso de una plaza de aparcamiento.

En cambio, sí admiten el carácter sustancial de la modificación, p.e., las siguientes SSTS 26 de junio de 1.998, Ar 5789: establecimiento de horario partido de lunes a viernes, sustituyendo al anterior horario continuado de lunes a viernes y partido los sábados, con la finalidad de trasladar al resto de los días de la semana las horas que iban a dejarse de realizar los sábados como consecuencia de sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció el derecho de los trabajadores a realizar todos los sábados del año un horario máximo de seis horas; de 29 de diciembre de 1.997, Ar 446: modificación del régimen de uso privado del vehículo de la empresa fuera de la jornada laboral; de 16 de abril de 1.999, Ar 4429: la supresión del servicio gratuito de autocar. Entre los Tribunales de Justicia, p.e., las SSTSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 1.995, AS 3440: reducción del período de jornada intensiva por parte de los Departamentos de mano de obra indirecta para ajustarse a las necesidades del taller; Madrid de 16 de septiembre de 1.997, AS 3242: supresión de la jornada intensiva de verano, adoptada por una empresa de servicios para la atención de clientes cuyos centros de trabajo funcionan mañana y tarde; de Cataluña de 13 de febrero de 1.998, AS 579: prestación de servicios en sábado en empresa dedicada a la distribución de productos alimenticios perecederos para poder servir a las grandes superficies; Cantabria de 4 de

En cuanto a otras materias que no tengan un tratamiento específico en la norma, como sucede con las movilidad funcional más allá del ámbito del artículo 39 LET, el criterio interpretativo de la sustancialidad se deberá basar en dos puntos: uno, la existencia de “una regla general de inamovilidad de las condiciones pactadas”, y, otro, la consideración *ab initio* del artículo “como un mecanismo excepcional” que debe interpretarse restrictivamente, con la consecuencia de que se debiera “restringir la aplicabilidad del art. 41, aumentando la operatividad del *ius variandi* ordinario, esto es, del poder discrecional del empleador”. En cualquier caso, también será la jurisprudencia del caso por caso la que opere⁸²³.

La evidencia de toda esta trayectoria doctrinal e interpretativa es que estamos sumidos en un modo casuístico de enfrentar las modificaciones sustanciales, puesto que el modo de entender la sustancialidad de la modificación actualmente se encuentra cristalizado en la

marzo de 1.996, AS 622: eliminación del tiempo dedicado al aseo diario y su compensación económica; Cataluña de 16 de marzo de 1.999, AS 386: unificación de los horarios de las diferentes secciones de la empresa (homogeneización horaria), en beneficio de la atención al público, proveedores y clientes, y para facilitar las actividades de administración, coordinación y planificación entre los distintos departamentos; de Madrid de 22 de mayo de 1.998, AS: supresión del horario flexible; Baleares de 31 de diciembre de 1.998: retrasar dos horas la hora de entrada al trabajo con supresión de un complemento de festivos; de Castilla y León/Valladolid de 13 de diciembre de 1.999, AS 2.000/213: se mantiene la jornada, pero en la tarde se adelanta la entrada y la salida en 1,30 horas; de Navarra de 22 de mayo de 2.001, AS 1879: al pasar de 40 a 35 horas semanales se entra media hora después, tanto en la mañana como en la tarde; de Cataluña de 22 de abril de 2.002, AS 1791: actores de animación callejera que deben pasar de seis a ocho pases diarios; Cataluña de 12 de marzo de 2.002, AS 1551: pasar de trabajar 8 horas efectivas a 7,93 efectivas lo que supone dos días menos de libranza al año, acumulables a la vacaciones, por que la jornada se distribuía en 224 días y ahora pasa a distribuirse en 226 días efectivos, todo ello sin modificar el total de horas anuales; de Galicia de 5 de julio de 2.003, AS 3973: pasar de alternar turnos de mañana y tarde por semanas a una semana de mañana y dos de tarde; del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 1187: cambio de jornada continuada a jornada partida; de Madrid de 22 de octubre de 2.007, AS 3483: cambiar horario fijo de 10 a 22 por horario variable cada día.

⁸²² Cfr. VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones..”, cit., pg. 90, donde predijo, como ha sucedido, que “con toda probabilidad, éste será el criterio y el método que continúe aplicándose, resultando de uso pues la jurisprudencia acumulada al respecto, porque la nueva norma no ha variado en este aspecto”. Entre la jurisprudencia se refieren al uso de criterios de equidad, p.e., la STS de 26 de abril de 2.006, Ar 3105, siguiendo las SSTS de 3 de abril de 1.995, Ar 2905, de 6 de febrero de 1.995, Ar 778, y de 3 de diciembre de 1.987, Ar 8822. Igualmente las SSTSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2.006, AS 3483, de Cataluña de 29 de junio de 2.006, AS 2156, y de 18 de octubre de 2.002, AS 3580, de Aragón de 4 de abril de 2.006, AS 2701, de Navarra de 21 de julio de 2.005, AS 2604, y de 18 de octubre de 2.002, AS 3580, de Valencia de 12 de diciembre de 2.003, AS 3504, y de Cantabria de 24 de febrero de 2.003, JUR 186961, entre otras muchas.

⁸²³ VIDA SORIA, *ibidem*.

consideración de la intensidad del cambio y la mayor o menor onerosidad que el éste represente para el trabajador, circunstancias que hay que valorar de modo independiente en cada situación. Por esto, y si además le añadimos la discrecionalidad judicial, es bastante difícil conocer *a priori* si una modificación puede ser calificada o no de sustancial, lo que proporciona escasa seguridad jurídica, tanto al trabajador como al empresario intervinientes, por lo que debemos buscar, si es posible, otra manera de interpretar lo que sea o pueda ser la sustancialidad de la modificación que se pretenda implementar. En esta línea se puede interpretar el planteamiento doctrinal que pone la sustancialidad de la modificación en relación con dos criterios: uno, la identificación con los “elementos objetivos esenciales de la prestación – ej. retribución, tiempo de trabajo...-. Por otro, la incidencia notable o significativa en la configuración de la prestación”, en cuanto que implica un cambio relevante de la prestación inicial⁸²⁴.

1.2.2. Un planteamiento diferente de las modificaciones sustanciales: el ¿nuevo? planteamiento jurisprudencial de lo sustancial en Francia

Una nueva, o quizás no tan nueva, manera interpretativa de lo sustancial ha aparecido en Francia puesto que es, en el fondo, una revisión de teorías contractualistas abandonadas hace tiempo y dentro de la revitalización del ámbito del contrato. Este planteamiento merece ser estudiado, aunque sea someramente, porque, al igual que importamos el concepto y el instituto jurídico de las modificaciones sustanciales, es posible que también ese nuevo planteamiento que de las modificaciones sustanciales se hace nos solucione el problema o, como mínimo, contribuya a buscar la respuesta y la alternativa a la indeterminación de lo que sea la sustancialidad⁸²⁵.

⁸²⁴ Cfr. VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2ª ed. cit., pg. 539.

⁸²⁵ Igualmente se plantea la necesidad de establecer legalmente algunos criterios que permitan fijar una presunción *iuris tantum* de la sustancialidad de la modificación MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, RL 20/2.008, pg. 34.

A partir de 1.996⁸²⁶ ha habido un cambio jurisprudencial importante, al sustituir la ya clásica distinción entre *modificaciones sustanciales* y *no sustanciales* del contrato de trabajo por una nueva, que opone *modificaciones del contrato y cambios de las condiciones de trabajo*⁸²⁷, que ha pasado casi desapercibido para la doctrina española⁸²⁸ y que, en nuestra opinión, su importación, al igual que la doctrina original de las modificaciones sustanciales, podría solucionar bastantes problemas.

Este cambio de tendencia, aunque doctrinalmente ya se estaba anticipando⁸²⁹, se ha precipitado, sin duda, por causa de la terminología usada por la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables a su contrato de trabajo⁸³⁰. Pero, aunque ésta pudiera ser su causa inmediata, su puesta en práctica se ha hecho buscando una clarificación de la jurisprudencia para conseguir una mayor seguridad jurídica⁸³¹, toda vez que la distinción entre modificaciones sustanciales y no sustanciales puede dar lugar a que cambios del contrato no sean sustanciales y otros que sólo afectan a las condiciones en que se desenvuelve el contrato sí lo sean. Esto sucede así porque, en el planteamiento tradicional, la naturaleza objetiva del elemento modificado importa poco, pues lo que realmente cuenta es la intensidad de la modificación, es decir la gravedad de las consecuencias de la

⁸²⁶ A raíz de la sentencia de la Cour de Cassation de 10 de julio.

⁸²⁷ Sobre esta cuestión pueden verse: WAQUET, Ph.: “La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail”, RJS, núm. 12/1996, pg. 791; WAQUET, Ph.: “Modification des contrats de travail et plan social”, Droit Social, núm. 1/1.997, pg. 18 y ss.; RAY, J.E.: “Contrat de travail: modification et droit de révision”, Liaison sociales, Le mensuel, mai/1.997, pgs. 56 y 57; AMAUGER-LATTES, M.C.: “Modification du contrat de travail et droit disciplinaire”, Droit Social, núm. 2/1998, pg. 120 y ss.; COUTURIER, G.: “Pot pourri autour des modifications du contrat de travail”, Droit Social, núm. 11/1.998, pg. 878 y ss.; ANTONMATTEI, P.H.: “Les éléments du contrat de travail”, Droit Social, núm. 4/1.999, pg. 330 y ss..

⁸²⁸ El primero en hacerse eco de este cambio ha sido RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (En torno al artículo 41)”, REDT, núm. 100, 2000, pg 883. Recientemente MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación...”, cit., pg. 34.

⁸²⁹ Véase, por ejemplo, CAMERLYNCK, G.H.: *Droit du travail*, cit., pg. 409 y ss., esp. 417; RIVERO, J. y SAVATIER, J.: *Droit du travail*, Presses universitaires de France, 10^a ed., 1.987, pg. 574.

⁸³⁰ Esta Directiva ha sido traspuesta al ordenamiento español por el Real Decreto 1659/1998, referente a la obligación del empresario de informar por escrito al trabajador sobre “los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral”. Véase supra.

⁸³¹ Cfr. AMAUGER-LATTES, cit., pg. 120.

modificación, de modo que sólo si ocasionaban un perjuicio importante se consideraba sustancial la modificación.

Ahora, la calificación de la medida modificativa depende exclusivamente de la naturaleza del elemento afectado, de manera que si está comprendido en el campo contractual se tratará de una modificación del contrato de trabajo, mientras que, por el contrario, si está fuera del contrato estaremos ante un simple cambio de condiciones de trabajo. De este modo, cualquiera que sea la causa de la modificación, el contrato de trabajo nos debe dar la clave para la distinción⁸³², a la vez que se configura como un “bloque de estabilidad que protege el empleo del asalariado”⁸³³. Por esto, hay que entender que existe una modificación del contrato, tanto cuando se modifica un elemento preexistente, como cuando se añade una nueva cláusula, por ejemplo, una cláusula de no concurrencia, que creará una nueva obligación suplementaria para el trabajador, por lo que habrá que contar con su acuerdo⁸³⁴.

El problema sigue siendo, ahora igual que cuando se buscaba la distinción en la diferencia entre los elementos principales y accesorios del contrato, la concreción de cuáles son los elementos del contrato o de en qué consiste y cuál es el núcleo o mínimo contractual⁸³⁵,

⁸³² Cfr. AMAUGER-LATTES, cit., pg. 121. Esta idea del contrato como referencia ya había sido expresada anteriormente por RIVERO, J. y SAVATIER, J., cit., pg. 574: “Hace falta distinguir entre las simples instrucciones nuevas que vienen a modificar ciertas modalidades de ejecución del trabajo y las “modificaciones sustanciales” que se proyectan sobre elementos del contrato que habían sido determinantes para el consentimiento del trabajador. Las primeras pueden ser impuestas unilateralmente por el empleador en el marco de su poder de dirección. Las segundas pueden ser rehusadas por el trabajador”.

⁸³³ Véase WAQUET, PH.: “La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail”, cit., pg. 792. Lo que se persigue es “restaurar los grandes ejes del Derecho del Trabajo”(pg. 798) y “renovar el contrato de trabajo”(pg 791) al que hay que devolver al lugar que le corresponde naturalmente Así el contrato aparece como un dominio protegido, inaccesible al poder patronal, conformado como la piedra de toque que permite disociar lo que requiere el común acuerdo de las partes y lo que, al contrario, entra en el campo del poder unilateral del empresario. En idéntica línea ANTONMATTEI, P.H.: “Les éléments du contrat de travail”, cit., pg. 330, dirá que “la rehabilitación de lo contractual traduce otra evolución. Ampliamente contemplado como una técnica creadora de obligaciones al único servicio del empleador, el contrato de trabajo se ha transformado en un santuario de lo “adquirido” por el trabajador. La sinalagmaticidad y la fuerza obligatoria del contrato vuelven con fuerza”. Véase, más reciente, MAZEAUD, A.: “Modification du contrat de travail, changements des conditions de travail e vie personnelle”, Droit Social, núm. 1/2.008, pgs. 77 a 85.

⁸³⁴ Cfr. ANTONMATTEI, cit., pg. 330 y 331.

⁸³⁵ WAQUET, PH.: “La modification du contrat...”, cit., pg. 791, habla de “zocle contractuel”.

porque en la búsqueda de lo contractual hay múltiples preguntas que aún no tienen una respuesta clara. Por esto, alguna doctrina debate y se hace preguntas, puesto que “al hilo de las sentencias aparecen las dificultades de la empresa así como ciertas ambigüedades y temores. En la búsqueda de lo contractual las preguntas son múltiples: ¿Hay elementos del contrato de trabajo que lo son por naturaleza? ¿Todos los elementos que figuran en un escrito son contractuales? ¿Cómo razonar para las situaciones, numerosas en la práctica, en que ningún escrito constata la relación de trabajo? ¿El recibo de salarios está en vías de contractualización?”⁸³⁶. Porque ya las sentencias se refieren, no a la modificación del contrato de trabajo, sino a la modificación de un elemento esencial del contrato⁸³⁷. Por eso, no debe olvidarse que modificación sustancial y modificación de un elemento esencial del contrato de trabajo no son sinónimos⁸³⁸, aunque la jurisprudencia confunda las expresiones “modificación del contrato”, “modificación sustancial” y “modificación de un elemento esencial”, y aunque las dos primeras engloben la tercera⁸³⁹.

Como este planteamiento opone la modificación de un elemento esencial del contrato al cambio de condiciones de trabajo⁸⁴⁰, se hace imprescindible la determinación de cuáles son los elementos esenciales del contrato de trabajo que conforman el núcleo contractual. Éste estaría formado, además de por “los elementos que participan de la esencia del contrato de trabajo”⁸⁴¹, entendidos como los que están ligados a la subordinación, es decir, el nivel jerárquico, las funciones en las que se concreta la prestación del trabajo⁸⁴² y el

⁸³⁶ Véase ANTONMATTEI, cit., pg. 331. En Francia el recibo de salarios es frecuentemente el modo de prueba de la existencia de la relación laboral y de sus extremos.

⁸³⁷ BOUBLI, B.: “Sur la modification du contrat de travail et la loi Aubry”, *Semaine sociale Lamy* núm. 897/1.997, pgs. 3 y ss., donde pone de relieve como algunos opinan que para la jurisprudencia sólo parece haber una modificación del contrato cuando lo que se modifica es un elemento esencial.

⁸³⁸ WAQUET, Ph: “La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail”, cit., pg. 792; MORAND, M.: “A propos de la modification du contrat de travail”, *Droit social*, núm. 2/1.993, pg. 148.

⁸³⁹ Cfr. AMAUGER-LATTES, cit., pg. 122.

⁸⁴⁰ Alguna doctrina califica esta distinción como “pretoriana”. Véase ESCANDE-VARNIOL, M.C.: “Pour une évolution de la qualification juridique des changements d’horaires ou de lieu de travail”, *Droit Social*, nº 12/2.002, pg. 1.064 y ss.

⁸⁴¹ *Ibidem*.

salario⁸⁴³, el lugar de trabajo⁸⁴⁴ y la duración del mismo⁸⁴⁵. Además, por supuesto, de aquellos elementos que pueden calificarse como accidentales, pero que son esenciales por voluntad de las partes, que así lo han manifestado incluyendo una cláusula específica que les confiere sin equívocos esta cualidad⁸⁴⁶.

Ahora bien, hay que preguntarse si son éstos necesariamente elementos del contrato de trabajo, porque la jurisprudencia parece dubitativa y dividida entre la voluntad de objetivar un núcleo contractual mínimo⁸⁴⁷ y la voluntad de respetar la común intención de las

⁸⁴² Aquí debe incluirse también, junto al tipo de función ejercitada, “la cualificación reconocida al asalariado”, en cuanto que contribuye a la definición y concreción de la prestación de trabajo. *Ibidem*.

⁸⁴³ Incluso la remuneración no escapa a estas ambigüedades. Con la afirmación según la cuál “la remuneración contractual del asalariado constituye un elemento del contrato de trabajo” se podía pensar legítimamente que la remuneración es por esencia un elemento del contrato. Pero la sentencia de 20-10-98, dice que “la remuneración, contrapartida del trabajo del asalariado, resulta en principio del contrato de trabajo bajo reserva, de una parte, del salario mínimo y de otra de los acuerdos colectivos, usos de empresa o compromisos unilaterales del empleador. De aquí que haya situaciones en que la remuneración dependerá en su totalidad de un acuerdo colectivo o exclusivamente de un uso o de una concesión empresarial”. Estas afirmaciones son por lo menos sorprendentes. ¿Desconocen el carácter oneroso del contrato de trabajo? ¿No hay confusión entre la existencia de la remuneración, que procede siempre del contrato, y su cuantía que puede depender del estatuto colectivo?. ANTONMATTEI, *ib.* 331.

Igualmente, COUTURIER, G.: “Pot pourri autour des modifications du contrat de travail”, cit., pg. 879, señala que la jurisprudencia, aunque afirma que “la remuneración contractual del asalariado constituye un elemento del contrato”, precisa que hay elementos de la remuneración que tienen su fuente, no en el contrato de trabajo, sino el estatuto colectivo (convenio o acuerdo), concesión unilateral del empresario o uso de empresa, cuya modificación “no implica modificación de los contratos de trabajo”. De igual modo recoge otra jurisprudencia que se pronuncia en sentido contrario, afirmando que el salario no puede modificarse “incluso mínimamente” sin acuerdo del trabajador. Esto se refiere, también, al modo de remuneración, aunque el nuevo fuese, pretendidamente, mejor que el que consta en el contrato inicial.

⁸⁴⁴ Esta dudas son aún más fuertes para el lugar de trabajo, del que, si es mencionado en el contrato, se le considera, en principio, un elemento del contrato. En cualquier caso el lugar de trabajo se entiende como un sector geográfico de contornos necesariamente imprecisos. ANTONMATTEI, cit., pg. 331. En el mismo sentido, ESCANDE-VARNIOL, M.C., cit., pg. 1.065 : “el lugar de trabajo es en principio un elemento del contrato, salvo estipulación contraria”.

⁸⁴⁵ La duración del trabajo, por mencionada en el contrato de trabajo, constituye, en principio, un elemento del contrato, aunque la contractualización de la duración parece estar subordinada a una mención expresa en el contrato. ANTONMATTEI, cit., pg. 331. ESCANDE-VARNIOL, M.C.: “Pour une évolution de la qualification juridique ...”, cit., pg. 1.065, señala que los horarios de trabajo “son sistemáticamente calificados de condiciones de trabajo sometidas al poder de dirección del empleador” por la jurisprudencia, luego establecidos y modificados unilateralmente.

⁸⁴⁶ Véase BOUBLI, B.: “Sur la modification du contrat de travail...”, pg. 3.

⁸⁴⁷ Para WAQUET, PH.: “La modification du contrat de travail...”, cit., estos cuatro elementos citados, salario, funciones, lugar y duración del trabajo, son los elementos esenciales del contrato de trabajo.

partes⁸⁴⁸. En este sentido, se diferencia entre elementos contractuales por naturaleza y elementos contractualizados por voluntad de las partes⁸⁴⁹, debiendo los primeros ser consustanciales al contrato de trabajo, mientras que para los segundos hace falta verificar su contractualización indagando en la voluntad de las partes⁸⁵⁰.

Los elementos contractuales por naturaleza se pueden encontrar acudiendo a la definición del contrato de trabajo. Se entiende que éste existe cuando el trabajador y el empleador prestan su consentimiento al intercambio de salario por trabajo, de modo que la respectiva prestación de las partes se debe instituir como los elementos esenciales, preeminentes de ese núcleo contractual⁸⁵¹, porque no hay contrato de trabajo sin salario y sin, al menos, puesta a disposición por parte del trabajador. Ahora bien, en lo referente al lugar y la duración del trabajo, que también aparecen como “pilares contractuales”⁸⁵², el análisis difiere, porque se dice que el lugar de trabajo no es consustancial al contrato de trabajo, formando parte, en consecuencia, de las condiciones de trabajo⁸⁵³, salvo cláusula de estabilidad geográfica, pasando entonces a estar contractualizado por incluirlo las partes en su acuerdo de voluntades.

⁸⁴⁸ La objetivación de este zócalo o núcleo contractual es una decisión loable que permite limitar la casuística nacida de la búsqueda, frecuentemente adivinatoria, de la intención de las partes y que traduce la presencia de elementos consustanciales al contrato de trabajo (cfr. ANTONMATTEI, cit., pg. 331), al igual que la utilización durante años del término sustancial, que era entendido por los tribunales “como perteneciente a la sustancia, a la esencia, a la cosa en sí”. Cfr. WAQUET, 1.996, cit., pg. 791.

⁸⁴⁹ Véase, en este sentido, COUTURIER, G.: “pot. pourri autour des modifications du contrat de travail”, cit., pg. 878: “Esta unión al contrato puede ser percibida de dos maneras. Puede ser concreta y subjetiva: la modificación se proyecta sobre alguna cosa que, en la intención de las partes, era un elemento de su acuerdo. La unión puede ser también objetiva y abstracta: el análisis del contrato de trabajo en tanto que tipo de contrato muestra cuáles son los elementos necesarios”.

⁸⁵⁰ En esta lógica, señala CAMERLYNCK, G.H.: *Droit du travail*, cit., pg. 417, que es “en la fecha de conclusión del contrato donde debe ser buscada por los jueces de fondo si la modificación revestía carácter esencial en el espíritu de las partes y no en una fecha ulterior considerando las particularidades actuales de la situación personal del asalariado afectado”.

⁸⁵¹ Cfr. ANTONMATTEI, cit., pg. 332, dirá que, “al igual que sucede con la compraventa en que el contrato se perfecciona cuando se han convenido la cosa y el precio, en el contrato de trabajo ¿por qué no admitir que la perfección del contrato de trabajo supone que el consentimiento de las partes se ha formado al menos sobre la prestación de trabajo y sobre la remuneración?”.

⁸⁵² Según la expresión de Ph. WAQUET, *Droit Social*, 1.998, pg. 1045, en ANTONMATTEI, 332.

⁸⁵³ Cfr. AMAUGER-LATTES, cit., pg. 122.

Sin embargo no es exactamente así, tanto para la jurisprudencia como para la doctrina⁸⁵⁴, por lo que hay que concluir que parece que el lugar de trabajo, entendido como una zona geográfica, debe considerarse por sí mismo como un elemento esencial del contrato de trabajo, al tener que especificarse necesariamente el lugar de la prestación de trabajo, salvo el caso de inclusión de una cláusula de movilidad geográfica⁸⁵⁵. Otro tanto sucede con la duración del trabajo que, en base a la definición de contrato de trabajo, no debiera ser consustancial al mismo, salvo que se contractualice por su inclusión en el mismo⁸⁵⁶. No obstante, se puede defender su naturaleza contractual a través de la integración de la duración en el derecho a remuneración, puesto que ésta depende del tiempo de trabajo. Por esta vía la duración del trabajo deviene en elemento contractual⁸⁵⁷, si bien tradicionalmente el horario no tenía la consideración de elemento cuya modificación fuese esencial⁸⁵⁸.

En cuanto al resto de los elementos enunciados en el artículo 2 de la directiva 91/533 de 14 de octubre, a pesar de la apariencia de una lectura apresurada, no deben ser considerados elementos esenciales del contrato de trabajo⁸⁵⁹, puesto que el objeto de la directiva no es definir los elementos esenciales del contrato de trabajo, sino la obligación del empleador de informar al trabajador de las condiciones aplicables a su contrato⁸⁶⁰, debiendo diferenciarse claramente lo informativo de lo contractual⁸⁶¹.

⁸⁵⁴ Existen decisiones judiciales que consideran el cambio de lugar geográfico como modificación del contrato de trabajo. Un comentario de las mismas en WAQUET, Ph.: “Modification des contrats de travail et plan social”, cit., pg. 18 y ss., donde señala que « La Cour de cassation (Obs. sous Cass. soc. 20 oct. 1.998, Dr. Soc. 1.998, pg. 1045) considera que el lugar se entiende, en realidad, como un sector geográfico en el interior del cual los asalariados pueden y deben desplazarse”. Este razonamiento, *mutatis mutandis*, es aplicable a los horarios de trabajo, según ANTONMATTEI, cit., pg. 334.

⁸⁵⁵ Cfr. AMAUGER-LATTES, cit., pg. 123, concluye con apoyo jurisprudencial que si “el empleador que cambia a un asalariado en aplicación de una cláusula de movilidad procede a un simple cambio de sus condiciones de trabajo y no a la modificación de un elemento esencial”.

⁸⁵⁶ Cfr. AMAUGER-LATTES, *ibidem*.

⁸⁵⁷ Cfr. ANTONMATTEI, cit., pg. 332.

⁸⁵⁸ En este sentido, MORAND, M.: “A propos de la modification du contrat de travail”, cit., pg. 149.

⁸⁵⁹ Véase ANTONMATTEI, cit., pg. 332. Manteniendo una opinión a favor de su consideración como elementos esenciales WAQUET, Ph.: “La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail”, cit., pg. 793.

⁸⁶⁰ Cfr. LYON-CAEN, G., PÉLISSIER, J. y SUPIOT, A.: *Droit du travail*, 19ème. Ed. Dalloz, 1.998, núm. 362.

En lo referente a los elementos de la esfera contractual no consustanciales al contrato de trabajo, hay que determinar su posible contractualización buscando la intención de las partes. Esta búsqueda se facilita tanto con un escrito que se tiene la tentación de afirmar que todos los elementos que figuren en el contrato son contractuales, aunque la respuesta sería, a todas luces, excesiva, siendo los temas más debatidos la mención al convenio colectivo aplicable, sobre el que hay división de opiniones acerca de si la voluntad subyacente a su mención es meramente informativa o existe la voluntad firme de contractualizarlo⁸⁶² y los datos que figuran en el recibo de salarios acerca de la contractualización del montante de la remuneración, que se acepta sólo como medio de información y de prueba⁸⁶³. Por esto, si la presencia de escrito no conlleva la contractualización, en su ausencia la búsqueda de la intención común de las partes es aún más difícil.

El problema se presenta, como se ha visto, especialmente con el lugar y los horarios de trabajo, que por la lógica de este sistema deben estar contractualizados⁸⁶⁴, aunque ciertamente se deja a los jueces una libertad de apreciación equivalente a la que tenían para determinar el carácter sustancial de la modificación. En este sentido, la importancia de la modificación parece que puede continuar siendo el criterio decisorio entre modificación del contrato y cambio de condiciones de trabajo⁸⁶⁵, con lo que, al menos en parte,

⁸⁶¹ En este sentido, dirá ANTONMATEI, cit., pg. 333, que “la directiva admite que todas las menciones de un contrato escrito no tienen necesariamente una naturaleza contractual”.

⁸⁶² Cfr. ANTONMATTEI, cit., pg. 333, donde señala como ejemplo de estipulaciones que no crean necesariamente obligaciones, en su opinión, la referencia en el contrato del convenio colectivo aplicable, y se pregunta ¿está entonces contractualizado el convenio?. En sentido contrario, admitiendo la contractualización del convenio, la “arret n° 5053, de 2 de diciembre de 1.998”.

⁸⁶³ Cfr. BLAISE, H. y LORANS, Th.: “Le bulletin de paie, un mode rénové d’information et de preuve”, *Droit Social*, 1.992, p.16; PIGNARRE, G.: “Le régime juridique de la créance de salaire”, *Droit Social*, 1.997, pg. 589.

⁸⁶⁴ Véase ANTONMATTEI, cit., pg. 334 se pregunta ¿Para qué servirían, en el fondo, las cláusulas de movilidad si el lugar de trabajo no fuese un elemento del contrato de trabajo?; A su vez, ESCANDE-VARNIOL, M.C.: “Pour une évolution de la qualification juridique des changements d’horaires ou de lieu de travail...”, cit., pg. 1.067, señala con respecto a los horarios y el lugar de trabajo que la distinción actual conjugada con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador exige que sean considerados contractuales por naturaleza.

⁸⁶⁵ Véase ANTONMATTEI, pg. 334. En su opinión, para estos elementos, la contractualización es

podríamos seguir sujetos a la discrecionalidad judicial que se pretendía superar y a la aleatoriedad de la distinción entre modificación sustancial y no sustancial, que no ha sido totalmente superada⁸⁶⁶, por lo que sigue siendo totalmente válida, en este caso, la antigua consideración de que la modificación del lugar y del horario de trabajo serán o no sustanciales en función de la importancia del cambio⁸⁶⁷.

Ahora bien, se puede señalar que el principal interés que presenta esta nueva distinción es poner de relieve una esfera contractual compuesta de elementos consustanciales con el contrato de trabajo, como son la remuneración, las funciones y, en nuestra opinión, la duración y el lugar del trabajo, aunque no era imprescindible para llegar a esta conclusión recorrer este razonamiento, toda vez que se podría haber concluido igual “si el adjetivo sustancial hubiese conservado su acepción cualitativa”⁸⁶⁸, sin olvidar que las partes, además, pueden completar estos elementos contractualizando aquellos otros que le interesen. Ahora bien, lo que es evidente es que existen demasiados espacios grises en los que no se ha clarificado aún de manera terminante que es contractual, luego sustancial, y que no es, y por tanto su alteración está sujeta al ámbito del poder de dirección empresarial. Igualmente, cabe plantearse si un cambio ínfimo de uno de los elementos contractuales o contractualizados debe tener la consideración de sustancial, luego sometido a esa regulación. Finalmente, hay que precisar más claramente hasta donde llega y prevalece el campo de lo contractual con respecto al ámbito del convenio o acuerdo colectivo⁸⁶⁹. En fin, que si bien esta mirada al ámbito de lo sustancial desde una perspectiva contractual nos puede aportar alguna solución a nuestros problemas, disminuyendo el campo de la incertidumbre, no va a resolver totalmente las dudas que

consecuencia de la amplitud de la modificación, en lo que es, claramente, una técnica deficiente, por lo que propone como solución que los contratantes, una vez conscientes de estas imperfecciones, mejoren la contractualización de estos elementos reflejando en el contrato claramente su voluntad al respecto.

⁸⁶⁶ En esta línea, ESCANDE-VARNIOL, M.C.: “Pour une évolution de la qualification juridique des changements d’horaires ou de lieu de travail...”, cit., pg. 1.067.

⁸⁶⁷ Véase LYON-CAEN, G. y PELISSIER, J.: *Droit du travail*, 14º ed., Dalloz, 1.988, prf. 271.

⁸⁶⁸ Cfr. ANTONMATTEI, *ibidem*. ESCANDE-VARNIOL, M.C.: *ibidem*, señala con respecto a los horarios y el lugar de trabajo que la distinción actual conjugada con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador exige que los horarios sean considerados por naturaleza contractuales.

⁸⁶⁹ Acerca de la problemática derivada del modo de interpretación contractualista puede verse, por ejemplo, RADÉ, C.: “Les limites du “tout contractuel”, *Droit Social*, nº 9/10 2000, pg. 828 y ss.

la distinción, anterior en Francia y actual entre nosotros, basada en la entidad de la modificación nos plantea. Es más, parece que en caso de duda nos abocamos de nuevo a la consideración de la entidad de la modificación como criterio decisorio, pues no otra cosa quiere decir que se debe atender a la acepción cualitativa del término sustancial.

1.3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 LET

1.3.1. Acerca de la imperatividad o dispositividad del artículo 41 LET

Un aspecto fundamental en el estudio del artículo 41 LET es el referente a la imperatividad o dispositividad de su regulación, puesto que la respuesta que se dé condicionará el resto del tratamiento del tema. La cuestión es saber si estamos en presencia de una norma de derecho necesario, imperativa por tanto, o de derecho necesario relativo, norma mínima, modificable por la negociación colectiva fundamentalmente o si sólo es una norma dispositiva. Dicho en otros términos, si cabe la posibilidad de que en un contrato individual o por la negociación colectiva se establezca un régimen jurídico para las modificaciones sustanciales distinto al regulado por el artículo 41 LET. En este análisis no hay que olvidar que las normas que componen el Derecho del Trabajo son preeminentemente imperativas, luego inderogables por la voluntad de sus destinatarios⁸⁷⁰, aunque es verdad que se puede hablar de imperatividad absoluta y relativa⁸⁷¹.

Porque si es imperativo, cualquier modificación que tenga carácter sustancial, si comprendida entre las reguladas en el artículo 41, habrá de llevarse a cabo

⁸⁷⁰ Cfr. OJEDA AVILÉS, A.: *La renuncia de derechos del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.971, pg. 24 y ss., donde expone que la norma imperativa establece en cada momento el interés general, “regulándolo de modo inderogable”, de modo tal que la autonomía de los particulares queda relegada a aquellas áreas que “por exclusión, quedan disponibles”.

⁸⁷¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Disponibilidad de mínimos legales por convenio colectivo”, en *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo* (coord. J. CRUZ VILLALÓN), CES, Madrid, 1.995, pg. 91 y ss. menciona otra tercera categoría, consistente en una regulación legal mínima que permite su modificación por la autonomía de la voluntad tanto *in melius* como *in peius*, de modo que lo que se consigue es sustituir el mínimo legal por otro más bajo.

necesariamente por los cauces que prevé, mientras que si tiene carácter dispositivo, tanto mediante el contrato individual como por convenio colectivo se podrán acordar mecanismos modificatorios distintos e, incluso, renunciar a los procedimientos y garantías previstas en la norma legal, dejando en libertad al empresario para que modifique sustancialmente, cuando lo crea conveniente para el interés de la empresa, las condiciones contractuales.

Evidentemente no cabe una respuesta unívoca, sino que son necesarias matizaciones en función de que estemos ante unas condiciones individuales o colectivas, contractuales o convenidas, por lo que hay que analizar la fuerza imperativa de la regulación del artículo 41 en distintos planos: uno, partiendo del concepto mismo de modificación sustancial y, otro, tratando de responder a la cuestión de si la imperatividad del régimen legal es absoluta, relativa o meramente dispositiva⁸⁷².

En cuanto al primer criterio, el concepto de modificación sustancial nos servirá como criterio delimitador, puesto que únicamente se sustanciarán por esta vía del artículo 41 aquellas modificaciones que se consideren sustanciales, mientras que las que no lo sean, por considerarse de poca entidad, entran de lleno en el ámbito del poder de dirección empresarial que las llevará a cabo cuando proceda⁸⁷³.

En el otro extremo, cuando la variación es de tal calado que la relación laboral no sólo se modifica, sino que se transforma en otra relación diferente, ya estaremos dentro del ámbito de la novación contractual, luego también fuera de las modificaciones

⁸⁷² Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 267.

⁸⁷³ Pueden verse, entre otras, la STS de 26 de abril de 2.006, Ar 3105, y las SSTSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 2.005, AS 2.006/632, de Cataluña de 12 de marzo de 2.002, AS 1551, y de Navarra de 21 de julio de 2.005, AS 2604, donde se dice que “sólo las modificaciones que hayan sido calificadas como sustanciales van a caer en la esfera de regulación del artículo 41. Las modificaciones accidentales o no sustanciales de las condiciones de trabajo pertenecen a la esfera del poder de dirección del empresario, el cual en uso de la facultad de “ius variandi”, puede concretar o especificar el contenido necesariamente genérico de la prestación laboral en el marco de un contrato como el de trabajo que es de tracto sucesivo o ejecución continuada en el tiempo”.

sustanciales. De esta manera, procediendo a una clara conceptualización⁸⁷⁴ que nos diferencie entre el poder de dirección, *ius variandi*, las modificaciones sustanciales y la novación, deduciremos cuando debemos acudir a los procedimientos estipulados en los artículos 40 y 41 LET que, en principio, son cauce obligado para la implementación de aquellas modificaciones que se puedan calificar de sustanciales, excluyéndose esta vía para aquellas otras que no posean esa cualidad, sea por defecto o por exceso. En este sentido, se puede afirmar el carácter imperativo de la regulación del artículo 41 LET.

1.3.2. El ámbito juego de la autonomía individual en la regulación del artículo 41 LET

La primera cuestión a plantear es acerca de la eficacia de los pactos contractuales sobre la regulación de las modificaciones sustanciales. De entrada, hay que recordar que el juego de los artículos 40 y 41 LET puede depender de la modulación de condiciones que se haya hecho en el contrato, puesto que la modificación que se pretenda llevar a cabo será sustancial o no, luego usará los procedimientos de dichos artículos o no⁸⁷⁵, en función de la conformación contractual de las condiciones de trabajo. Por eso, se trataría de valorar la validez de una cláusula contractual que permitiese establecer un régimen jurídico modificativo menos favorable que el establecido por el artículo 41 LET o facultase al empresario para cambiar libremente e *in peius* una condición sustancial detentada por el trabajador.

1.3.2.1. Las cláusulas contractuales de modificación

Estamos ante una cláusula de las llamadas de reserva de modificación, es decir, aquel tipo de cláusulas que se incorporan a los contratos individuales para permitir a una parte, normalmente el empresario, ejercitar el derecho a efectuar cambios en las condiciones de trabajo⁸⁷⁶. De esa manera, estas cláusulas lo que hacen es crear un

⁸⁷⁴ Acerca de esta distinción véase lo dicho *supra*.

⁸⁷⁵ Igualmente, p.e., PÉREZDE LOS COBOS, F.: “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato”, cit., pgs. 380 y 381;

⁸⁷⁶ Véase, p.e., como en la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de marzo de 2.005, AS 548, se dice

mecanismo de modificación unilateral que descansa en la previa y conjunta voluntad de las partes y mediante el cual es posible introducir cambios en la fase de cumplimiento o ejecución del contrato. Consecuentemente, amplían el poder de organización y dirección empresarial en detrimento del campo de las modificaciones sustanciales, que pasan a ser, únicamente, el cumplimiento de lo estrictamente pactado⁸⁷⁷.

En principio, se puede afirmar que estas cláusulas gozarían de una presunción de legalidad, toda vez que, por aplicación de los artículos 1.255 CC y 3.1.c) LET, los contratantes pueden establecer las cláusulas que tengan por conveniente, siempre que se muevan dentro de los límites establecidos en el 1.256 del Código Civil, relativo a la prohibición de dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de lo pactado y en el 1.271, que exige que el objeto del contrato sea lícito, posible y esté determinado. Exigencias que se complementan con lo dispuesto en el artículo 3.1.c) y 3.5 LET. Sin embargo, estas cláusulas, que conceden al empresario una facultad unilateral de modificación, han sido frecuentemente declaradas nulas por los tribunales, pues “debe ser considerada como contraria a derecho cualquier cláusula en cuya virtud no se procediera a una delimitación precisa del régimen a que se compromete el trabajador”⁸⁷⁸, o se contravienen las limitaciones normativas a la libertad contractual⁸⁷⁹.

que “todos los trabajadores aceptaron en cláusulas de dichos contratos que la empresa podría modificar el turno de trabajo, incluso trabajando en días festivos, en función de las necesidades”.

⁸⁷⁷ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, cit., pgs. 267 y ss., esp. 270.

⁸⁷⁸ STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 1.997, AS 4536; STSJ de Navarra de 27 de enero de 1.999, AL, núm. 25, 1.999, pg. 2292 y ss.. Un análisis de este tipo de cláusulas puede verse en GARCIA VALVERDE, M.D.: “Los elementos esenciales del contrato...”, cit., pg. 114 y ss.

⁸⁷⁹ STSJ de Cataluña de 26 de octubre de 1.999, AS 4552, señala que el principio de autonomía de la libertad “aparece fuertemente mitigado por la promulgación de normas de obligado cumplimiento cuya observancia como derecho necesario deviene ineludible, como proclamó ya el artículo 19 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, el artículo 5 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y establece al respecto el núm. 5 del artículo 3 del vigente Estatuto al consignar que “los trabajadores no podrán disponer válidamente antes o después de su adquisición de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario”, siguiendo la STS de 24 de febrero de 1.992, Ar 1052, donde se decía que “en la contratación laboral han de respetarse en todo caso las normas legales de derecho necesario, ya que la esfera de libertad en que se desarrolla se halla sometida a los límites que impone el ordenamiento positivo deviniendo nulos los actos, cláusulas y cualesquiera pactos por los que se supriman o reduzcan los derechos laborales reconocidos tanto en el ámbito de la relación individual como en el de la negociación colectiva”, siguiendo, a su vez, la doctrina de las SSTS de 1 de febrero de 1.966, Ar 1182, de 6 de julio de 1.990, Ar 6070, y 18 de mayo de 1.992, Ar 3564.

Este rechazo está en línea con el que sufrieron estas cláusulas en la anterior redacción legal, puesto que la doctrina⁸⁸⁰ negó esta posibilidad, incluso aunque en el contrato se hubieran previsto compensaciones, mientras que la jurisprudencia pasó de admitirlas⁸⁸¹ a su rechazo terminante⁸⁸².

Ahora bien, la respuesta debe ser matizada en función del origen de la condición de que se trate⁸⁸³. Si la condición es disfrutada por el trabajador a título individual no debe haber inconveniente alguno para que se pacte el mecanismo de alteración, ya sea al concertar el contrato ya en su novación, si se lleva a cabo, puesto que sería una condición más beneficiosa a título personal, siendo posible renunciar, por tanto, en cualquier momento, a lo disfrutado por encima del nivel legal o convencional mínimo en la materia objeto de la modificación⁸⁸⁴.

Ahora bien, si lo que se pretende es establecer mediante un pacto un procedimiento modificativo diferente al del artículo 41 LET, en este caso, la cláusula opera reduciendo

⁸⁸⁰ Véase SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit., pg. 119 y 120; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: “Modificación de condiciones...”, cit., pgs. 524 a 526.

⁸⁸¹ P.e., STCT de 4 de junio de 1.987, Ar. 12257, y 17 de septiembre de 1.987, Ar. 19306, al igual que la STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 1.995 AS 1962, considerando válido que el empresario cambie el turno de trabajo al permitir la cláusula pactada la notificación mensual de horario y turno asignado.

⁸⁸² P.e., la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de marzo de 2.005, AS 548, dirá que “tales cláusulas contractuales no pueden establecer en perjuicio del trabajador una regulación de las modificaciones sustanciales de jornada distinta a la contenida en el artículo 41 del Estatuto”, debiendo “rechazarse la posibilidad de que el régimen legal de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecido en el artículo 41 pueda ser derogado por contratos o pactos individuales”. En igual sentido la STSJ de Cataluña de 26 de octubre de 1.999, AS 4552, o las SSTCT de 25 de enero de 1.989, Ar. 457, y 19 de mayo de 1.989, Ar. 11341.

⁸⁸³ Cfr. PEDRAJAS MORENO, A: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 377.

⁸⁸⁴ Véase DÍAZ AZNARTE, M^a.T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Bosch, Barcelona, 2.001, pg. 259, donde afirma que “el reconocimiento de la naturaleza contractual de los beneficios disfrutados por el trabajador implica que la condición más beneficiosa debe permanecer vigente en tanto las partes que consintieron en su configuración no dispongan lo contrario”. Véase, la abundante jurisprudencia que cita en apoyo de esta idea. En contra de la posibilidad de alterar o suprimir cualquier condición, por encima de los límites legales o convencionales, sin acudir al procedimiento del 41 LET con base en una cláusula de reserva de modificación se posiciona VALLEJO DACRUZ, R.: *Régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 239. Entre la jurisprudencia se admite por la STSJ La Rioja de 22 de septiembre de 1.992, AS 4271, mientras que se muestra contraria la STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 1.997, AS 4536.

el ámbito de aplicación del artículo 41, ya que, en puridad, no se procede a una modificación unilateral, sino al cumplimiento de un pacto contractual que se proyecta sobre un momento posterior de la vida y ejecución del contrato⁸⁸⁵ y las partes no tienen más límite que el derecho necesario y la obligación de determinar, aunque sea flexiblemente, el objeto del contrato⁸⁸⁶. En este caso, las partes lo que hacen, en base a su libertad contractual, es ampliar el poder de dirección empresarial, sin que llegue a aplicarse el régimen legal de las modificaciones sustanciales, que sólo intervendría en defecto de pacto, para la alteración de las condiciones contractuales vigentes, ya sean estas iniciales, novadas o modificadas. Porque, desde esta perspectiva, el trabajador tiene legítimo derecho a concertar desde un principio su régimen novatorio, sin obligación de sometimiento al procedimiento modificatorio unilateral de los artículos 40 y 41 LET, establecidos en beneficio de la organización empresarial⁸⁸⁷. Además, si las modificaciones sustanciales son aquellas que sobrepasan lo pactado entre las partes, ante un mecanismo modificativo pactado nunca habrá modificaciones sustanciales mientras no se supere el ámbito de lo pactado. Por esto, el ámbito del artículo 41, al situarse más allá de lo pactado, obliga a la delimitación, sea ésta más o menos precisa, más o menos amplia, del ámbito contractual, porque lo que no puede haber, por imperativo legal *ex* artículo 1.273 Cc, es una indeterminación tal que condujera a hacer inoperante el juego del artículo 41, aunque no puede olvidarse en esta determinación de las condiciones del cumplimiento de la prestación, las obligaciones que derivan de la responsabilidad empresarial de informar al trabajador por escrito de los elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución de la prestación

⁸⁸⁵ PEDRAJAS MORENO, cit., pg. 378, opina que “en estos casos, más que dispositivizar el procedimiento de la modificación de esa condición lo que se estaría haciendo es dispositivizar la condición misma, que no pasaría en el fondo de ser más que una cláusula de intenciones, pero sin integrar un auténtico derecho subjetivo”.

⁸⁸⁶ A este propósito BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1.995, pgs. 260-261, afirma que “El único límite de pacto individual para la determinación del contenido y régimen jurídico del contrato radica en la necesidad de su adecuación a las conocidas exigencias respecto del juego del pacto contractual en relación a la normativa heterónoma y, fundamentalmente, la determinación del acuerdo conforme a las señaladas reglas del Código civil sobre la materia”.

⁸⁸⁷ Véase BLASCO PELLICER, *ibidem*, pg. 260. En similar sentido la STSJ de Murcia de 27 de julio de 1.998, AS 3206.

laboral ordenadas por el artículo 8.5 LET, que también obligan a la determinación de la prestación y de sus circunstancias de cumplimiento⁸⁸⁸.

De lo expuesto se evidencia que la voluntad conjunta de las partes, en cuanto fuente reguladora, de acuerdo con el 3.1.c LET, de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, puede establecer aquellas cláusulas relativas al régimen jurídico de las condiciones de trabajo que estimen convenientes, aunque deban someterse, como se ha dicho, a los requisitos del Código civil y a la prohibición de establecimiento, en perjuicio del trabajador, de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convencionales, si bien es claro que “un uso incondicionado de ellas haría imposible el ejercicio del derecho del trabajador a extinguir el contrato con una indemnización, como le reconocen los artículos 40, 41 y 50 ET”⁸⁸⁹.

El único modo de salvar esta tacha de ilegalidad, que tanto los tribunales como la doctrina han puesto a este tipo de cláusulas, sería exigir como condición de validez que recaigan sobre materias concretas y que su ejercicio garantice al trabajador un beneficio por encima del nivel legal o convencional mínimo en la materia objeto de modificación⁸⁹⁰, ya que el reconocimiento sin límites de su licitud significaría una autorización en blanco al empresario para variar el objeto de la prestación laboral, que como hemos visto, acudiendo simplemente al Código Civil, sería rechazable, por dejar al arbitrio de una parte el cumplimiento del contrato y la determinación de la prestación de la otra⁸⁹¹.

⁸⁸⁸ Acerca de la obligación de informar al trabajador de sus condiciones contractuales véase *infra*.

⁸⁸⁹ Véase al respecto, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (En torno al artículo 41)”, pg. 873.

⁸⁹⁰ Igualmente SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 75, y STSJ de La Rioja de 22 de septiembre de 1.992, AS 4271. En contra, STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 1.997, AS 4536.

⁸⁹¹ En este sentido, véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41”, cit., pg. 271 y ss., para quién la existencia de esa cláusula, para no ser tachada de abuso de derecho, debe responder a una “justificación objetiva y razonable”; igualmente RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional”, cit., pg. 524 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A., cit., pg. 378. En idéntico sentido se expresa la abundante jurisprudencia ya citada, como p.e. la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.007/869.

Por estas limitaciones, la utilidad del pacto modificatorio estipulado en el momento del acuerdo contractual es limitada, con la excepción de dos materias en las cuales la regulación introducida por la Ley 11/1.994 ha creado un espacio propio y suficientemente amplio a las cláusulas contractuales modificatorias: la movilidad funcional, por obra del pacto de polivalencia funcional del artículo 22.5, y la duración de la jornada de trabajo ordinaria y extraordinaria contempladas en los artículos 34.1 y 35.1 LET, si bien, en este último supuesto, en defecto de convenio colectivo⁸⁹².

En lo que se refiere a los pactos de funciones para la movilidad funcional previstos en el artículo 22.5 LET⁸⁹³, el punto de partida, a la vista del texto normativo, es la admisión general de que la asignación de funciones es un acto propio de la autonomía individual⁸⁹⁴. La consecuencia de esto es que las partes, igual que deciden estipular determinadas funciones, pueden, de mutuo acuerdo, cambiarlas. El problema que surge es el de los límites de la autonomía de la voluntad en relación con el artículo 3.1.c) LET⁸⁹⁵. Si estos pactos novatorios acordados para modificar las funciones desempeñadas habitualmente por el trabajador, respetan los límites del artículo 3.1.c) LET su licitud esta fuera de dudas⁸⁹⁶, puesto que la propia norma prevé la

⁸⁹² Véase, sobre esta cuestión, BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones de trabajo*, cit., pg. 258 y ss.

⁸⁹³ “Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación”.

⁸⁹⁴ Véase ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador...*, cit., pg. 181 y ss. En igual sentido, p.e., la SJS de Navarra, de 2 de junio de 2.003, AS 2787.

⁸⁹⁵ El artículo 3.1.c, dice que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan “por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”. Sobre la extensión que deba darse, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M^a.N.: “Art. 3. Fuentes de la relación laboral” en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (dir. J.I. MONEREO PÉREZ), cit., pg. 109 y 110.

⁸⁹⁶ A este propósito, BLASCO PELLICER, A.: *La individualización...*, cit., pg. 242, señala que el único condicionamiento general a la autonomía individual para la novación de las funciones habituales reside en el cumplimiento de los requisitos esenciales del contrato del Código civil, condicionados únicamente con la exigencia de titulación adecuada, por cuestiones de orden público, y el respeto a los derechos de terceros. De aquí, concluye, que los artículos 39 y 41 no sean considerados norma mínima imperativa a los efectos de la novación contractual, por referirse el primero a la modificación unilateral accidental de

contractualidad de los pactos, dentro de los que se puede acordar la prestación estable y definitiva tanto de funciones de categoría inferior, es decir la regresión profesional, como de funciones superiores, es decir, el ascenso.

En cuanto al pacto de regresión profesional, se exige para su validez la existencia de beneficios compensatorios o las conveniencias personales o familiares como causas legitimadoras de la novación, con lo cual tiene cabida todo tipo de pacto. En cuanto al segundo tipo de pacto, el previsto en el artículo 24 LET para los ascensos, al remitir a las normas convencionales y a posibles pactos colectivos, sí puede suponer un límite real a las posibilidades de la autonomía individual, puesto que protege derechos genéricos en materia de ascensos e impide que un pacto contractual pueda materializarse en perjuicio de terceros con mejor derecho a ese ascenso.

No obstante, es claro que la licitud de los pactos contractuales de movilidad funcional reside en el cumplimiento de las condiciones de los requisitos esenciales del contrato, como ha admitido expresamente la doctrina⁸⁹⁷, aún a sabiendas de que, en la práctica, estos pactos puedan implicar un refuerzo de los poderes empresariales, con el riesgo evidente de caer en excesos difícilmente evitables con las reglas generales de los contratos. De aquí que deba extremarse la exigencia del cumplimiento de los requisitos esenciales del contrato, en lugar de disminuir las facultades del pacto individual en un campo especialmente propicio al desarrollo de la autonomía individual, especialmente en cuanto se refiere al consentimiento y la determinación del objeto del contrato y el uso adecuado de los criterios interpretativos sentados en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil.

Otra cuestión es que mediante este tipo de pactos se quiera establecer un procedimiento, para la modificación del régimen jurídico legal o convencional de la movilidad funcional, diferente al establecido con carácter general en el artículo 39 LET, posibilidad que se ha rechazado, considerándose, con acierto, que el artículo 39 es una

la prestación y el segundo a la modificación sustancial de esta y otras materias.

⁸⁹⁷ Véase SALA FRANCO-LÓPEZ-TARRUELLA: *La modificación de la prestación...*, cit., pgs. 25 y 26.

norma relativamente imperativa configuradora de mínimos de derecho necesario⁸⁹⁸, de modo que no se podrá pactar la aceptación de una modificación de funciones que supere el marco previsto en el artículo 39 con sometimiento exclusivo a la decisión empresarial, como ya hemos razonado anteriormente. En este sentido, si bien el 39.5 LET permite que se acuerde, en contrato individual o convenio colectivo, un pacto de movilidad funcional que supere los límites del *ius variandi* y de la movilidad funcional, dispositivizando lo previsto en el artículo 41 LET, y aunque este pacto puede empeorar el régimen legal, no puede en ningún caso dar una autorización en blanco al empresario para que proceda a su aplicación cuando lo estime conveniente, puesto que esta cláusula habría de considerarse abusiva⁸⁹⁹.

En cuanto al tiempo de trabajo, el contrato puede determinar el tiempo de la prestación laboral, con sometimiento a las disposiciones legales y convencionales no dispositivas, en aplicación del artículo 3.1.c) LET. La cantidad de tiempo de la prestación no plantea problemas, puesto que las normas legales y convencionales constituyen mínimos de derecho necesario, normalmente cuantificados. Ahora bien, en cuanto a la concreta regulación de la jornada y del horario sí concede el Estatuto un amplio margen de actuación a la autonomía de las partes⁹⁰⁰.

Además de la remisión que el artículo 34.1 hace al convenio o al contrato individual para acordar la duración de la jornada, el artículo 35.1 posibilita el pacto colectivo o individual como instrumento de abono de horas extraordinarias con recargo o el 35.4 acerca del pacto de obligatoriedad de horas extraordinarias, además del 36.2, para la retribución de horas nocturnas. De aquí se deduce fácilmente que el tiempo de trabajo es

⁸⁹⁸ Véanse, por todos, SALA FRANCO, T.: “La movilidad funcional en...”, cit., pg. 258, y GARATE CASTRO, J.: “Movilidad funcional en la empresa”, cit., pgs. 648-650.

⁸⁹⁹ En este sentido, VALDÉS DE LA VEGA, B.: “Individual y colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional”, en AAVV, *La Reforma Laboral de 1994* (A. BAYLOS GRAU, coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1.996, pg. 128 y ss. En contra de que el régimen legal pueda empeorarse, BURGOS GINER, M^a A.: “El objeto del contrato de trabajo y la movilidad funcional”, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Valladolid, 1.996, pg. 17 del texto fotocopiado.

⁹⁰⁰ Cfr., p.e., SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV.: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1.992, pgs. 20-25.

campo abonado para el desarrollo de la autonomía de la voluntad, una vez que la norma heterónoma ha establecido los mínimos de derecho necesario, para dejar un amplio margen a la normativa convencional y, en su defecto, a la autonomía individual. En esta cuestión, las relaciones entre la autonomía colectiva y la individual en materia de jornada han dado lugar a frecuentes conflictos entre ambas. Los principales problemas surgen cuando las partes determinan en el contrato que, aún dentro de los límites cuantitativos legales y convencionales, la concreción temporal de la prestación pueda ser modificada por el empresario en función de las necesidades organizativas de la empresa.

Estos acuerdos se concretan en dos tipos de cláusulas: unas son aquellas por las que el trabajador se compromete a cambiar su jornada en función de las necesidades de la empresa, generalmente admitidas sin problemas, y otras las que autorizan al empresario para exigir a los trabajadores el cambio de turno de trabajo y horarios, con respuestas diversas, aunque generalmente positivas⁹⁰¹. No deja de llamar la atención esta diversidad de respuestas, puesto que tanto el horario como el régimen de trabajo a turnos son condiciones de trabajo cuya modificación es sustancial en la dicción del artículo 41 LET, radicando la cuestión en si lo dispuesto en los artículos 40 y 41 LET limita el juego de la autonomía de la voluntad en la conformación del objeto del contrato, estando las partes obligadas a identificar sin más las condiciones de trabajo o si, contrariamente, pueden modular en el contrato la prestación debida con el único límite de la necesaria determinación del objeto del contrato⁹⁰², viniendo la solución, en última instancia, de la interpretación que se dé al alcance de estas cláusulas en relación con la interdicción del artículo 1.256 Cc y con la extensión que concedamos al ámbito del artículo 41 LET.

⁹⁰¹ A favor de su admisibilidad, p.e. SSTCT de 22 de octubre de 1.984, Ar. 7926, y de 16 de marzo de 1.985, Ar. 1919; STSJ de Andalucía/Sevilla de 22 de julio de 1.989, y de Galicia de 23 de enero de 1.991, AS 69, y más modernamente las SSTSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2.000, AS 1129, del País Vasco de 21 de noviembre de 2.007, AS 716, y de Aragón de 4 de abril de 2.006, AS 2701, que señala: “en el ámbito de aplicación del III Convenio Colectivo estatal para el sector de Telemarketing, la variación del horario dentro de las bandas fijadas por el artículo 27 del Convenio no tiene carácter de sustancial ya que se reconoce a la empresa el poder variar los horarios, dentro de tales bandas, sin más obligación de preavisar al trabajador con siete días de antelación, e informar mensualmente a la representación de los trabajadores”. Sobre esta cuestión se vuelve más ampliamente infra.

⁹⁰² PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Autonomía individual y...”, cit., pg. 380; en el mismo sentido, BLASCO PELLICER, A.: “La individualización de las relaciones laborales”, cit., pg. 259.

En este sentido, si se considera que el pacto lo que hace es dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes será nulo, mientras que si se estima que los contratantes pueden establecer las cláusulas que crean convenientes si no contradicen el 1.255 Cc⁹⁰³, será válido. Igualmente, si el artículo 41 se considera imperativo, tanto en su literalidad como, sobre todo, por la naturaleza de su contenido, estas cláusulas serían nulas por suponer una renuncia prohibida en el 3.5 LET e implicar una dejación anticipada del trabajador a los requisitos y derechos que el propio artículo 41 establece en su favor⁹⁰⁴. Sin embargo, esta idea no parece admisible, porque estamos en un momento constitutivo o normativo, no aplicativo, y porque vulneraríamos lo establecido en el 3.1.c) LET⁹⁰⁵. Si admitimos el derecho del trabajador a concertar desde un principio su régimen de trabajo hay que admitir la validez de estas cláusulas, para las que no debiera haber obstáculo alguno, siempre que en su concertación se pacte alguna compensación para el trabajador o se esté por encima de los mínimos legales o convencionales aplicables, que tienen el carácter de norma imperativa mínima⁹⁰⁶.

⁹⁰³ P.e., STSJ de Galicia de 23 de enero de 1.991, AS 69.

⁹⁰⁴ Véase STCT de 25 de enero de 1.989, cit.

⁹⁰⁵ En el mismo sentido, BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, cit., pg. 258.

⁹⁰⁶ En esta línea, véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUÍZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Derecho del trabajo*, T. II, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2.004, pg. 499, para quienes “no hay duda de la naturaleza imperativa mínima del art. 41 ET en relación con la negociación colectiva y la contratación individual, impeditiva del establecimiento de un régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo menos favorables para los trabajadores que el establecido en él”. Igualmente FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2, párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores, La Ley, t.2/1.995, pg. 919 y ss.; GALA DURÁN, C.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial”, AS núm. 7/1.996, pg. 27, y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 77.

1.3.2.2. La autonomía individual y la posible modificación de las condiciones recogidas en convenios o pactos extraestatutarios

Ahora bien, surge otra cuestión que se refiere a si se pueden o no modificar por medio de la autonomía individual las condiciones y/o procedimientos pactados en convenios colectivos extraestatutarios, es decir en “acuerdos o pactos colectivos”⁹⁰⁷, expresión que, en nuestra opinión, debe englobar todos aquellos tipos de pactos y acuerdos informales de empresa y los convenios que no puedan considerarse estatutarios, quedando únicamente fuera los convenios estatutarios y los acuerdos modificativos de éstos, que gozan del mismo régimen modificativo que el convenio originario⁹⁰⁸.

Pués bien, todos estos acuerdos y pactos tienen *ex lege*, a pesar de su origen colectivo, naturaleza contractual⁹⁰⁹, por lo que una vez acordados se integran en el contrato de trabajo y, como cualquier otra estipulación, despliegan sus efectos de forma singularizada, lo que puede hacer pensar que, como estaríamos dentro del ámbito de la autonomía privada, estas condiciones que tienen un origen colectivo podrían ser modificadas a través de un pacto individual, en primera instancia, y por la sola voluntad empresarial, en segunda, lo que ya sería simplemente una condición individual, de

⁹⁰⁷ Esta es la dicción del artículo 41.2.3 ET, cuando dice que “se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”.

⁹⁰⁸ Sobre la extensión y alcance de estos términos se ha teorizado mucho. Véase, p.e., ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, CES, 2.000, pgs. 182 y 182, donde hace una síntesis de esa diversidad de perspectivas.

⁹⁰⁹ Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 180 y ss.; GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos extraestatutarios: un aspecto más de la conflictiva figura del convenio colectivo extraestatutario”, en RDT núm. 94/1.999, pg. 225, dirá que “la eficacia jurídica de estos convenios colectivos extraestatutarios ha de ser contractual”; ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pg. 182 y 270, a *sensu contrario*, puesto que, hablando de los acuerdos de empresa, afirma que “no existe un reconocimiento explícito de su carácter normativo como sí recoge con respecto a los convenios colectivos del Título III LET el artículo 83.2 LET, aparte de que no puede derivarse directamente del artículo 37.1 CE la consideración normativa de los mismos”. Aparte de que el Tribunal Supremo califica de pactos de naturaleza contractual a los convenios colectivos extraestatutarios y a los pactos informales. Sobre esta cuestión véase también lo dicho *infra*.

acuerdo con las reglas del 41.3 LET. El tema no es pacífico, porque no lo es el fondo del asunto: si estos acuerdos tienen un valor normativo o contractual.

Para unos, no es admisible este tipo de pactos de reserva de modificación cuando se pretenda “alterar condiciones de trabajo establecidas en acuerdos de eficacia limitada, pactos de empresa o decisiones empresariales de efectos colectivos”⁹¹⁰, en cuanto que un instrumento de regulación de condiciones de trabajo pactado colectivamente, como manifestación de la negociación colectiva, no puede ser modificado si no es por otra expresión de ese derecho⁹¹¹, so pena de incurrir en una limitación del derecho a la negociación colectiva, puesto que la modificación sustancial de las condiciones establecidas en convenio colectivo extraestatutario por voluntad unilateral del empresario “rompería este equilibrio entre derechos, posibilitaría un ataque al núcleo esencial del derecho a la negociación colectiva y significaría realmente la admisión de limitaciones que obstaculizarían la finalidad del mismo, al convertir la eficacia del instrumento colectivo resultado de aquella negociación en potestativa para el empresario”⁹¹².

⁹¹⁰ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 272. “La aproximación a este límite por parte de la jurisprudencia ordinaria encuentra ahora una plena afirmación legal en el carácter imperativo que reviste la utilización del cauce procedimental previsto en el artículo 41 (núms. 2 y 4)”; en similar sentido, GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos extraestatutarios...”, cit., pg. 218: “los mismos argumentos que, como han destacado doctrina y jurisprudencia, justifican un rechazo de la modificación sustancial de condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario por la voluntad unilateral del empresario, serían aquí esgrimibles”. Por otra parte, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 211, señala que “la relación entre acuerdos de empresa y contrato de trabajo ha de hacerse girar en primer término en torno al principio de jerarquía, en condiciones equiparables a la relación entre contrato de trabajo y convenio colectivo”. “El acuerdo actúa en principio como regla imperativa para el contrato; regla imperativa que veta la posibilidad de establecer condiciones distintas o de peor valor, pero que no impide por definición, en línea con un principio típico de la legislación laboral, la mejora mediante la autonomía de la voluntad (ar. 3.1.c ET). Por otro lado, y por derivación de lo anterior, el acuerdo también puede generar para el contrato derechos indisponibles, a los que el trabajador no podrá renunciar conforme a la regla general del artículo 3.5 ET”.

⁹¹¹ En base a la jurisprudencia constitucional sobre el convenio extraestatutario se ha defendido la naturaleza normativa de los acuerdos de empresa por CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41 ET tras la reforma de 1.994”, RL núm. 17-18/1,994, pgs. 128 y 129; en el mismo sentido, BLASCO PELLICER, A.: “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, RL núm. 12/1.995, pg. 23 y ss.

⁹¹² GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos extraestatutarios...”, cit., pg. 219.

Una segunda posición matiza que únicamente en los acuerdos de adaptación y de regulación de condiciones de trabajo se puede considerar la existencia de una auténtica negociación colectiva de la que pueda “predicarse la garantía de fuerza vinculante a la que se refiere el art. 37.1 CE”, de manera que su contenido deberá mantenerse a salvo “de actuaciones a la baja de los particulares”⁹¹³.

Mientras que para otros, los que defendemos la naturaleza contractual, una vez que estos pactos colectivos se han contractualizado, lo que se modifica no es el acuerdo, sino las condiciones individuales de trabajo incluidas en el contrato de trabajo, luego posible y lícita si se respetan las reglas generales de modificación de contratos que ya se han expuesto para las modificaciones de carácter individual⁹¹⁴.

En este sentido, alguna doctrina ha afirmado que mediante la cláusulas de reserva de modificación se podría incidir sobre modificaciones consideradas de carácter colectivo por el artículo 41, puesto que “el ejercicio de la facultad modificatoria con base en la cláusula contractual no significaría un acto de disposición sobre derechos reconocidos en los acuerdos o pactos colectivos informales provistos de una eficacia reguladora de naturaleza contractual, cuya supresión, por el contrario, legalmente es posible a través de la instrumentación del poder modificatorio empresarial conforme al artículo 41 ET”⁹¹⁵. Hay que recordar a este respecto la posibilidad que el 41.4 otorga al empresario de decidir lo que estime conveniente acerca de la modificación y notificárselo a los trabajadores, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo⁹¹⁶, y pensar que,

⁹¹³ ELORZA GUERRERO, cit., pg. 111. Sin embargo, SÁEZ LARA, C.: “Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico”, RL, núm. 11/1.995, pg. 69, considera que “debe quedar también abierta al trabajador la vía de satisfacción de intereses propios o particulares; admitiéndose la posible desvinculación contractual del acuerdo colectivo”, si bien a su vez entiende que “el desconocimiento o inaplicación empresarial del acuerdo colectivo vía contratos individuales podría generar, además de la consiguiente responsabilidad del empresario en el terreno sindical, su responsabilidad indemnizatoria por incumplimiento contractual”.

⁹¹⁴ Véase, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, cit., pgs. 76 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 376.

⁹¹⁵ RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (En torno al art. 41)”, cit., pg. 873.

⁹¹⁶ Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

desde esta perspectiva, siempre será mejor un acuerdo entre empresario y trabajador que no una decisión impuesta unilateralmente por el empresario.

Lo que no cabe, en ningún caso, como ya la jurisprudencia constitucional había concluido con anterioridad a la reforma de 1.994⁹¹⁷ y se continúa manteniendo por el resto de las instancias⁹¹⁸, es “una autonomía colectiva paralela”⁹¹⁹, una suma de acuerdos novatorios individuales que en conjunto permitan la modificación colectiva de condiciones de trabajo, eludiendo el procedimiento previsto para ello⁹²⁰, puesto que de este modo lo que se hace es negar la virtualidad y esencia de la autonomía colectiva, que reside en el poder regulador del convenio⁹²¹.

⁹¹⁷ La STCo 105/1.992, de 1 de julio señala que “de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE”, seguida por la 208/1.993, donde se dice que “la [autonomía] individual debe respetar el predominio de la colectiva por virtud de la fuerza vinculante que constitucionalmente tiene atribuido el convenio colectivo, de tal forma que los contratos de trabajo no pueden invadir ese marco para transformar su contenido, sino que tiene que desenvolverse en el espacio que le es propio, respetando y sometiéndose a lo establecido en el convenio”. Sobre esta decisión, MIÑAMBRES PUIG, C.: “Sobre la “absoluta” prevalencia en el orden social de la autonomía colectiva sobre la autonomía individual”, REDT, núm. 61, 1.993, pgs. 767-771.

⁹¹⁸ Puede verse, entre otras, la STS de 18 de abril de 1.994, Ar 3254, donde claramente se expone que “no ha querido mejorar las condiciones económicas de un grupo especial de trabajadores como se alega, sino suplantar la autonomía colectiva plasmada en el convenio Colectivo vigente atentando con dicha conducta contra la libertad sindical, como derecho fundamental no sólo del Sindicato accionante sino de todas las partes negociadoras del Convenio”; igualmente la STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 1.998, AS 2767, donde se recoge expresamente la doctrina citada del Tribunal Constitucional, como también hace la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de marzo de 2.005, AS 548, especificando que “la autonomía individual en el ámbito laboral no puede justificar en modo alguno conductas que son objetivamente antisindicales, eludiendo las obligaciones de negociación colectiva a través de pactos plurales de naturaleza individual donde el papel negociador del sindicato queda suprimido”, o la SJS de Navarra de 16 de marzo de 2.000, AS 698, al igual que la STSJ de La Rioja de 27 de junio de 1.995, AS 2248, recordando que “no cabe una suma de acuerdos individuales, iniciales o novatorios, para la fijación o modificación colectiva de condiciones de trabajo, pues vulneraría el valor normativo del convenio colectivo e ignoraría el papel reservado a la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo”, o la STSJ de Murcia de 27 de julio de 1.998, AS 3206.

⁹¹⁹ Véase, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical”, en RL, núm. 15/1.992, pg. 8. Para este autor las modificaciones en masa suponen “bajo la cobertura de una actuación bilateral y plural... una trasgresión del resultado colectivo, a través de una vía formalmente individual, aunque realmente colectiva, y que margina el papel de los sindicatos como interlocutores negociales y desconoce la fuerza vinculante del convenio”.

⁹²⁰ DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: “Autonomía colectiva y autonomía individual...”, cit., pg. 392.

⁹²¹ Cfr. las SSTCo 105/1.992 y 208/1.993, citadas. Igualmente, p.e., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La*

Este idea proviene de que en el procedimiento para las modificaciones sustanciales colectivas del artículo 41.4.4º, es decir las que no derivan de convenios estatutarios, si no se llega a un acuerdo en el período de consultas y negociación, el empresario puede decidir unilateralmente la modificación. Esta decisión puede recoger, una vez que no ha sido posible acordar una solución con los representantes de los trabajadores, el sentido de los acuerdos novatorios conseguidos con la mayoría de los trabajadores afectados, entre otras posibilidades⁹²². Sin embargo, estos acuerdos novatorios, aunque respondan al interés individual de los trabajadores, no pueden desconocer la supremacía de la negociación sindical sobre los eventuales beneficios individuales que puedan obtener de su actividad negocial privada en base a los artículos 1.265 del Código Civil y 3.1.c) LET. No obstante, hay que reconocer que nada impide al empresario, en el supuesto de las modificaciones colectivas de carácter contractual, una vez cumplido infructuosamente el trámite de las consultas y negociaciones, llegar al acuerdo modificadorio que tenga por bien con los trabajadores, individualmente o en grupo, toda vez que la decisión última, en caso de desacuerdo, le compete a él⁹²³, puesto que, actuando de este modo, no se incumple el mandato constitucional de conceder su papel a la representación colectiva⁹²⁴, siempre, eso sí, que se haya negociado con intención de

modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, cit., pg. 56

⁹²² Véase, sobre esta cuestión, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit. pgs. 269 y 270, donde precisa que la dualidad de vías de impugnación, individuales y colectivas reconocidas en el 41.4, párrafos 5º y 6º, es un exponente de las posibles combinaciones e interrelaciones entre el interés empresarial, los intereses colectivos y los intereses individuales de los trabajadores afectados.

⁹²³ La STCo. 208/1.993 de 28 de junio, citada, señala que “la capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo (...) no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales”, ni puede convertirse en “un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión, al margen del alcance cuantitativo de la medida”, seguida por las SSTCo. 107/2.000, de 5 de mayo, y 225/2.001, de 26 de noviembre. Igualmente la STS de 30 de abril de 1.994, Ar 3475, dice que “fuera del área reservada a la negociación colectiva, la autonomía individual tiene posibilidad de actuación regulando las condiciones de trabajo, siempre que respete los límites de no empeorar los mínimos establecidos en convenio colectivo [artículo 3.1.c) ET] y que no pretenda modificar su contenido pues esta potestad sólo está atribuida en exclusiva a los sujetos colectivos legitimados para negociar”.

⁹²⁴ La STSJ de Murcia de 19 de mayo de 1.998, AS 3206, o la STJS de Cataluña de 19 de mayo de 1.998, AS 2767, cuando señala que “las Sentencias del Tribunal Constitucional 105/1992 y 208/1993, entre otras, articulan de esta manera el juego coordinado de la autonomía colectiva e individual, marcando los terrenos en que una y otra pueden desenvolverse, reconociendo una función de complementariedad de la

llegar a un acuerdo⁹²⁵, aunque otra cosa sucede si la condición está recogida en un convenio colectivo estatutario, sobre el que no se puede incidir, salvo por el procedimiento colectivo previsto para ello.

Los argumentos que el Tribunal Constitucional usa para fundamentar esta idea parten de que el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical del artículo 28.1 CE y por tanto “núcleo mínimo e indisponible de la actividad sindical”⁹²⁶, por lo que “negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de la facultad negociadora” sindical, no sólo vulnera el artículo 37.1 CE, que consagra la fuerza vinculante de los convenios, sino también una violación del derecho a la libertad sindical consagrada en el artículo 28.1 CE”⁹²⁷. En consecuencia, la voluntad individual de los trabajadores vulnera el contenido de lo pactado en convenio colectivo cuando aceptan una oferta de la empresa formulada individual, plural o general, puesto que “de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 CE”⁹²⁸.

segunda respecto de la primera, pues la individual debe respetar el predominio de la colectiva por virtud de la fuerza vinculante que constitucionalmente tiene atribuido el convenio colectivo, de tal forma que los contratos de trabajo no pueden invadir ese marco para transformar su contenido, sino que tiene que desenvolverse en el espacio que le es propio, respetando y sometiéndose a lo establecido en el convenio. Pero, fuera del área reservada a la negociación colectiva, la autonomía individual tiene posibilidad de actuación regulando las condiciones de trabajo, siempre que respete los límites de no empeorar los mínimos establecidos en convenio colectivo [art. 3.1, c)].

⁹²⁵ Sobre esta cuestión véase lo dicho *infra*. La STCo. 208/1.993, citada, se refiere a que no se “eluda o soslaye la presencia de los representantes sindicales en la función negociadora”.

⁹²⁶ STCo 105/1.992 de 1 de julio, fundamento jurídico cuarto.

⁹²⁷ STCo 105/1.992 de 1 de julio, fundamento jurídico quinto. Esta doctrina ya había sido fijada en otras sentencias. Véanse, p.e. STCo 39/1.986, de 31 de marzo, Ar. 39, y STCo 108/1.989, de 18 de junio, Ar. 108. Igualmente, puede verse, DURÁN LÓPEZ, F.: *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, MTSS, 1.992 cit., pg. 125 y ss. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, en GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Comares, Granada, 2.000, pg. XLVII.

⁹²⁸ STCo 105/1.992 de 1 de julio, fundamento jurídico sexto.

Finalmente, sólo queda por decir que las condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo estatutario, por tanto de naturaleza normativa, se encuentran totalmente fuera del alcance de cualquier procedimiento modificativo que no sea el previsto específicamente para ello en el artículo 41 LET, que disfruta, en estas situaciones, de una imperatividad absoluta, por lo que no cabe duda de la imposibilidad de pacto individual que permita la modificación por el empresario de condiciones de naturaleza convencional por cualquier procedimiento distinto al previsto en el artículo 41 LET⁹²⁹, puesto que “si se acepta, como ha de hacerse, que tales convenios son genuinamente normas jurídicas, su tratamiento debe ser el mismo que se dé a las normas heterónomas”, luego inmodificables por la voluntad individual de las partes, siendo toda modificación que se llevara a cabo por esta vía, “inevitablemente nula, por ilegal”⁹³⁰.

1.3.3. La incidencia de la negociación colectiva en el régimen jurídico de las modificaciones sustanciales

Las mayores dificultades a la hora de determinar con claridad los espacios reguladores de la Ley, la autonomía colectiva y la voluntad del empresario y su interrelación aparecen, sin duda, cuando nos referimos a la modificación colectiva, especialmente cuando afecta a las condiciones reconocidas en convenio colectivo estatutario.

En lo que se refiere a la posible incidencia de la negociación colectiva en el régimen de modificación de condiciones del artículo 41 LET, podemos plantear la cuestión, esencialmente, desde dos perspectivas diferentes: una, si es posible que los convenios puedan pactar modificaciones concretas de condiciones de trabajo, y otra distinta, dilucidar si el convenio colectivo, acuerdo o pacto, puede pactar sistemas de modificación de condiciones diferentes a los previstos en el artículo 41 LET. Es decir, si

⁹²⁹ Cfr. PEDRAJAS MORENO, cit., pg. 378. En esta cuestión siguen “siendo válidos los argumentos doctrinales y jurisprudenciales utilizados en la etapa anterior”. DURAN LÓPEZ, F. y SAEZ LARA, C. : “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 392, se refieren a que su modificación no puede “ser peyorativa para el trabajador ni subvertir el carácter inderogable de las disposiciones convencionales”.

⁹³⁰ Cfr. VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico...”, cit., pg. 96

mediante los diversos instrumentos de negociación colectiva se puede regular un régimen jurídico de modificaciones sustanciales distinto del legal.

En la etapa anterior, con una jurisprudencia contradictoria⁹³¹, la doctrina se manifestó en contra de dicha posibilidad⁹³², manteniendo claramente el carácter mínimo imperativo del artículo 41 LET⁹³³. Hoy, las anteriores conclusiones se refuerzan, siendo totalmente válida la jurisprudencia anterior a la reforma de 1.994, que “llegó a fijar unas directrices que, en buena medida, no sólo siguen siendo válidas, sino que han tenido una recepción precisa en el nuevo procedimiento legal para modificar condiciones de trabajo de naturaleza contractual o normativa”⁹³⁴.

Debe tenerse en cuenta que, aunque una de las líneas directrices de la reforma de 1.994 es la potenciación de la negociación colectiva y que el Dictamen del CES sobre la reforma del mercado de trabajo⁹³⁵ propugnó que el convenio colectivo dispusiese de “capacidad de sustitución de la Ley tanto respecto del concepto mismo de

⁹³¹ Véase STCT de 30 de junio de 1.983, Ar 6315, de 1 de diciembre de 1.984, Ar 922, y de 14 de abril de 1.987, Ar 659.

⁹³² Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en RPS, núm. 143/1.984; pgs. 187 y ss., esp. 196 y 198, señaló que no creía que el artículo 41 del ET hubiese establecido un mecanismo “alternativo y excluyente” de la negociación colectiva de modo que cabrían “cláusulas procedimentales... que podrían ser perfectamente lícitas y vinculantes” siempre que respetasen determinados límites”, lo que implica reconocer el carácter mínimo del procedimiento regulado en el artículo 41; igualmente, SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit., pg. 119, señalan que no cabía duda alguna del “carácter mínimo imperativo del artículo 41 del ET, impeditivo de cualquier convenio colectivo... que estableciera un régimen jurídico de las modificaciones sustanciales menos favorable para los trabajadores que el establecido en él”.

⁹³³ Véase, por todos, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 86: “está claro y aceptado jurisprudencial y doctrinalmente, que se trata de una norma de las llamadas mínimas; esto es que en la negociación colectiva no se puede acordar un régimen jurídico menos favorable para los intereses de los trabajadores que el aquí prescrito”, matizando, a continuación, que “está menos claro que puede pactarse un régimen jurídico más favorable”.

⁹³⁴ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 272, donde insiste en la misma idea de imperatividad cuando afirma que “el carácter imperativo de la regulación contenida en el artículo 41 ET se pone de manifiesto también en la fuerza de obligar que reviste su núcleo regulador en punto a la pactación en los convenios colectivos estatutarios de procedimientos de modificación, con los cuales se trata de simplificar y hacer más ágil el régimen modificadorio”.

⁹³⁵ Véase el Dictamen del Consejo Económico y Social, adoptado por el Pleno de dicho Organismo en las sesiones de 28 de octubre y 4 de noviembre de 1983.

modificaciones sustanciales y de los supuestos que abarca, como del procedimiento para proceder a su adopción o las consecuencias y efectos de la misma”⁹³⁶, esta recomendación sólo fue acogida con respecto a la dispositivación de funciones del artículo 39.5 acerca de los cambios de funciones que excedan los límites de la movilidad funcional. Ahora bien, esta previsión normativa con respecto a determinados cambios funcionales, refuerza, *a sensu contrario*, la naturaleza imperativa del artículo 41 LET, puesto que demuestra que, cuando se ha querido dispositivizar un precepto legal con respecto a la negociación colectiva, lo ha hecho de un modo explícito, de lo que hay otros ejemplos en el propio Estatuto⁹³⁷. En este sentido, en una primera aproximación, no parece posible el establecimiento por medio de la negociación colectiva de un régimen jurídico de modificación de condiciones sustanciales menos favorable que el previsto en el artículo 41 LET, ya que, como se ha resaltado por la jurisprudencia y la doctrina se trata de una norma mínima, dado el marcado carácter o naturaleza imperativa del mismo⁹³⁸.

1.3.3.1. La modificación de condiciones de trabajo a través del convenio colectivo

Ahora bien, esta afirmación del carácter indisponible de la regulación del 41 LET por el convenio requiere algunas matizaciones, obligadas por la interrelación de los intereses

⁹³⁶ Cfr. Dictamen del CES. *Ibidem*.

⁹³⁷ Además de la intervención convencional del 39.5 LET, existen otros preceptos que se refieren a ella, como el artículo 85, al reconocer a los convenios colectivos la posibilidad de incluir en su contenido procedimientos arbitrales y de mediación para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 LET, al igual que en el artículo 82.3 cuando se refiere al establecimiento de “condiciones y procedimientos por los que puede no aplicarse el régimen salarial del mismo (convenio) a las empresas cuya estabilidad económica pueda verse dañada como consecuencia de su aplicación”, supuesto éste que, además, debe formar parte del contenido mínimo obligatorio del convenio colectivo supraempresarial, como señala el 85.2.c) ET”.

⁹³⁸ A esta conclusión llegan, entre otros, CASAS BAAMONDE, M.E.: “El Acuerdo Interconfederal...”, cit., pg. 207, quién dirá que el AINC considera la regulación legal de los poderes empresariales de movilidad y modificación sustancial absolutamente imperativa o de derecho necesario”; igualmente, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y CORREAS CARRASCO, M.: “El Acuerdo Interconfederal...”, cit., pg. 243, señalan que “los convenios en general tienen poco espacio de actuación en esta materia”; CAMOS VICTORIA, I.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas en virtud de un acuerdo o pacto colectivo o fijadas en un convenio colectivo estatutario y su incidencia en el sistema de fuentes”, AL, núm. 29/1.996, pg. 548; VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 90 y 91, se refiere al artículo 41 como “norma de orden público”, tanto ahora como antes de la reforma de la Ley 11/1.994.

que aquí confluyen⁹³⁹, puesto que se acepta, en principio, la posibilidad de que la negociación colectiva modifique directamente las condiciones de trabajo, siempre que lo haga con sometimiento a los mínimos legales de derecho necesario recogidos en el texto normativo⁹⁴⁰, por lo que deben señalarse cuáles son esos límites y cuáles las situaciones en que se puede llevar a cabo. De entrada, la respuesta puede ser diferenciada en función del origen de la condición modificada, es decir si las condiciones tienen naturaleza normativa o contractual, sea ésta individual o colectiva.

En el primer caso, condiciones de naturaleza normativa, es claro que el convenio colectivo puede, naturalmente, modificar concretas condiciones de trabajo respecto a lo contenido en el convenio anterior⁹⁴¹, de acuerdo con lo dicho en el artículo 82.4 LET, que autoriza al nuevo convenio a disponer de los derechos reconocidos en el anterior. En igual sentido actúa la previsión normativa del 86.4 LET de que un convenio “deroga en su integridad al anterior” que sucede, “salvo los aspectos que expresamente se mantengan”, por lo que también se podrían modificar en este contexto las condiciones de trabajo, sean o no sustanciales los cambios, aunque con la dificultad práctica añadida de que el contexto de la negociación de un convenio no es precisamente el mejor para tratar de introducir modificaciones que perjudiquen o agraven las condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores⁹⁴².

En cuanto al segundo tipo de condiciones, las de origen contractual, si han sido pactadas en el contrato de trabajo pueden ser modificadas igualmente por el convenio, puesto que éste puede modificar *ope legis* los contratos que se encuentren dentro de su ámbito de

⁹³⁹ Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad Interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 1.996, pg. 53.

⁹⁴⁰ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, cit., pg. 689.

⁹⁴¹ En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional”, cit., pg. 517, afirma su licitud.

⁹⁴² Cfr. en este sentido, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones... 2000”, cit., pg. 875.

aplicación⁹⁴³, con la única salvedad de las condiciones más beneficiosas que disfrute el trabajador, sea cuál sea su origen, individual o colectivo, que no pueden ser afectadas por el convenio colectivo, salvo por el mecanismo de la absorción, ya que únicamente son modificables mediante la novación contractual o por el procedimiento del artículo 41 LET⁹⁴⁴.

1.3.3.2. Las cláusulas de remisión a la autonomía individual

Igualmente, la autonomía colectiva puede remitir para la modificación de condiciones a la autonomía individual, e incluso a la voluntad unilateral del empresario, si bien este tipo de cláusulas plantea una serie de interrogantes bastante delicados a la hora de valorar su inclusión en el convenio, con independencia de su ámbito, de modo que no resulta fácil responder si es admisible la remisión para la modificación de estas condiciones, que así se verían privadas de su carácter de sustanciales a los efectos del artículo 41.4 LET y, por tanto, excluidas del ámbito de afectación y procedimiento de las modificaciones sustanciales.

Su conflictividad se evidencia si tenemos en cuenta que la fuerza vinculante del convenio lo que hace es garantizar su eficacia inderogable sobre el contrato de trabajo e impedir que el acuerdo individual o la voluntad unilateral del empresario modifique o inaplique las condiciones negociadas en él⁹⁴⁵. En este orden de cosas, la configuración jurídica de la eficacia del convenio lo que hace es articular las relaciones entre la autonomía colectiva y la individual, delimitando adecuadamente sus ámbitos de actuación, mientras que tampoco hay que pasar por alto que el artículo 41 LET, además de atribuir facultades y derechos, es, sobre todo, una norma de procedimiento, en suma,

⁹⁴³ Véase, BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, cit., pg. 272; RUIZ CASTILLO, M^a.M.: “El pacto individual y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo* (J. CRUZ VILLALÓN, coord.), CES, Madrid, 1.995, pg. 323.

⁹⁴⁴ Sobre la modificación de las condiciones más beneficiosas se volverá más adelante.

⁹⁴⁵ ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones...*, cit., pg. 122, dirá que “a tal fin se orienta tanto el reconocimiento general de dicha fuerza vinculante en el art. 37.1 CE, como la garantía específica que, para el convenio estatutario, afirma el legislador en el art. 82.3 ET”.

un sistema de control colectivo de la modificación del convenio, donde se equilibran la iniciativa e interés empresariales con la intervención de los representantes de los trabajadores⁹⁴⁶.

No obstante, se ha dicho que, si la propia autonomía colectiva decide disponer de aquella eficacia, el problema cambia por completo de perspectiva⁹⁴⁷, puesto que la garantía de la fuerza vinculante no opera en relación a los propios negociadores del convenio⁹⁴⁸ que, en principio, pueden establecer lo que consideren conveniente a sus intereses, por lo que debería aceptarse la modificación de las condiciones establecidas en el convenio, tanto a través de la autonomía individual como unilateralmente por el empresario, si se les ha autorizado a ello por el propio convenio⁹⁴⁹, aunque esta idea tiene el inconveniente de que delega en una parte decidir el cumplimiento de la norma convencional, lo que es directamente atentatorio contra su fuerza vinculante⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶ A este propósito ROMAN DE LA TORRE, *ibidem*, pg. 123, dirá que “desde este punto de vista, resulta muy difícil trasladar al art. 41 ET la categoría de derecho necesario relativo como canon de valoración para aquellas cláusulas que se comentan, ya que no representa en sentido estricto un derecho inderogable del trabajador, sino un sistema de control colectivo de la modificación del convenio”.

⁹⁴⁷ Véase sobre esta cuestión, CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?”, RL, núm. 4/1.997, pg. 1 y ss.

⁹⁴⁸ Cfr. ROMAN DE LA TORRE, *ibidem*, pg. 126, donde pone de relieve que en estas situaciones “la congruencia constitucionalmente exigible del pronunciamiento judicial no permite a éste valorar la cláusula si las partes no cuestionaron su validez”. En esta lógica véanse, p.e., la STS de 9 de noviembre de 1.998, AS 8918, y STSJ de Galicia de 9 de julio de 1.998, AS 1928.

⁹⁴⁹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 54. En este sentido se pronuncian, p.e., la STS de 7 de marzo de 2.003/4499, donde se dice que “la finalidad manifiesta del art. 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo derivadas de convenio colectivo, pero no la de establecer limitaciones a los negociadores de estos convenios”, añadiendo que “en tal sentido el art. 41.2 ET se constituye como norma garantizadora de que lo pactado en Convenio había de ser respetado en su integridad por el empresario, a salvo que llegue al acuerdo modificador por él autorizado, pero no como norma limitadora de las posibilidades de la autonomía negociadora de las partes”, puesto que “la posibilidad de que por medio de la negociación colectiva se establezcan otros procedimientos de modificación distintos de los previstos en el art. 41 ET se ha aceptado por esta Sala al admitir la aplicación empresarial de modificaciones previstas en Convenio, distintas de las previstas por el citado precepto”, tanto con respecto a los convenios estatutarios como los pactos de empresa. En igual sentido las SSTs de 24 de enero de 2.003, Ar 3202, de 24 de octubre de 2.002, Ar 458, de 5 de junio de 2.002, Ar 6922, de 17 de julio de 2.000, Ar 7635, y de 9 de noviembre de 1.998, Ar 8918.

⁹⁵⁰ Véanse, ALFONSO MELLADO, C; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pg. 101, para quienes sólo será válido un eventual pacto de reserva de modificación si no constituye una autorización en blanco para que el empresario pueda modificar en forma arbitraria condiciones de trabajo.

Ahora bien, no es igual que esta cláusula se recoja en un convenio de ámbito supraempresarial o de ámbito inferior. En el primer caso, lo que sucede es que se impide la intervención de los representantes de la empresa en la modificación que les atañe directamente y a la que pueden querer oponerse porque así les convenga, mientras que en el segundo, como los que renuncian a la negociación son los propios representantes afectados, la situación parece diferente porque están disponiendo de su propio derecho, aunque están sujetos a una limitación, aplicable a ambas situaciones, consistente en no dejar en la voluntad unilateral del empresario la fijación de aquellas condiciones que el legislador haya previsto su fijación por convenio o acuerdo, descartando la individualización de las relaciones laborales, puesto que la remisión a la voluntad individual del empresario supondría una clara trasgresión del principio de jerarquía normativa que ordena las relaciones entre la ley y el convenio colectivo⁹⁵¹. En este sentido, la dispositivación del convenio respecto a las condiciones que contiene “resulta inviable cuando de ella se deriva una individualización prohibida legalmente”⁹⁵², por lo que es rechazable una cláusula genérica que no defina y acote suficientemente la facultad empresarial. A pesar de estas objeciones, no es rara la existencia de convenios que remiten a la voluntad empresarial la adopción de la distribución irregular de jornada durante el año⁹⁵³ o la modificación de horarios⁹⁵⁴,

Igualmente, ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: “La fijación del horario de trabajo”, en AA.VV. Estudios sobre la jornada de trabajo, (coord. L.E. De la Villa), ACARL, Madrid, 1.991, pg. 599 y ss.

⁹⁵¹ Véase, en esta lógica, p.e., VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las Condiciones de Trabajo*, cit., pg. 93.

⁹⁵² ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 124, recuerda que esto es lo que sucedería con aquellos casos en que la norma estatal exige la intervención del acuerdo de empresa en defecto de convenio colectivo, añadiendo que, igualmente, habrá de tenerse en cuenta “la posible vigencia de otros acuerdos en la empresa con los representantes que incidan en las facultades modificativas en un sentido más restrictivo que el del art. 41 ET, y cuya fuerza vinculante no puede ser desconocida por los negociadores de la controvertida cláusula”. Igualmente, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones... 2000”, cit., pg. 877, también se pronuncia en similar sentido y se refiere a que no se puede privar de carácter imperativo el artículo 41 y extender los supuestos de modificación unilateral por el empresario a condiciones que forman parte del contenido normativo de aquellos.

⁹⁵³ Véase, CES. Gabinete de Estudios: *La distribución irregular del tiempo de trabajo en la negociación colectiva de 1999*, Observatorio de Relaciones Industriales, núm. 25/2000. Igualmente, la SAN de 3 de febrero de 1.995, Ar. 3674, admite la remisión por el convenio colectivo al pacto contractual para la introducción de modificaciones en la jornada laboral pactada.

contraviniéndose así el carácter imperativo del artículo 41 LET, que impediría el establecimiento de procedimientos modificatorios que amplíen lo previsto por el legislador, de modo que la negociación colectiva no puede autorizar la modificación de condiciones contractuales de forma unilateral por el empresario⁹⁵⁵, aunque algunos lo admiten, sometiéndolo, al menos, a una exigencia causal⁹⁵⁶ o a algún tipo de control⁹⁵⁷.

En ese sentido, para su admisión, deben estar indubitadamente delimitadas, tanto las materias o condiciones afectadas, como las razones de la supresión y la duración del cambio, debiendo respetarse siempre los derechos económicos y de reacción de los trabajadores afectados⁹⁵⁸. Ahora bién, la jurisprudencia, frente a estas situaciones, no ha

⁹⁵⁴ Véase, la STS de 17 de julio de 2.000, Ar. 7635, que admite la validez de una modificación de horario por decisión unilateral del empresario sin necesidad de seguir trámite alguno, por así permitirlo el convenio colectivo. Entre los convenios puede señalarse, p.e., el Convenio Colectivo de «Alianzas y Subcontratas, SA» (BOE de 28 de febrero de 2.002), recoge que “la modificación de horario, no supondrá una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no requiriéndose otro requisito que el de preavisar al trabajador afectado con quince días de antelación, cualquiera que sea el tiempo en que hubiere permanecido en su anterior horario”. Igualmente la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.007, AS 869, señala que “pueden existir Convenios Colectivos que fijen sistemas de modificaciones específicas en materia por ejemplo de horarios o de organización del trabajo en los que el TS ha venido a señalar que tal modificación empresarial se circunscribe a los términos habilitados por el Convenio Colectivo y no ha de exigirse procedimiento fijado en el art. 41 del ET”, con apoyo en la STS de 17 de febrero de 2.000, Ar 7635, y SSTSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2.005, AS 1866, y de Valencia de 31 de mayo de 2.005, AS 2471.

⁹⁵⁵ En este sentido, SALA FRANCO, T.: “Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”, RMTAS, núm. 3/1.997, pg. 125, dice que “no parece posible que por convenio se permitiera modificar las condiciones por decisión unilateral del convenio”. Igualmente, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, pg. 48 y ss.

⁹⁵⁶ Véase, en este sentido, la STSJ de Castilla y León/Burgos de 23 de febrero de 1.996, AS 355, que considera válida la remisión del convenio a la unilateralidad empresarial para la modificación de tiempos y rendimientos siempre y cuando concurren las causas previstas en el artículo 41, al igual que la STSJ de Aragón de 9 de septiembre de 1.999, AS. 3630, que admite la delegación del convenio en el empresario para la implementación de modificaciones sustanciales de los horarios de trabajo siempre que acredite la concurrencia de causas justificativas.

⁹⁵⁷ Véase, por todos, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo”, DL, núm. 53/1.997, pgs. 41 y 42 y la bibliografía y jurisprudencia que cita. La doctrina anterior a la reforma exigía, para cualquier remisión del convenio colectivo a la decisión unilateral del empresario, el establecimiento de controles posteriores a la toma de decisión empresarial, siendo requisito para su admisión la concurrencia de causa justificativa suficiente y no la simple remisión a la voluntad empresarial.

⁹⁵⁸ Cfr. SALA FRANCO, T.: “Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa...”, cit., pg. 125 y 126, donde resalta que “no parece que el convenio colectivo pueda modificar ni el régimen extintivo ni el impugnatorio, dado el carácter imperativo absoluto que, por razones de orden público, los procedimientos judiciales poseen”, sin embargo si admite la mejoría por medio del convenio del régimen indemnizatorio

consolidado una línea interpretativa claramente definida, coexistiendo las resoluciones reticentes a esta posibilidad⁹⁵⁹ con aquellas otras que las admiten por estar basadas en lo dispuesto en el convenio aplicable⁹⁶⁰. Sin embargo, parece más consecuente con la lógica interna de la regulación del artículo 41 LET que las remisiones del convenio a la decisión unilateral del empresario no puedan desconocer los requisitos y procedimientos del mismo⁹⁶¹, aunque sí podría admitirse válidamente la remisión al acuerdo de empresa, si bien en este caso ya no estaríamos ante una remisión ni a la autonomía individual ni a la decisión empresarial, puesto que el acuerdo de empresa es también una manifestación de la autonomía colectiva, perfectamente válido, por tanto, para introducir modificaciones en los convenios colectivos⁹⁶².

del artículo 41, al que concede carácter de norma imperativa mínima; en el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, cit., pg. 48 y ss.

⁹⁵⁹ Véanse, p.e. STS de 13 de noviembre de 1.996, RJ 8616, y STSJ Comunidad Valenciana, de 25 de noviembre de 1.997, AS 4764.

⁹⁶⁰ P.e. las SSTs de 7 de marzo de 2.003/4499, de 24 de enero de 2.003, Ar 3202, de 24 de octubre de 2.002, Ar 458, de 5 de junio de 2.002, Ar 6922, de 17 de julio de 2.000, Ar 7635, de 17 de julio de 2.00, Ar 7635, y de 9 de noviembre de 1.998, Ar 8918; igualmente las SSTSJ de Galicia de 9 de julio de 1.998, AS 1928; de Cataluña de 12 de junio de 1.998, AS 6397; de Cantabria, de 3 de febrero de 1.999, AS 428, o la del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.007/869.

⁹⁶¹ En esta lógica, véanse, p.e., la STSJ de Cataluña de 1.999, AS 403, para quien “el régimen de trabajo a turnos establecido en convenio colectivo, sólo es modificable por el artículo 41, aunque exista acuerdo con algunos representantes de los trabajadores y acuerdo individual con los trabajadores”, y la STSJ de Cataluña de 7 de julio de 1.999, AS. 3142, para quien “la autorización dada por el convenio colectivo al empresario para modificar el sistema de trabajo y rendimiento no puede obviar el artículo 41 del ET”. Igualmente la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.007/869, señala que “tales clausulados que eventualmente pueden atribuir potestades de modificación debido ya la autonomía individual o a la voluntad unilateral del empresario tienen que ser conforme a la Ley y al Convenio Colectivo de aplicación, cual es el caso, sin que con ello se vacíe el régimen de modificaciones sustanciales mediante la atribución incondicionada o en blanco de facultades modificativas al empleador ni suponga una renunciabilidad de derecho, pues la misma se confiere en el propio Convenio Colectivo y por ello no altera ningún precepto constitucional (art. 37) ni ordinario (art. 82 del ET)”.

⁹⁶² Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones...”, cit., pg. 283. Igualmente, entre otras, la SAN de 25 de febrero de 2.005, AS 2545, y la STSJ de Aragón de 2 de octubre de 2.003, AS 2.004/1892, donde se dice que “si el ET atribuye a estos acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores la posibilidad de modificar determinadas condiciones laborales establecidas en los convenios colectivos estatutarios en vigor, no cabe rechazar el plano un acuerdo de esta índole por el mero hecho de que contravenga una norma colectiva vigente, debiendo descender al examen de si concurren los requisitos que permiten la adopción de estos acuerdos”.

1.3.3.3. La posibilidad de pactar un procedimiento diferente al previsto en el artículo 41 LET

En cuanto a la posibilidad de que se pacte en convenio colectivo un procedimiento de modificación de condiciones de trabajo distinto del regulado en el artículo 41 LET, es claro que la autonomía colectiva dispone de un amplio espacio de intervención, tanto para determinar los contornos del artículo 41, a veces imprecisos y difusos, como para contribuir al refuerzo de aquellos aspectos del precepto legal más ligados a su función ordenadora de la negociación colectiva.

A pesar de que el número de convenios que dispone de este tipo de cláusulas, reguladoras de los aspectos procedimentales de la modificación colectiva de condiciones de trabajo, no es especialmente abundante, éstas son tan variadas⁹⁶³ como

⁹⁶³ Como ejemplo de los convenios en que se regulan las modificaciones sustanciales se pueden señalar, entre otros, el *El convenio colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón* (BOE de enero de 2.008), que en su artículo 12.6 encarga al comité de empresa y delegados de personal la elaboración de un informe preceptivo en todos los supuestos de implantación o modificación sustancial de sistemas de productividad y en el 12.11 se recoge la obligación, también preceptiva, de conocer e informar en todos los casos de modificación sustancial, salvo que exista acuerdo con los trabajadores interesados. *El convenio estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas* (BOE 31 de agosto de 2.007), establece en sus artículos 45 a 48 el procedimiento de implantación de nuevos sistemas de organización de trabajo y modificaciones sustanciales de los mismos, remitiendo a los procedimientos del 41 LET para su impugnación. El XV convenio colectivo de la industria química (BOE de 29 de agosto de 2.007) trata ampliamente el tema y recoge la posibilidad de que en los supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, una vez agotado el período de consultas previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y de no alcanzarse acuerdo en el mismo, las partes podrán someterse a los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en el convenio. Además, con carácter previo a la modificación se procederá a realizar la evaluación de los riesgos que pudieran generar la introducción de dichos cambios.

Asimismo en la implantación de un nuevo sistema de rendimientos en base a prima o incentivos exige el informe previo y la negociación con los representantes y si hay desacuerdo remite a la comisión mixta o al arbitraje previamente a la jurisdicción; igualmente cuando se introduzcan nuevas tecnologías que puedan implicar modificaciones sustanciales. Final y curiosamente, dedica el artículo 28.5 a la “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” y se limita a remitir a lo dispuesto en el artículo 41 LET. El *IV Convenio colectivo nacional para el sector de Auto-Taxis* (BOE 26 de febrero de 2.007), después de transcribir el 41.1 LET, exige que las decisiones modificativas se notifiquen al trabajador y a la comisión mixta del convenio, “ esta última mediante carta cursada por correo certificado” (art. 18). El *II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado* (BOE 14 de octubre de 2.006), en su artículo 3 encarga a la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del convenio emitir informe sobre las propuestas de modificación sustancial de las relaciones de puestos de trabajo que signifiquen aumento del gasto, así como recibir información semestral de los cambios propuestos por las respectivas Subcomisiones Delegadas, dedica un extenso capítulo, el V, a la Modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica, donde se

complejas, aunque la mayoría lo que hacen es prever el procedimiento de modificación en la empresa del contenido del propio convenio, las que especifican las situaciones y el modo de realizar las consultas con los representantes y, finalmente, establecer la obligatoriedad, en caso de discrepancia, de acudir a sistemas de mediación y arbitraje⁹⁶⁴. En cualquier caso, los procedimientos que formula son, en bastantes

limita a remitirse a la regulación estatutaria, aunque la modificación individual se negociará previamente a su decisión por la autoridad en la correspondiente comisión subdelegada. El *IV Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria* (BOE de 11 de julio de 2.006) se pronuncia en idénticos términos. El *Convenio Colectivo de "Alianzas y Subcontratas, SA"* (BOE de 28 de febrero de 2.002), se remite al artículo 41, del que copia el párrafo primero, para posteriormente señalar que "dadas las especiales características de la actividad que regula este Convenio la modificación de horario, no supondrá una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no requiriéndose otro requisito que el de preavisar al trabajador afectado con quince días de antelación, cualquiera que sea el tiempo en que hubiere permanecido en su anterior horario". El *Convenio Colectivo de "Guadalmundo, SA"* (BOE de 8 de febrero de 2.002) en el artículo 17, dedicado a la "Modificación sustancial de las condiciones de trabajo", se limita a decir que "se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y la Legislación vigente". El *Convenio Colectivo del sector de Empresas de Transportes por Carretera de Mercancías de Almería* (BOE de 10 de enero de 2.008), autoriza a la empresa a establecer sistemas de remuneración con incentivo y a suprimirlos si se estableció con carácter experimental y no resulta satisfactorio, sin que se genere derecho alguno para los trabajadores (art. 60), aunque la ulterior modificación del sistema se acomodará a lo dispuesto en el 41 LET, como hace también con respecto a la movilidad geográfica, salvo que concreta la indemnización por traslado en dos mensualidades de salario base, además de trasladarle a él y su familia como alternativa a la previsión legal. Finalmente, el artículo 62 (Modificación sustancial de condiciones de trabajo) se limita a copiar el 41.1 LET y remitirse al procedimiento estatutario. El *Convenio colectivo de trabajo del sector de fabricantes de galletas de Barcelona y su provincia para los años 2005 y 2006* (DO. Generalitat de Catalunya 4 abril 2006, núm. 460), autoriza a las empresas a "establecer la rotación del personal en los diferentes turnos que ésta tenga establecidos" (art. 10), y en el artículo 17 señala que "la organización técnica y práctica del trabajo dentro de las empresas es facultad de los órganos directivos, que podrán establecer todos aquellos sistemas de organización, racionalización y modernización que consideren oportunos, así como cualquier estructuración de las secciones, departamentos o de sus equipos de trabajo sin perjuicio de lo establecido en el artículo 41 del vigente Estatuto de los Trabajadores". El *Convenio Colectivo para las Industrias del Sector de la Madera de Guipúzcoa* (B.O. Gipuzkoa de 19 de junio de 2.001, núm. 117) exige, en su artículo 41 (Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica) que todas las modificaciones, individuales y colectivas, serán preavisadas a la representación de los trabajadores, con la que se establecerá el preceptivo período de consultas de quince días y si finaliza sin acuerdo se habrá de acudir al procedimiento arbitral. Igual procedimiento para las movilidades geográficas colectivas. El *Convenio Colectivo del sector de Industrias Transformadoras de Plásticos de Valencia* (BO. Valencia de 19 de julio de 2.007, núm. 170-Suplemento 1), en una confusa redacción que no deja claro a que atenerse obliga a preavisar siempre a la representación de los trabajadores y en los casos de modificación colectiva, si las consultas no fructifican en un acuerdo se debe acudir a los mecanismos de mediación y arbitraje previstos en el convenio. En caso de modificación individual, si hay acuerdo entre empresario y trabajador sólo se debe ser notificado a la representación, y si hay desacuerdo el trabajador o trabajadores afectados podrán acudir también a los mecanismos de mediación y arbitraje. Después regula ampliamente el mecanismo para modificar los sistemas de trabajo e incentivos, aunque el procedimiento en esencia es el descrito.

⁹⁶⁴ Señala ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 127, que el convenio puede contener, "cuando menos, tres tipos de previsiones relativas al proceso para la modificación colectiva: aquellas que regulan un procedimiento concreto para que en el ámbito de la empresa pueda llevarse a cabo la inaplicación del convenio, las que especifican el procedimiento de la consulta-negociación con los representantes y, finalmente, la regulación de diversos mecanismos que posibiliten la

ocasiones, menos rígidos, aunque no siempre, desde la perspectiva empresarial, que el previsto en la Ley y lo que hacen realmente es dispositivar la regulación legal⁹⁶⁵. No obstante, se pueden distinguir dos supuestos diferentes, el primero, cuando este mecanismo convencional es de aplicación a las condiciones acordadas en el propio convenio y el segundo, cuando lo sea a condiciones de origen distinto.

Esta claro que el convenio colectivo puede establecer el régimen jurídico al que se someterá durante su vigencia, como expresión del derecho de negociación colectiva del artículo 37.1 CE que se materializa en la libertad de configuración de contenidos convencionales⁹⁶⁶, por lo que es posible que prevea un procedimiento modificatorio distinto y excluyente del dispuesto en el artículo 41 LET⁹⁶⁷. En este sentido, la alteración de lo dispuesto en el propio convenio, por la vía prevista en el mismo no sería, al igual que señalábamos para el contrato de trabajo, una modificación sustancial de sus condiciones, sino la simple aplicación de lo convenido en sus cláusulas⁹⁶⁸,

adopción del acuerdo”.

⁹⁶⁵ Véase DEL REY GUANTER, S.: “La negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.994”, CES, 1.998, pg. 339; en el mismo sentido, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial... 2000”, cit., pg. 877.

⁹⁶⁶ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de condiciones... 2000”, cit., pg. 877, donde señala que “puede regular que materias distintas de las listadas en el número 2 del artículo 41 podrían ser objeto de modificación por el cauce y con el condicionamiento causal previsto en este precepto para modificar las condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estipulados conforme al Título III”

⁹⁶⁷ Véase, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 53 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo”, RL, núm. 10/1.989, pg. 29 y ss.; igualmente, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, REDT, núm. 75, 1.996, pg. 107 y ss. Entre la jurisprudencia se puede señalar, en este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana de 23 de abril 1.996, AS 1301. En contra: STSJ Castilla y León/Burgos de 20 de junio de 1.996, AS 1717.

⁹⁶⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, , pg. 883, sostienen la posibilidad de que a través del convenio colectivo se puedan ampliar la lista de cuatro condiciones modificables previstas a otras adicionales; igualmente, ALFONSO MELLADO, C.; PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, RL, núm. 8/1.995, pgs. 101 y ss., quienes admiten, además, la posibilidad de descausalizar el procedimiento o atribuir a la Comisión Paritaria del Convenio la facultad de decidir la modificación, en lugar de a través del acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores. Consideran, sin embargo, que los efectos de la modificación no tienen carácter dispositivo para la negociación colectiva, puesto que, por razones de orden público, el régimen extintivo, el impugnatorio y el indemnizatorio no pueden ser modificados por el convenio, aunque sí cabría mejorar dicha indemnización. En una línea

aunque no se debe olvidar que todos los acuerdos de un convenio no tienen por qué ser siempre conformes con lo dispuesto en la norma legal, no bastando que se haya acordado entre los legitimados para ello, sino que, además, el acuerdo debe ser válido legalmente.

En este sentido, la doctrina dominante se ha pronunciado por la imperatividad de la norma⁹⁶⁹, inmodificable, por tanto, a través de la negociación colectiva, salvo que, en principio, el régimen modificadorio que se plantee sea más favorable al trabajador que el legal. Sin embargo, también debe tener carácter imperativo, con las mismas consecuencias de inmodificabilidad *in peius* con respecto al empresario⁹⁷⁰, de manera que los procedimientos modificativos que se acuerden no pueden disminuir o eliminar las prerrogativas que la norma reconoce al empresario en orden a la modificación de condiciones contractuales de trabajo⁹⁷¹ exigiendo, por ejemplo, el acuerdo con los representantes para la modificación de cualquier tipo de condiciones, lo que nos lleva a preconizar la imperatividad absoluta del precepto en este orden de cosas.

similar, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, cit., pg. 273 y ss, aunque no admite la descausalización.

⁹⁶⁹ RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de condiciones ... 2.000”, cit., pg. 876, señala que “si nos atenemos a una lectura literal y descontextualizada del párrafo 3º del número 2 del artículo 41, la respuesta sería negativa: el artículo 41.2, párrafo 3º, establece en relación con la modificación de las condiciones establecidas en tales convenios colectivos, de forma rotunda, que aquélla “sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e)” del apartado primero del propio precepto”. Añadiéndose las que se refieren a las cláusulas de descuelgue (art. 82.3) y la posibilidad de regulación de los términos en que permanecerá vigente la parte normativa del convenio que ha agotado su período de vigencia (art. 86.3), lo que permitiría convertir en dispositivo tal regulación.

⁹⁷⁰ Igualmente VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 86. En el mismo sentido, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de condiciones ... 2.000”, cit., pg. 877, considera que no se ajustan a la Ley las cláusulas de los convenios colectivos que “unifican al alza” el régimen de modificaciones.

⁹⁷¹ Véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Reglas negociales de estabilidad en el empleo y titularidad de la opción de despido”, AL, núm. 18/1.999, pg. 351 y ss. indicando que en la regulación del despido no parece plantear problemas el hecho de que las reglas convencionales desplacen la titularidad de la opción del despido improcedente, atribuyendo al trabajador un verdadero derecho potestativo, “pues el problema no puede quedar planteado en términos de renuncia”. En esta misma línea, con respecto a la revisión de tiempos y rendimientos, véase STSJ de Castilla y León/Burgos, de 23 de febrero de 1.996, Ar. 355.

Cuestión diferente es que, de acuerdo con el número 3 del artículo 86 LET, que permite que las partes dispongan de la validez del convenio, se pacte que una vez agotada la vigencia convenida su contenido dejará de ser normativo para pasar a ser disponible y, por tanto, se puedan establecer diferentes procedimientos modificatorios para la totalidad de las condiciones recogidas en él, por lo que sería válida la remisión que hiciera a los procedimientos del artículo 41 que no exigen preceptivamente el acuerdo con los representantes para su modificación⁹⁷².

Evidentemente, lo que sí cabe es la modulación y especificación de lo dispuesto en la norma, estableciendo, por ejemplo, cláusulas que especifiquen las causas justificativas concurrentes en la regulación establecida en el artículo 41 LET⁹⁷³, aunque con el riesgo de que se endurezca excesivamente la posibilidad de acceso a estos procedimientos modificatorios⁹⁷⁴, al igual que nada impide que se establezcan otra serie de cláusulas, como la obligatoriedad de acudir a la comisión paritaria u otra comisión al efecto, cuando se vaya a proceder a una modificación por medio de un acuerdo de empresa⁹⁷⁵,

⁹⁷² Véase ESCRIBANO GUTIERRES, J.: “Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas fronteras de la autonomía colectiva”, REDT, núm. 97/1.999, pg. 698; igualmente, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial... 2.000”, cit., pg. 876.

⁹⁷³ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial... 2000” , cit., pg. 878, donde señala la posibilidad de que se mencionen “materias y supuestos que tienen la consideración de modificaciones sustanciales para la aplicación del procedimiento legal; concreción de las causas para su alegación y prueba por el empresario; la regulación de un período de prueba destinado a verificar la funcionalidad y las consecuencias reales de modificación... etc”. Aunque, añade que “se trata, no obstante, de posibilidades hasta el momento escasamente ensayadas en la práctica de nuestra negociación colectiva”; en similar sentido, DEL REY GUANTER, S: *La negociación colectiva tras la Reforma Laboral de 1994*, pgs. 321-349; RUIZ CASTILLO, M^a.M. y ARGÜELLES BLANCO, A.R.: “Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo” en *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva* (J.GARCÍA MURCIA, dir.), CES, Madrid, 1.998, pgs. 376-382, donde se hace un análisis de algunos convenios y su incidencia en las modificaciones sustanciales.

⁹⁷⁴ Alertando de este riesgo, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 437 y 438, señala que “el incremento de exigencias se produce indirectamente, incorporando nuevos requisitos, más allá de los previstos legalmente”. Esto se traduce en que “los convenios colectivos introducen mayores dosis de rigidez en el ejercicio de los poderes organizativos regulados por el artículo 41 ET, de modo que se puede afirmar que los convenios colectivos van contracorriente, en el sentido de que invierten lo que constituyó la filosofía general de la reforma legislativa de 1994, introduciendo elementos típicos de lo que se ha denominado la *contrarreforma*”. Aunque también se encuentran ejemplos inversos.

⁹⁷⁵ Para ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial...*, cit., pg. 127-128, “la similitud con las cláusulas de descuelgue respalda su compatibilidad con la norma legal”, además de dejar “a salvo tanto la intervención de los negociadores respecto a la disponibilidad de su propio acuerdo, como la de la empresa en la propuesta modificativa y la de los representantes de los trabajadores en la negociación del

pudiéndose especificar el procedimiento de consulta y negociación del acuerdo de empresa, la especificación de los documentos que la empresa debe facilitar a los representantes, los criterios para seleccionar los trabajadores afectados por la modificación, o el reconocimiento de cuantos derechos de información sean precisos para satisfacer el deber de buena fé durante las consultas, aspectos todos ellos de crucial significación en el cumplimiento del requisito legal, al igual que sucede con las cláusulas referentes a los procedimientos de resolución de las divergencias manifestadas durante la negociación, a los que se puede remitir en base al acuerdo de las partes⁹⁷⁶, entre los que se encuentra la posibilidad que ofrece el artículo 85.1 LET para que en los convenios se regulen procedimientos para resolución de diferencias surgidas en el período de consultas exigido en el 41.4 LET, siendo esta opción vinculante, una vez realizada, para las empresas y trabajadores incluidos en el ámbito del convenio⁹⁷⁷.

Ahora bien, para alguna doctrina, precisamente esta posibilidad es el ejemplo paradigmático que nos indica el carácter dispositivo del artículo 41 frente a la negociación colectiva, puesto que, al extremo, si el procedimiento arbitral se convirtiera en obligatorio, cambiaría totalmente la filosofía de la configuración actual de las modificaciones sustanciales, perdiendo el empresario su facultad modificativa unilateral, aunque lo cierto es que “lo que se suele hacer es convertir en obligatorio tan sólo el trámite de mediación”⁹⁷⁸, manteniéndose la aceptación voluntaria de la solución propuesta y, finalmente, la posibilidad de acudir a la vía unilateral para la modificación,

acuerdo, al tiempo que fortalece el control sobre las causas y la incidencia en el conjunto del contenido del convenio”.

⁹⁷⁶ Desde la reforma de 1.994 se ha promocionado la solución extrajudicial de conflictos, ya sea a través de un tercero, remitiéndose el problema a una procedimiento arbitral, ya a través de lo dispuesto en la Disposición Adicional decimotercera LET, según la cual las partes pueden acudir en todo caso y de común acuerdo a los órganos o procedimientos establecidos al efecto en los correspondientes ámbitos territoriales conforme al artículo 83 LET.

⁹⁷⁷ Cfr. ROMAN DE LA TORRE, *ibidem*, pg. 129.

⁹⁷⁸ Precisamente a esto se refiere el Acuerdo sobre solución extrajudicial de los conflictos laborales (ASEC), en su artículo 10.3: “En los supuestos a que se refieren los artículos 40, 41, 47 y 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a fin de resolver las discrepancias que hubieran surgido en el período de consultas, deberá agotarse el procedimiento de mediación si así lo solicita, al menos, una de las partes”.

pero en cualquiera de las opciones los tribunales han exigido el cumplimiento de las previsiones convencionales⁹⁷⁹.

Ahora bien, si el convenio colectivo establece un procedimiento para la modificación de condiciones de trabajo que no están recogidas en el propio convenio, lo que hace es enfrentarnos a la cuestión de si la autonomía colectiva puede disponer libremente del régimen legal contenido en el artículo 41 LET. La respuesta tiene que ser negativa, toda vez que la única autorización normativa dispositiva es, como ya se ha dicho, la recogida en el artículo 39.5 LET con respecto al procedimiento de modificación de funciones más allá de lo previsto en los otros apartados del mismo⁹⁸⁰, luego a *sensu contrario*, la lógica dicta que no puede aceptarse la dispositividad para las demás materias, salvo que aceptemos como válida una interpretación analógica de lo dispuesto en el artículo 39.5 y su planteamiento lo ampliamos al resto de las materias modificables sustancialmente⁹⁸¹.

El rechazo de esta posibilidad se fundamenta en la subordinación de la autonomía colectiva a la ley *ex* artículo 85.1 LET, reforzada, además, por la jerarquización del sistema de fuentes del artículo 3.1 LET, cuya interpretación conjunta nos lleva a concluir que, frente a estas condiciones, si el convenio colectivo establece un procedimiento modificador distinto al normativo, únicamente podría admitirse su aplicación si lo mejora, de modo que así su imperatividad sería relativa⁹⁸². Ahora bien, esta afirmación nos enfrenta otra vez al problema de que el procedimiento difícilmente va a mejorar la situación legal del trabajador y del empresario a la vez y si se mejora a

⁹⁷⁹ Véase, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma...”, cit., pgs. 436 a 438.

⁹⁸⁰ El pacto previsto por el 39.5 LET puede ser adoptado tanto en convenio colectivo como en el contrato de trabajo.

⁹⁸¹ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 86, dirá que “no se entiende que pueda haber ninguna razón para que las otras materias de modificación descritas en el art. 41 (...) tengan que tener un tratamiento distinto, siendo así que todas están sometidas al mismo régimen jurídico-legal (el del art. 41, precisamente)”.

⁹⁸² Véase, SALA FRANCO, T.: “Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”, RMTAS, núm. 3/1.997, pg. 125: “No hay duda de la naturaleza imperativa mínima del art. 41 del ET, pudiendo la negociación colectiva limitar pero no ampliar las posibilidades de modificación unilateral abiertas por el mismo”.

uno normalmente se empeora al otro y ya hemos dicho que si no puede empeorarse la situación del trabajador tampoco la del empresario⁹⁸³, lo que nos fuerza a concluir que aquí se muestra claramente el carácter imperativo absoluto de la regulación del artículo 41 LET.

1.3.3.4. Las cláusulas prohibitivas de modificabilidad

Lo que no podrá hacer nunca el convenio colectivo es incluir una cláusula por la que se impida la modificación del propio convenio, evitándose así la posibilidad de que condiciones de trabajo contenidas en el convenio puedan ser modificadas sustancialmente por la vía del artículo 41 LET, puesto que no parece posible atendiendo a la subordinación que el convenio tiene con respecto a la ley, en general, y, en concreto, al carácter imperativo de la regulación del artículo 41 LET, que lleva a que su contenido no pueda ser desconocido por el convenio. En esta lógica, el convenio no podrá negar la modificación de las condiciones que regule, independientemente de la estructura de negociación colectiva configurada a través de los acuerdos previstos en el artículo 83.2 LET, o del ejercicio de las facultades negociadoras reconocidas a las partes legitimadas en el párrafo segundo del artículo 84 LET.

No obstante, algunos admiten la legalidad de este tipo de cláusulas⁹⁸⁴, aunque la mayoría de la doctrina las rechaza⁹⁸⁵, mientras que otros matizan su respuesta en

⁹⁸³ Véase lo dicho anteriormente.

⁹⁸⁴ Véanse, opinando que un convenio puede incorporar cláusulas de blindaje o de salvaguardia de su contenido normativo, sometiendo a condiciones y límites la facultad de inaplicación de las materias que disciplina, BAYLOS GRAU, A.: “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, RL, núm. 17118/1.994, pg. 140; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Los acuerdos o pactos de empresa”, cit., pgs. 49 y 50; GALA DURAN, C.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial”, cit., pg. 30 y ss.; CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1.997, pg. 178.

⁹⁸⁵ En este sentido, defendiendo la nulidad de las cláusulas de blindaje, véase, p.e., RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones...”, cit., pg. 39 RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo”, cit., pg. 40: “las cláusulas de blindaje son, por consiguiente, nulas cualquiera que sea el nivel de negociación en el que se establezcan, porque admitir su validez sería privar de efectividad a un derecho a negociar que la Ley abre ante la concurrencia de determinadas causas”; igualmente, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo... 2000”, cit., pg. 877, considera que es “por lo menos dudoso, y probablemente ilegal, que se pueda

consideración al distinto alcance que tiene una cláusula de este tipo pactada en un convenio supraempresarial o en un convenio de empresa, admitiéndola con reservas en el primer caso⁹⁸⁶ y abiertamente en el segundo⁹⁸⁷.

1.3.3.5. La remisión a los acuerdos o pactos colectivos

Hasta aquí hemos hablado únicamente de la imperatividad o dispositividad del artículo 41 LET con respecto a los convenios colectivos, pero hace falta, igualmente, hacer alguna referencia a los diferentes tipos de acuerdos y pactos colectivos porque, aunque la regulación del artículo 41 sea una norma indisponible, no puede ni debe impedirse que el convenio remita a los acuerdos y convenios colectivos de empresa para la modificación de concretas condiciones de trabajo, incluso a veces “más allá de los supuestos expresamente previstos en el artículo 41 LET y, por causas diversas, o sin

disponer en la negociación colectiva –aunque no se trate de renuncia, sino de mera suspensión temporal del ejercicio de un derecho de la dirección de la empresa- de la facultad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo no reguladas en el convenio a través del cauce unilateral previsto en el artículo 41. ET”. En la misma línea, MATÍA PRIM, J.: “Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral” en AA.VV. *La reforma del mercado laboral* (dir. F. Valdés), Lex Nova, Valladolid, pg. 30; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, en AA.VV. “Estructura de la negociación colectiva”, VIII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, MTAS, Madrid, 1.996, pg. 71; y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “La modificación...”, cit., pg. 140 y ss., para quién el convenio colectivo no puede limitar ni impedir la posibilidad de modificar sus condiciones por la vía del art. 41 ET, pero ello no obsta a que se establezcan reglas procedimentales o de control que complementen la previsión legal, siempre que no impidan de hecho su ejercicio; asimismo, STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 1.997, AS 709.

⁹⁸⁶ Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 118 y ss., para quién la inclusión de este tipo de cláusulas en el convenio “se encontrará debidamente compensada en el convenio”. No obstante también parece tener ciertas dudas de la validez de la cláusula “en relación a la empresa concreta que acredite la necesidad de modificación” y acabar proponiendo como solución una cláusula similar a las de descuelgue para las empresas que necesiten llevar a cabo una modificación.

⁹⁸⁷ RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de condiciones... 2000”, cit., pg. 877, no ve problema alguno en que “convenios de empresa incluyan el compromiso de no modificar las concretas condiciones a que se refiere el artículo 41.2 ET durante su período de vigencia, porque en las unidades de empresa los sujetos negociadores tienen un incuestionable derecho para afirmar sin excepciones el carácter vinculante de una regulación que ellos mismos elaboran y que les será directamente aplicable; igualmente, CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, cit., pg. 178; ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones...*, cit., pgs. 120 y 121, las admite por la “coincidencia entre los sujetos que hubieran negociado el convenio y los que, en su caso, hubieran de pactar la modificación”, además de que si el empresario acepta la renuncia habrá valorado los efectos que pudiera tener en la situación de la empresa y habrá obtenido las pertinentes compensaciones.

necesidad de que estas se den⁹⁸⁸, porque estaríamos, no ante una modificación de las condiciones establecidas convencionalmente, sino ante una revisión de condiciones admitidas por el mismo convenio⁹⁸⁹, luego fuera del ámbito del artículo 41 LET, al no estar modificando, sino desarrollando el convenio, por lo que se exige por la jurisprudencia seguir para ello el procedimiento del Título III de la LET⁹⁹⁰.

Pero es que, además, los convenios colectivos supraempresariales y los Acuerdos Marco pueden establecer mecanismos de articulación negocial que, previendo la disponibilidad parcial en ámbitos inferiores de lo pactado, en base a los artículos 83.2 y 84 LET, reserven al ámbito de la empresa ciertas cuestiones o establezcan un reparto competencial en términos de complementariedad o complementariedad⁹⁹¹, teniendo en cuenta que la falta del acuerdo exigido por el convenio no autoriza la imposición unilateral de la modificación por la empresa, sino que procede la prórroga de las condiciones de trabajo reguladas en el convenio o acuerdo existente⁹⁹². Igualmente, los

⁹⁸⁸ Véase la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 1.999, AS 3968, cuando afirma que “pese a que el artículo 41.2º excluye la jornada de trabajo de las materias susceptibles de modificación mediante acuerdo entre las partes (...) el convenio colectivo estatutario puede admitir que mediante acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores se proceda a la modificación sustancial de la jornada de trabajo, incluyendo de esta forma tal materia entre las que pueden ser objeto de modificación en este tipo de acuerdos y haciendo así prevalecer la negociación colectiva sobre la regulación legal en una cuestión que no tiene necesariamente que considerarse de derecho necesario”. En similar sentido se pronuncian las SSTSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.007/869, o la de Madrid de 12 de marzo de 2.007, AS 1974: “En definitiva, tan solo en la medida en que el propio convenio colectivo permita que la empresa y la representación de los trabajadores puedan modificar, alterar o de alguna forma adecuar a sus particulares circunstancias estas posibilidades de distribución irregular de jornada, serían admisibles los acuerdos de este tipo entre las partes”.

⁹⁸⁹ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación y revisión de Convenios Colectivos”, en *Problemas actuales de la negociación colectiva*, ACARL, 1.984, pg. 70 y ss. A este propósito la STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2.005, AS 1352, señala que “el marco al que deberá ajustarse la decisión de empresa impugnada en este proceso no es el configurado por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino por la propia norma de convenio”.

⁹⁹⁰ Véase STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de junio de 2.000, AS 4292, que convalida la autorización por el convenio de ámbito superior de la modificación del sistema de jornada a nivel de empresa por la negociación colectiva a través de convenios o acuerdos, exigiendo el Tribunal para ello seguir el procedimiento previsto en el Tit. III LET, toda vez que se persigue la elaboración de acuerdo de eficacia general.

⁹⁹¹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y CORREAS CARRASCO, M.: “El Acuerdo Interconfederal...”, cit., pg. 263; igualmente, VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 95.

⁹⁹² En este línea, STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2.000, AS 2955. En similar sentido las SSTSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2.001, AS 2.002/886, 12 de diciembre de 2.002, AS 674, y 14 de diciembre de 2.002, AS 3177.

acuerdos podrían regular materias no reservadas expresamente a los ámbitos negociales superiores⁹⁹³.

La consecuencia de este planteamiento es que los acuerdos y pactos modificativos tienen un importante papel en el ámbito aplicativo del artículo 41 LET, puesto que son el vehículo modificador de convenios, acuerdos, pactos y contratos. De aquí se deriva una múltiple problemática, resumible en una triple pregunta: ¿cuáles son los convenios o acuerdos que pueden modificar a qué tipo de convenio, acuerdo o pacto, cuál es su naturaleza jurídica y cuál la vía procedimental para la modificación?

Las nuevas tendencias de búsqueda de flexibilidad organizativa en el mundo laboral, normalizadas a través de los cambios legislativos de 1.984, 1994 y 1.997, especialmente los de 1.994, han propiciado una renovación y adaptación permanente a las nuevas circunstancias, de manera que junto a la negociación centralizada se tiende también hacia la descentralización de la negociación convencional⁹⁹⁴, tratando de prestar más atención a los problemas e intereses del sistema productivo en general y, en concreto, de la empresa⁹⁹⁵, propiciando un nuevo procedimiento para la modificación de las

⁹⁹³ El AINC propone esta fórmula para establecer los ámbitos de regulación de las diferentes unidades de negociación, estableciendo de manera expresa las materias que deben reservarse al ámbito nacional, lo que permite distribuir las materias que pueden ser objeto de regulación en los demás ámbitos. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1.999, pg. 163 y ss.; igualmente, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y CORREAS CARRASCO, M.: “El acuerdo Interconfederal...”, cit., pg. 234

⁹⁹⁴ Véase, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 34, donde se refiere a la reordenación de los niveles negociales para permitir la “mejor satisfacción de las necesidades de las empresas”, modificando en su contexto las condiciones de trabajo impuestas en el convenio anterior. En similar línea, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 150, señala que el 41 LET y sus procedimientos para la modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo se inscribe en la finalidad descentralizadora inspiradora de la reforma de 1.994.

⁹⁹⁵ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, cit., pg. CLIV, dirá a este propósito que “la negociación colectiva *interioriza* la lógica de la racionalidad económica, lo que convierte en objetivo prioritario la adaptación de los esquemas de regulación convencional a las exigencias imprimidas por las relaciones de mercado y de las políticas económicas”. Igualmente, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 14, donde dirá que “frente a la regulación típicamente protectora, ha cobrado carta de naturaleza la regulación “managerial” o de gestión de la empresa, con la consiguiente extensión de los márgenes del poder empresarial”. En similar línea, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 150, señala que el 41 LET y sus procedimientos para la modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo se inscribe en la finalidad descentralizadora inspiradora de la reforma de 1.994;

condiciones reguladas en un convenio colectivo, bastante más flexible jurídicamente y más operativo organizativamente que la renegociación del convenio establecida en el Título III⁹⁹⁶.

Estas tendencias han afectado al sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, a pesar de que su formulación legal se mantiene igual, porque se ha afectado “no sólo el papel atribuido a cada uno de esos cauces de regulación, sino también los criterios de articulación entre ellos y de solución de las situaciones de concurrencia”, lo que ha significado “por un lado, mayores dosis de disponibilidad de la ley, por no hablar ya de su tendencia a situarse como norma supletoria respecto del convenio colectivo; y, por otro, mayor descentralización y dispersión en la negociación colectiva, no sólo por la variedad de su ámbito, sino también por la heterogeneidad de sus productos”⁹⁹⁷, que van desde el convenio colectivo, pasando por los acuerdos de ámbito empresarial para adaptación o complemento de convenios de nivel superior, hasta los acuerdos o pactos puntuales para tratar determinadas materias o resolver concretas cuestiones como sucede con los acuerdos derivados del juego aplicativo de los párrafos 2 y 4 del artículo 41 LET.

Además, existen los llamados convenios extraestatutarios o impropios y un sin fin de pactos y acuerdos atípicos, constitutivos del amplio campo de la negociación informal, lo que nos lleva a la necesidad de delimitar cuáles son los instrumentos colectivos cuya modificación debe llevarse a cabo a través de una u otra vía de las procedimentalizadas en el artículo 41 LET. Ahora bien, la cuestión más controvertida doctrinalmente sobre los acuerdos de empresa es la problemática de su eficacia jurídica y su inserción y

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones...*, cit., pg. 38 y 39, con apoyo en la STSJ de Las Palmas de Gran Canaria, de 29 de septiembre de 1.994, AL 1.995, ref. 368, dice que “el respeto a la economía de mercado y a la productividad “tienen el mismo nivel de exigencia que la fuerza vinculante de los convenios”, por lo que “el valor normativo del convenio tiene que adaptarse a las condiciones de trabajo concretas sobre todo en los supuestos de estructura centralizada de la negociación colectiva como ocurre en nuestro ordenamiento, y una vía para tal adaptación puede ser el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁹⁹⁶ Véase GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: “La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, RL, núm. 22/1.995, pg. 34 y ss., sobre esta idea de la flexibilización negociadora como base de una estructuración más dinámica del modelo de negociación colectiva.

⁹⁹⁷ Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 14.

ubicación en el sistema de fuentes, toda vez que la normativa legal no se pronuncia expresamente sobre ello⁹⁹⁸, lo que ha propiciado la existencia de opiniones doctrinales divergentes⁹⁹⁹ y obligado a deducir la naturaleza y eficacia jurídica de los acuerdos del propio sistema del artículo 41 LET, cuestión que se tratará a continuación.

1.3.4. El procedimiento del artículo 41.2.3 LET: el debate de la modificación del convenio colectivo. El alcance del concepto

El convenio colectivo está dotado, *ex* artículo 37 CE, de una fuerza vinculante *erga omnes* dentro de su ámbito de negociación y aplicación¹⁰⁰⁰, que es el carácter normativo que nadie discute ni niega y, precisamente, por este carácter normativo no puede ser modificado más que por otro convenio, del mismo o superior ámbito, que se negocie de acuerdo con el Título III LET¹⁰⁰¹. Ahora bien, el artículo 41.2.3 LET posibilita su modificación por medio de un acuerdo entre el empresario y la representación de los trabajadores, lo que, sin duda, quiebra esa fuerza obligatoria, exigible frente a todos, propia del convenio colectivo, hasta el punto de que, incluso, parece atentar contra el derecho constitucional a la negociación colectiva¹⁰⁰², aunque, en general, la doctrina ha

⁹⁹⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el derecho español*, cit., pg. 182.

⁹⁹⁹ Una exposición de éstas en SANTOS FERNÁNDEZ, R. Y TORRENTE GARI, S.: “Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despido colectivo”, AL, núm. 1/1.995, pg. 160 y ss. Véase igualmente, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 111 y ss. y 173 y ss.

¹⁰⁰⁰ Véase, por todos, VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del trabajo*, cit., pg. 211 y ss.

¹⁰⁰¹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, cit., pg. XLVII, donde expone que “se puede afirmar que la “fuerza vinculante” *ex* art. 37.1 CE, comporta la necesidad de dotar al convenio colectivo de una fuerza jurídica objetiva, inderogable o real, que equivale en lo sustancial al reconocimiento de su “fuerza normativa” con *independencia de la modalidad de reconocimiento de dicha fuerza jurídica especial*”. Esta es la lógica en que “la Constitución Española, art. 37.1, reconoce la función normativa del convenio colectivo como forma de producción social de Derecho; y lo hace teniendo como objetivo central de la garantía constitucional la eficacia inderogable de la regulación colectiva general y abstracta” (pgs. LXXXVIII y LXXXIX).

¹⁰⁰² Dudando de su constitucionalidad, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 97, dirá que este planteamiento “supone ignorar la noción de eficacia jurídica que hasta ahora se ha venido manejando, elaborando, y consolidando por la doctrina del Tribunal Constitucional”, de lo que concluye que “se está en presencia de un precepto que podrá ser tachado de inconstitucional según todos los parámetros críticos utilizables hoy por hoy y, según, sobre todo, esa doctrina jurisprudencial”; en una línea similar, PURCALLA BONILLA, M.A. y VALLE

considerado constitucionalmente conforme la previsión modificatoria del artículo 41.2.3 *in fine* LET LET¹⁰⁰³, a diferencia de la reacción contra la posible modificación por la sola voluntad empresarial, ya sea alterando individualmente esas condiciones o por la vía colectiva del artículo 41.4 LET, puesto que era lógico no aceptar la modificación de los convenios estatutarios, por vulneradora de la fuerza vinculante de los mismos, en línea con la argumentación que el Tribunal Constitucional hace en su sentencia 92/1.992, de 11 de junio, que rechazó la posibilidad de que la Administración laboral autorizara la modificación de las condiciones reguladas en un convenio colectivo por atentatoria del artículo 37.1 CE.

Esta idea sitúa como centro del problema al artículo 37.1 CE, que delega en la ley ordinaria para que garantice el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, y la duda de si el acuerdo modificativo *ex* 41.2.3 LET vulnera ese mandato o, al contrario, lo respeta, de lo que resulta imprescindible analizar la naturaleza jurídica de ese acuerdo que puede contravenir lo estipulado convencionalmente, como se hará más adelante. Ahora bien, antes hay que precisar si por esta vía sólo cabe la modificación de los convenios colectivos estatutarios o si también es posible hacerlo con respecto a las demás manifestaciones de la autonomía colectiva.

El artículo 41.2.3 LET precisa claramente que se refiere a “las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Tit. III de la presente Ley”, lo que induce a pensar que se refiere, únicamente, a los conocidos como convenios colectivos propios o estatutarios, es decir, sólo aquellas manifestaciones del derecho a la negociación colectiva que hayan seguido las reglas de legitimación y procedimiento del Tit. III LET,

MUÑOZ, F.A.: “El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario”, en MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. (coord.), *La nueva regulación de las relaciones laborales. I Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, Univ. Rovira i Virgili, Barcelona, 1.995, pg.261; RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995, pg. 85.

¹⁰⁰³ Al respecto véase, p.e., CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 129 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 897; LAHERA FORTEZA, J.: “La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenio colectivo estatutario”, RL, núm. 5/1.997, pg. 45; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 48 y ss.

quedando excluidos los demás acuerdos y pactos colectivos, que sólo tendrían eficacia contractual¹⁰⁰⁴ y, por tanto, modificables por la vía del 41.4 en lugar de la señalada en el 41.2.3 LET.

Este no es un tema pacífico en absoluto, a pesar de que la expresión legal es tajante, puesto que los convenios, acuerdos y pactos informales también responden al derecho constitucional a la negociación colectiva y, por tanto, derivan del mandato constitucional¹⁰⁰⁵, aunque otros opinan que, en realidad, en bastantes ocasiones, responden más bien al derecho de participación de los trabajadores en la toma de decisiones en la empresa¹⁰⁰⁶.

Cuestión distinta es la del ámbito del convenio modificable, aunque dada la genérica dición legal que no especifica el ámbito de aplicación de los convenios modificables, sin distinción alguna entre convenios supraempresariales o empresariales, lo lógico sería no distinguir donde la ley no distingue¹⁰⁰⁷, aunque para algunos¹⁰⁰⁸, no obstante la

¹⁰⁰⁴ Véase CASAS BAAMONDE, M.E.: “La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos”, RL, núm. 17 y 18/1.994, pg. 296, que destaca, en este problema, el papel central que tiene el legislador en la configuración del derecho a la negociación colectiva y en la interpretación del artículo 37 CE en la reforma laboral de 1.994; igualmente, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, RL t. I/1.995, pg. 47 y ss. y 52, pone de relieve que esto es consecuencia de la consideración de la negociación colectiva como un derecho de “desarrollo legislativo” decidido en base a la “oportunidad política” sobre la “eficacia, procedimiento y estructura de la negociación colectiva”. Reticente con esta idea justificativa se muestra VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 97, al decir que “no parece que sea válido contraargumentar lo único que se podría decir: que el art. 37 de la Constitución lo que ha dispuesto es que será la Ley la que regule la fuerza vinculante de los convenios”.

¹⁰⁰⁵ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del trabajo*, cit., pgs. 212 y 213; igualmente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, cit., pg. XLVII, dirá que “cuando el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a la negociación colectiva se está reconociendo una esfera potencial de productos jurídicos resultantes de dicha negociación (convenios y una amplia diversidad de acuerdos colectivos formales e informales). De este modo, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (como procedimiento o mecanismo de autorregulación de los grupos profesionales) no puede ser interpretado restrictivamente como derecho a negociar convenios exclusivamente”.

¹⁰⁰⁶ Véase, por ejemplo, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 81 y ss.

¹⁰⁰⁷ Cfr. ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pg. 95; OJEDA AVILÉS, A.: “Barrenado de convenios y contenido esencial del derecho a la negociación colectiva”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: Puntos críticos* (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), AL, Madrid, 1.995, pg. 200; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, cit., pg. 68; CRUZ

falta de pronunciamiento explícito, como sí se hace en el artículo 82.3 LET con respecto a las cláusulas de descuelgue, la instrumentación flexibilizadora y descentralizadora del artículo 41 sólo se alcanza en la modificación de los convenios de ámbito superior para adaptar sus condiciones a la realidad concreta de la empresa¹⁰⁰⁹, lo que parece erróneo, porque también pueden ser modificados los convenios de empresa por esta vía¹⁰¹⁰, no sólo por la revisión *ante tempus* del convenio, puesto que también es acorde con la lógica flexibilizadora del precepto, tanto la adaptación de las condiciones del convenio de empresa a alguno de sus centros de trabajo, secciones o grupos profesionales, por ejemplo, como, sencillamente, adaptar las condiciones convenidas a una realidad cuyas circunstancias pueden ser diferentes a las del momento de la negociación y que exigen la necesaria adecuación de la realidad empresarial al entorno socio-económico del momento¹⁰¹¹, lo que está perfectamente en la lógica interna de la modificación

VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 131, especificando que “la mayor virtualidad práctica del modelo introducido con la reforma se sitúa en la posibilidad de efectuar una modificación de un convenio sectorial a través de un acuerdo de empresa”; igualmente, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, cit., pg. 101 y ss.

¹⁰⁰⁸ Véase MARTÍN VALVERDE, A.: “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII, 2ª ed. Madrid, 1.995, pg. 113, nota 80; VALDÉS DAL RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, RL, t.I/ 1.995, pg. 291 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones...*, cit. pg. 63 y ss.

¹⁰⁰⁹ En contra de este planteamiento se muestran PURGALLA BONILLA, M.A. y VALLE MUÑOZ, F.A.: “El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario: análisis técnico-jurídico”, cit., pg. 366 y ss., alegando que contribuye a “destruir el armazón sobre el que se sustentan los criterios de legitimación negocial de un convenio colectivo estatutario de ámbito supraempresarial”.

¹⁰¹⁰ Véanse ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, cit., pg. 37 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 900; LAHERA FORTEZA, J.: “La modificación de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 50 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, pg. 66, opina que si bien el convenio susceptible de modificación por el artículo 41.2.3 LET es el de ámbito supraempresarial, también cabe la modificación del convenio de empresa para adaptarlo a un ámbito inferior, sea este centro de trabajo o franja.

¹⁰¹¹ En esta lógica, DURÁN LÓPEZ, F.: “Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales”, cit., pg. 13 y ss.; opina que la modificación de un convenio por la vía del artículo 41 LET no responde sólo a criterios de descentralización, sino que también puede utilizarse este mecanismo legal para adaptar su contenido a circunstancias surgidas tras la entrada en vigor del convenio. En contra de esta idea, manteniendo que en estas situaciones lo que procede es la negociación *ante tempus* del convenio, de modo que la vía del 41.2.3 LET sólo es admisible para la “efectiva descentralización y adaptación en virtud de la especificidad del ámbito”, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 156.

sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 LET y de la reforma laboral. Además, en caso contrario, estaríamos aceptando una interpretación anquilosante y endurecedora del precepto, que ya criticamos con respecto a su anterior redacción, muy lejana de la predicada finalidad flexibilizadora que inspiró la actual redacción normativa.

La distinción nos puede venir de la diferenciación de los ámbitos que se pueden observar dentro del contenido esencial a la negociación colectiva: uno, el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva a través de sus representantes sin limitación de ámbito y otro, distinto, el reconocimiento de la eficacia jurídica vinculante del resultado de esa negociación con respecto a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación¹⁰¹², que ha de llevarse a cabo de forma imperativa y automática¹⁰¹³.

En este sentido, la ley concreta el derecho constitucional a la negociación colectiva configurando una diversidad de instrumentos convencionales a los que otorga determinados efectos jurídicos, fundamentándose esa diferencia en la diversidad de requisitos exigidos para la negociación y validez del acuerdo convenido, más exigentes para un convenio estatutario y menos para los pactos extraestatutarios. Por esto, siendo todos estos instrumentos negociales vinculantes, su eficacia no es equiparable a la vinculatoriedad ni a la eficacia normativa *erga omnes* del convenio colectivo, sino que es de orden contractual¹⁰¹⁴, y que alguna doctrina califica como “valor normativo”, para

¹⁰¹² en este sentido, CASAS BAAMONDE, M.E.: “La estructura de la negociación...”, cit., pg. 296, dirá que la intervención del legislador consistirá en “hacer efectivo el derecho y el resultado –el convenio colectivo-, sin limitar u obstaculizar la libertad de negociación, garantizada por la propia Constitución”.

¹⁰¹³ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal”, RMTSS, núm. 3/1.997, pg. 112.

¹⁰¹⁴ Existen numerosos pronunciamientos judiciales que subrayan la eficacia contractual de este tipo de pactos o acuerdos, como, p.e., las SSTs de 11 de julio de 2.007, Ar 6727, 25 de enero de 1.999, Ar 896, 14 de diciembre de 1.996, AS.9462, y de 17 de octubre de 1.994, AS. 8052, diciendo que “carecen de valor normativo teniéndolo sólo convencional, no integrándose en el sistema de fuentes del derecho previsto en el artículo 3.1 ET, porque su naturaleza es contractual y su fuerza de obligar encuentra fundamento en los artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 CC”; igualmente, p.e. las STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 1.996, AS 384; STSJ de País Vasco de 4 de marzo de 1.997, AS 1766; STSJ de Canarias/Las Palmas, de 5 de agosto de 1.998, AS 5650.

diferenciarlo de la eficacia normativa del convenio colectivo¹⁰¹⁵. La diferencia entre ambos valores reside en la fuerza vinculante, limitada a aquellos que lo han pactado en uso del derecho a la negociación colectiva o la fuerza vinculante normativa y general para el convenio colectivo estatutario. Igualmente, hay otra doctrina que equipara la eficacia vinculante y la eficacia normativa, sin hacer distinción entre ámbitos, de manera que consideran atentatorio al derecho constitucional a la negociación colectiva *ex artículo 37 CE* la modificación, no sólo del convenio colectivo estatutario, sino la de cualquier otro tipo de pacto, especialmente el convenio colectivo extraestatutario¹⁰¹⁶.

Ahora bien, a la cuestión de si cabe la modificación del llamado convenio colectivo extraestatutario por el procedimiento del 41.2.3 LET o si, al contrario, sólo podrá llevarse a cabo por el del 41.4 LET, hay que responder que no es posible su modificación a través del 41.2.3, sino que debe llevarse a cabo por medio del 41.4 LET. No obstante, se puede alegar que tiene una fuerza vinculante¹⁰¹⁷, aunque sea limitada a los trabajadores afiliados a los sindicatos que lo negociaron¹⁰¹⁸, por lo que su modificabilidad sin exigencia de acuerdo sería atentatoria contra los artículos 37 y 28 de la Constitución, por quebrar el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical¹⁰¹⁹. No obstante esta afirmación, se aceptaba su posible modificación únicamente por la vía del 41.2.3 LET, lo que no parece sea admisible, toda vez que,

¹⁰¹⁵ RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones entre la ley...”, cit., pg. 119, para quién el término eficacia normativa habrá que reservarlo a los convenios colectivos que revisten el carácter de fuente de derecho.

¹⁰¹⁶ En este posicionamiento, y demandando un pronunciamiento constitucional al respecto, véase, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 128 y ss.

¹⁰¹⁷ Véase GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios extraestatutarios...”, cit., quién, precisamente, en base a esta eficacia vinculante ha dicho que no podrían modificarse por medio del artículo 41 LET toda vez que ni es un convenio colectivo estatutario, modificable por el 41.2.3 LET (pg. 222), ni se encuentran dentro de los pactos o acuerdos colectivos a que se refiere el artículo 41.4 LET (pg. 224).

¹⁰¹⁸ Cfr., en esta lógica, entre otras, las SSTs de 17 de abril de 2000, Ar 3963, de 25 de enero de 1.999, Ar 896, de 30 de noviembre de 1.998, Ar.10047, de 14 de diciembre de 1.996, Ar 9462, y SSTSJ del País Vasco de 6 de julio de 2.004, AS 3832, de Cataluña de 16 de abril de 2.002, AS 2111, y de 27 de marzo de 2.000, AS 1693, y de Andalucía/Málaga de 26 de abril de 1.996, AS 1401.

¹⁰¹⁹ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41 del Estatuto...”, cit., pg. 136 y ss; BLASCO PELLICER, A.: “Autonomía individual, autonomía colectiva...”, cit. pg. 19; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones...*, cit., pg. 61 y 62; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. : *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 117 y 129.

entre otras cosas, el artículo 41 LET parece atribuirle naturaleza contractual¹⁰²⁰, lo que hace desaparecer la posible inconstitucionalidad de su modificación por medio del 41.4 LET¹⁰²¹.

Pero, por encima de todo, en la práctica se impone el mandato legal que establece que por la vía del 41.2.3 LET sólo se podrán modificar los convenios colectivos estatutarios y únicamente con respecto a las materias señaladas, es decir, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento. Igualmente se incluyen dentro de esta posibilidad una serie de acuerdos o pactos colectivos que, aunque no estén incluidos en el Tit. III LET, tienen atribuida normativamente idéntica eficacia¹⁰²², como son los acuerdos modificativos de condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, los pactos de finalización de una huelga¹⁰²³, el acuerdo en el procedimiento de mediación ante la autoridad laboral y el laudo arbitral¹⁰²⁴ a los que se refiere el artículo 91 LET, así como el acuerdo en conciliación prejudicial en el proceso de conflicto colectivo¹⁰²⁵. En consecuencia, las condiciones de trabajo que incluyan también pueden ser objeto de modificación por este procedimiento basado en la obligatoriedad del acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa.

¹⁰²⁰ Véase, en este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCNI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 203.

¹⁰²¹ Sobre esta cuestión véase *infra*.

¹⁰²² Véase , ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, RL, t.I/1.994, pg. 1399; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos...”, cit., pgs. 262 y 263; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, RL, t.II/1.996, pg. 361; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 156.

¹⁰²³ RD Ley 17/1.997, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, artículo. 8.2.

¹⁰²⁴ *Ibidem*, artículo 24.

¹⁰²⁵ Artículo 154.2 LPL.

1.3.4.1. La naturaleza jurídica del acuerdo modificativo

Llegados a este punto hay que precisar la naturaleza jurídica de los acuerdos modificativos de los convenios estatutarios, porque si hemos dicho que sólo el convenio colectivo estatutario debe ser modificado necesariamente mediante el acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa exigido en el procedimiento del 41.2 LET, el acuerdo modificadorio del convenio podría, al no ser un convenio colectivo, verse modificado, a continuación, por el cauce del 41.4 LET, en que el acuerdo debe ser intentado, pero sin que sea imprescindible su consecución, de tal manera que si éste no es posible, una vez finalizado el período de consultas, el empresario unilateralmente puede decidir la modificación. De esta forma, la esencia del derecho a la negociación colectiva se habría defraudado, aunque su disponibilidad haya sido por un instrumento colectivo, que si se califica como convenio extraestatutario o impropio no podrá impedir, en segunda instancia, la disponibilidad unilateral del empresario del contenido del convenio, y ya hemos concluido anteriormente que esto no es posible.

La posición doctrinal mayoritaria es que el acuerdo modificativo es el resultado de un proceso informal de negociación colectiva dotado, a su vez, de eficacia normativa y general¹⁰²⁶, que sería el único modo de salvar la inconstitucionalidad del procedimiento modificadorio *ex* 41.2.3 LET si no se le concede a este acuerdo eficacia normativa y general, porque el legislador lo que pretende, estableciendo el procedimiento

¹⁰²⁶ Sobre esta cuestión, atribuyéndole naturaleza normativa puesto que su fin es modificar un convenio estatutario que sí cumple los requisitos del Tit. III, aunque él no los cumpla rigurosamente, pueden verse, p.e., RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo...”, cit., pg. 115; CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 130 y ss.; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, cit., pg. 112 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa”, en AA.VV., *La reforma del mercado laboral* (F. Valdés Dal Ré, dir.), Lex Nova, Valladolid, 1.994, pg. 55; *idem*: “Una nueva ordenación de poderes en las relaciones laborales”, *Reforma Laboral y Negociación Colectiva*, VII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, MTSS, 1.995, pg. 88; CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?”, cit., pg. 2; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 27 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 930. En idéntico sentido, aunque con referencia al descuelgue salarial, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial”, RL, núm. 23/1.995, pg. 130 y ss.

modificatorio del 41.2.3 LET, es evitar la individualización y la dispositivación de las relaciones laborales y, en esta lógica, sería un fraude de ley que dicho acuerdo pudiera terminar siendo alterado por la sola voluntad empresarial, aunque también hay otra doctrina que atribuye a estos acuerdos naturaleza contractual¹⁰²⁷.

De este planteamiento se evidencia la necesidad de reconocer a estos acuerdos eficacia normativa, que ya no vendría derivada del artículo 37 CE, sino de la regulación singular que se contiene en el artículo 41 LET, entre la que figura su peculiar relación con los convenios colectivos estatutarios, o más exactamente del Tít. III¹⁰²⁸. Así, estos acuerdos están dotados de una fuerza vinculante que se traduce en eficacia normativa, a pesar de que en su negociación no se hayan seguido estrictamente los trámites del Tít. III LET¹⁰²⁹, idea, por otra parte, completamente acorde con la pretendida potenciación de la negociación colectiva, puesto que, al permitir un cierto grado de informalidad en la negociación del acuerdo, se favorece su consecución¹⁰³⁰. Así, nos encontramos emplazados ante lo que se ha calificado como una tercera vía intermedia, un *tertium genus*, un híbrido entre el convenio colectivo estatutario y el extraestatutario que

¹⁰²⁷ Véanse, MONTOYA MELGAR, A.: “Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral”, DL, núm. 49/1.996, pg. 27; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: Derecho del Trabajo, cit., pgs. 1.133 y 1.134; OJEDA AVILÉS, A.: “Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos”, AL, núm. 17/1.995, pg. 263 y ss.; *idem*: “Contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y nuevo artículo 41.4 ET”, en *Los protagonistas laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo (coord. Jesús Cruz Villalón), Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1.995, pg. 84.

¹⁰²⁸ Según CASAS BAAMONDE, M.E.: “Ley, autonomía colectiva...”, cit., pg. 237, esta es la posición mayoritaria, aunque señala que “los esfuerzos doctrinales desarrollados, no acaban de explicar convincentemente el fundamento de la eficacia normativa. Pues de no derivarse del artículo 37, no hay punto de partida o soporte jurídico hábil del que deducir dicha eficacia”. En similar sentido CORREA CARRASCO, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1.997, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en *La reforma de la negociación colectiva (coord. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Salvador del Rey Guanter)*, 1.995, pgs. 67 y 68, y VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 59.

¹⁰²⁹ Señala CASAS BAAMONDE, *ibidem*, que son convenios extraestatutarios por su absoluta informalidad, en cuanto no están sujetos a las exigencias legales sobre procedimiento negociador, registro, depósito y publicación y exentos de las técnicas de control administrativo existentes en la regulación del título III del ET.

¹⁰³⁰ Véase, en esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 134; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, cit., pg. 68; CASAS BAAMONDE, M.E.: “La estructura de la negociación...”, cit., pg. 299. GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, CES, 1.998, pg. 38 y ss.

participa del régimen jurídico de ambos¹⁰³¹, aunque esta vía parece problemática de seguir.

En cambio, parece mas acertado pensar, como hace otra doctrina, que los acuerdos de empresa tienen, desde el punto de vista de la eficacia jurídica, *valor normativo* y, desde la eficacia personal, *eficacia general*, en tanto en cuanto cumplan los requisitos de legitimación y de mayorías en la adopción de los acuerdos y traten los asuntos que les encarga la ley, produciendo así los efectos de los convenios colectivos del Tit. III LET¹⁰³², toda vez que, aunque no cumplen todos los requisitos formales exigidos en el Título III, su reconocimiento y regulación son innegables¹⁰³³, llegando a ser calificados por algunos autores como convenios estatutarios extra Título III¹⁰³⁴. En este sentido, estas posiciones se fundan en que para la válida adopción de estos acuerdos se exigen unos requisitos de legitimación para negociar y un régimen de adopción de acuerdos coincidentes con los exigidos para la negociación de los convenios colectivos de ámbito empresarial o inferior por los artículos 87.1 y 89.3 LET¹⁰³⁵. Otro argumento es que

¹⁰³¹ Cfr. ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, cit., pg. 23; igualmente, aunque con respecto a los despidos colectivos, TORRENTE GARI, S. y SANTOS FERNÁNDEZ, R.: “Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en proceso de despido colectivo”, *AL*, núm. 10/1.996, pg. 151 y ss. En el mismo sentido, respecto de los acuerdos modificativos.

¹⁰³² Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español*, cit., pg. 182.

¹⁰³³ En este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...* cit., pg. 160.

¹⁰³⁴ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los trabajadores tras la reforma de 1994”, cit. pg. 130; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral”, *AL*, núm. 6/1.995, pg. 97; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 28 y ss.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial”, cit., pg. 57; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa”, cit., pg. 55.

¹⁰³⁵ En este sentido, VALLEJO DA COSTA, R.: “La autonomía colectiva en el sistema de modificación sustancial de condiciones de trabajo: sobre los pactos y los convenios colectivos”, en AA.VV. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. (coord.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Univ. Rovira i Virgili, 1.995, pgs. 449 y 450; en sentido similar, aunque más matizadamente, APILLUELO MARTÍN, M.: “Los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1994”, *AL*, núm. 9/1.995, pg. 142, considera que se produce una asimilación en los efectos al convenio colectivo estatutario sin llegar a tener la consideración de tal, es decir, la representación negociadora establecida para su adopción, generaría, a su juicio un efecto aplicativo de generalización igual al del convenio colectivo.

mediante este tipo de acuerdos se modifican convenios colectivos estatutarios, por lo que deben equiparse al convenio colectivo¹⁰³⁶. A su vez, otros han argumentado que debe ser así por que “las materias en las que la ley admite los referidos acuerdos son de configuración general, versan sobre aspectos esenciales de la organización del trabajo”¹⁰³⁷.

Se puede concluir con la idea de que todos estos datos nos aportan elementos que sugieren una equiparación jurídica entre el convenio colectivo estatutario y estos acuerdos colectivos, si bien aparece un obstáculo para su asimilación como norma heterónoma de derecho objetivo, como es atribuir valor normativo¹⁰³⁸ a acuerdos que no se someten enteramente al procedimiento de elaboración y tramitación de los convenios colectivos previstos en los artículos 89 y ss. LET, cuyo establecimiento se configura como premisa previa a la atribución de tal eficacia¹⁰³⁹.

Ahora bien, el panorama cambia si aceptamos que el acuerdo colectivo es una manifestación del artículo 37 CE y que, en consecuencia, su fuerza vinculante deriva

¹⁰³⁶ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “El papel del convenio colectivo...”, cit., donde señala que los acuerdos de empresa son fórmulas de integración de vacíos normativos que carecen de legitimidad para abordar la regulación de una determinada materia en contraposición a lo establecido en un convenio colectivo, porque el acuerdo de empresa carece de legitimidad para regular materias que la negociación colectiva ha fijado (pg. 95). No obstante, admite que en los supuestos del artículo 41 LET su naturaleza es de auténticos convenios colectivos, argumentando que no se trata de establecer reglas en defecto de convenio, sino de alterar lo pactado en un convenio ya existente (pg. 97). VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 292, se mueve en una línea similar, cuando dice que “el acuerdo modificativo sólo puede ser considerado un convenio colectivo estatutario (...). Por eso, los acuerdos modificativos del convenio colectivo son el resultado de un proceso de negociación colectiva que se impone como necesario para alterar el convenio colectivo”.

¹⁰³⁷ Cfr. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Ley, convenios colectivos...”, cit., pg. 55.

¹⁰³⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 183, donde cita, aunque referida a los despidos colectivos, la STSJ Andalucía de 3 de abril de 1.992, AS 6480, que atribuye a estos acuerdos eficacia normativa; para un comentario sobre esta sentencia, véase GÓMEZ CABALLERO, P.: “El valor del Acuerdo de regulación de empleo del art. 51.5 del Estatuto de los Trabajadores y el derecho a contratar”, RL, 1.992, t.II, pg. 476 y ss.

¹⁰³⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *ibidem*, pg. 183, señalan que “el principal escollo para mantener su eficacia jurídica normativa viene constituido por la carencia de publicidad de tales acuerdos en clara contradicción con la exigencia contenida en los artículos 9.3 de la CE y 2.1 CC, que establecen la necesidad de publicación oficial para la eficacia de las normas jurídicas”. Sobre la publicación oficial como requisito esencial y previo a la existencia y vigencia de las normas jurídicas escritas, especialmente sobre el convenio colectivo estatutario, véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención de la Administración laboral en la tramitación y en el control de legalidad de los convenios colectivos erga-omnes”, REDT, núm. 32/1.987, pg. 530 y ss. y la bibliografía allí citada.

directamente de la garantía constitucional a la negociación colectiva, lo que nos permite sostener, en este orden de cosas, la equiparación de este tipo de acuerdos con el convenio colectivo *ex* artículo 37 CE¹⁰⁴⁰. Esta garantía constitucional extiende sus efectos a todos los productos jurídico negociales derivados de la autonomía colectiva, no sólo al reconocimiento de la fuerza normativa vinculante del típico convenio estatutario del Tit. III¹⁰⁴¹. Ahora bien, esto no implica, a pesar de que estos acuerdos puedan modificar lo dispuesto en un convenio colectivo en base a lo dispuesto en la propia LET, que su naturaleza jurídica sea equiparable, puesto que se debe diferenciar entre lo que pueda ser una aproximación funcional y la verdadera naturaleza jurídica del acuerdo¹⁰⁴². Y el acuerdo dispone de esa funcionalidad, porque la ley así lo establece al modular la eficacia del convenio colectivo¹⁰⁴³ buscando la flexibilidad y adaptabilidad del sistema de relaciones laborales a las coyunturas de la economía y del empleo que afectan a las organizaciones empresariales¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴⁰ Para MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *ibidem*, pg. 184, así se renueva “el problema hermenéutico planteado por tal cláusula abierta”; véanse, además, VALDÉS DAL RÉ, F.: “La negociación colectiva en la Constitución”, *RPS*, núm. 121/1.979, pg. 496 y ss.; *idem*: “El paradigma legal en la negociación colectiva”, *RL*, t.I/1.990, pg. 268 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La intervención de la Administración laboral...”, cit., pg. 519 y ss.; *idem*: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, cit., pg. 261 y ss.; DURÁN LÓPEZ, F.: “El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva”, *RL*, núm. 15-16/1.990, pg. 16 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: “Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos”, cit., pgs. 254-255; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, cit., pg. 51 y ss.

¹⁰⁴¹ Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *ibidem*, pg. 184

¹⁰⁴² Acerca de la dialéctica estructura-función, véase BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría general del derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Valencia, 1.980, pg. 241 y ss.

¹⁰⁴³ En esta línea, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pg. 22.

¹⁰⁴⁴ Cfr. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994”, en *La reforma de la negociación colectiva* (coord. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Salvador del Rey Guanter), 1.995, pg. 198.

1.3.5. El procedimiento del párrafo 4º del 41.4 LET. La modificación de las condiciones colectivas de carácter contractual

Cuando el texto normativo, en el artículo 41.2 LET, se refiere a la modificación de las condiciones de trabajo colectivas habla de “acuerdos y pactos colectivos”, usando una expresión que no es unívoca, sino que engloba una diversidad de instrumentos negociales que plantean multitud de cuestiones acerca de su naturaleza jurídica y de su función en el sistema de fuentes, así como de interrelación con los convenios colectivos estatutarios¹⁰⁴⁵, que se deben precisar para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 41 LET, en concreto del procedimiento expuesto en su párrafo número 4, para, de esta manera, identificar los acuerdos y pactos colectivos que son susceptibles de modificación por este cauce procedimental, puesto que el texto normativo se refiere, sin más, a la modificación de “acuerdos y pactos colectivos”, quedando para el interprete la labor de asignación del procedimiento modificadorio concreto, deduciéndolo del conjunto de la regulación legal, lo que no es una labor que haya promovido precisamente unanimidad en las interpretaciones.

Para delimitar los acuerdos y pactos colectivos objeto del procedimiento del 41.4 LET no puede olvidarse que estos acuerdos, en última instancia, pueden ser objeto de modificación por la voluntad unilateral del empresario, puesto que, por esta vía modificativa, el acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario debe ser intentado, pero no es preceptiva su consecución, de modo que, una vez cumplido el trámite de consultas en vistas al acuerdo, si este no se consigue será la sola

¹⁰⁴⁵ Poniendo de relieve su problemática, véase GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 21 y 22: “la expresión “acuerdos de empresa” no es exactamente de origen legal, sino que responde más bien a una especie de convención doctrinal sobre su alcance y significación; aporta, de cualquier modo, una notable carga expresiva e indudables facilidades de uso, sobre todo con vistas a su distinción del convenio colectivo típico. De ahí, quizá, que sea una expresión de gran tradición en nuestro sistema, y de uso frecuente en la práctica jurisdiccional. Es, asimismo, una expresión de síntesis, con la que es posible aludir a una realidad dispersa y variada, que no tiene en la ley una consideración uniforme, y que aparece en los textos legales carente de una ordenación sistemática”. “Por otra parte, la ley no atribuye a los acuerdos de empresa una regulación precisa. Parecería que el legislador ha agotado sus esfuerzos en impulsar la figura, eludiendo pronunciarse sobre sus perfiles jurídicos, o dejando esa tarea para mejor ocasión; no hay datos seguros, en particular, sobre cuestiones tan básicas en una fuente de regulación como las que atañen a su naturaleza jurídica, su modo de elaboración, su eficacia jurídica y personal, o su articulación con otras fuentes”

voluntad empresarial la que decida la conveniencia de la modificación. De aquí que no puedan ser modificados acudiendo al 41.4 LET los convenios o acuerdos que estén dotados de eficacia normativa, como son los que hemos visto cuando hemos tratado de las posibilidades de modificación del convenio por la vía prevista en el artículo 41.2.3 LET. Por eso, el punto de partida unánimemente aceptado es que no pueden modificarse por el 41.4 los convenios colectivos estatutarios del Tit.III y aquellos acuerdos que se asimilan o se integran en éstos¹⁰⁴⁶, como sucede, por ejemplo, con el acuerdo modificativo del convenio estatutario que no puede ser modificado por esta cauce, como ya hemos señalado, puesto que si se permitiera estaríamos defraudando la fuerza normativa del convenio, al permitir su modificación por la voluntad unilateral del empresario, aunque fuese en una segunda vuelta, por lo que el acuerdo será siempre necesario para ello.

Ahora bien, si no son los convenios estatutarios ni los acuerdos asimilados, ¿cuáles son los acuerdos y pactos cuya alteración se sustancia por el 41.4 LET? La respuesta difiere en función del sector doctrinal al que acudamos: por un lado están los que opinan que pueden incluirse todo tipo de acuerdos o pactos, incluidos los acuerdos de empresa alcanzados en defecto de convenio colectivo¹⁰⁴⁷, por otro los que excluyen los convenios extraestatutarios negociados por sujetos sindicales¹⁰⁴⁸, y, finalmente, aquellos

¹⁰⁴⁶ Véase *supra*.

¹⁰⁴⁷ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (en torno al artículo 41)”, cit., pg. 882. Para SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico...*, cit., pg. 201 y ss, pueden ser modificados por este procedimiento todos los “los productos negociales previstos a lo largo del articulado estatutario que no se ajustan a las exigencias del T. III. Se trata de los acuerdos sustitutorios de convenio colectivo y los acuerdos alcanzados en período de consultas previstos en los artículos 40.2, 41.4, 47.1 y 51.4. Y también los convenios colectivos extraestatutarios”; igualmente, BEJARANO HERNÁNDEZ, a.: “Modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 102; ALFONSO MELLADO, C, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos...*, cit., pg. 22, aunque parecen aceptar, en principio, la modificación de los acuerdos de empresa por esta vía, concluyen exigiendo para ello el mismo régimen modificativo instituido para las condiciones nacidas de convenio colectivo.

¹⁰⁴⁸ GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios extraestatutarios...”, partiendo de la eficacia jurídica contractual (pg. 225), rechaza la modificabilidad en base, esencialmente, al origen subjetivo de este instrumento negocial: una manifestación del derecho a la negociación colectiva, sólo puede modificarse por otro instrumento colectivo (pg 220); la negociación por sujetos diferentes a los que convinieron quiebra el sistema de negociación garantizado constitucionalmente por el 37 y 28, en conexión con el 7 CE(pg. 229); según el Derecho común, un contrato sólo puede ser modificado por un acuerdo de voluntades de los mismos que lo negociaron(pg. 229). Únicamente admite la modificación si el convenio extraestatutario a modificar es

que rechazan la modificación de cualquier tipo de acuerdo o pacto colectivo, sea o no estatutario, por ser instrumentos negociales dotados de eficacia normativa derivada del artículo 73.1 CE¹⁰⁴⁹.

Ahora bien, en nuestra opinión, sólo se podrá acudir a esta vía para la modificación de los acuerdos o pactos colectivos que no tengan naturaleza normativa o que no hayan servido como instrumento modificador de éstos¹⁰⁵⁰ y que ya hemos señalado anteriormente que deben sustanciarse por el 41.2.3 LET. En concreto, todos aquellos acuerdos o pactos que no se han concertado de acuerdo con las reglas del Tit. III y que, por tanto, se considerará que tienen naturaleza contractual, como son los acuerdos y convenios colectivos informales y/o extraestatutarios¹⁰⁵¹ e, incluso, el acuerdo al que se pueda llegar en el período de consultas *ex* artículo 41.4 LET, que puede ser modificado de nuevo por el mismo procedimiento por el que se acordó si vuelven a concurrir las circunstancias justificativas exigidas por la norma.

En este sentido y en referencia a los convenios colectivos extraestatutarios, que son los acuerdos que presentan más dudas sobre su inclusión o no en el 41.4 LET¹⁰⁵², hay que

de ámbito supraempresarial, el acuerdo se negocia por representantes sindicales que sean mayoría en los comités afectados y sean del mismo sindicato que negoció el convenio que se está modificando (pg. 230).

¹⁰⁴⁹ Excluyendo la posibilidad de modificación del convenio extraestatutario, como expresión del derecho a la negociación colectiva *ex* 37.1 CE, véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pg. 136-138; BLASCO PELLICER, A.: “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 24; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Usos de empresa...”, cit., pg. 23 y 24; ALFONSO MELLADO, C, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pg. 1.399, la supeditan “en función de la decisión que se adoptase acerca de su naturaleza jurídica (caso de atribuirles naturaleza normativa)”.

¹⁰⁵⁰ En este mismo sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 201, señala que excluyendo también del cauce del 41.4 LET el acuerdo modificativo del convenio colectivo se evita “un descuelgue no buscado por el legislador”.

¹⁰⁵¹ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial... Algunos problemas...”, cit. pg. 261 y 262; *Ídem*: “La modificación sustancial... En torno al artículo 41”, cit., pg. 882, expone que la expresión “acuerdo o pacto colectivo” debe “incluir tanto los acuerdos de empresa estipulados en defecto de convenio colectivo, como los convenios extraestatutarios y la restantes manifestaciones de pactos de empresa informales, con la única excepción de los acuerdos de empresa que modifiquen condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos elaborados con arreglo a lo dispuesto en el Título III ET”.

¹⁰⁵² En cuanto a la eficacia jurídica de los convenios colectivos extraestatutarios existen diversas concepciones, fruto de las cuales será el considerarlos modificables o no por el cauce del 41.4 LET. Opinan que tienen eficacia jurídica contractual, BORRAJO DACRUZ, E.: “La obligatoriedad general o

considerar que, aunque deriven en última instancia del derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 CE, a los convenios extraestatutarios se les considera que tienen naturaleza contractual, llegándose a basar ésta en el Código civil¹⁰⁵³, y eficacia personal limitada a los afiliados a las organizaciones sindicales firmantes¹⁰⁵⁴, de manera similar a lo que se refiere a los demás pactos y acuerdos informales¹⁰⁵⁵. No obstante este anclaje constitucional último, sí que es predicable de estos instrumentos de negociación una naturaleza y una función participativa en las decisiones de la empresa¹⁰⁵⁶, sin excluir, por supuesto, su carácter regulador, vinculante para quienes lo han establecido como expresión de su autonomía colectiva¹⁰⁵⁷. Ahora bien, si además configuramos los

limitada de los convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, Edersa, Madrid, 1.980; OJEDA AVILÉS, A.: “Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos”, cit.; GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La modificación sustancial de las condiciones ...”, cit.). Una opinión intermedia, hablando de la “eficacia real” de los convenios extraestatutarios, es la de VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, ACARL, Madrid, 1.988, o la de MERCADER UGUINA, J.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, Madrid, 1.994, pg. 337 y ss. Por el contrario, considerando que el convenio colectivo extraestatutario tiene naturaleza normativa y fuerza vinculante ex 37.1 CE, véase SALA FRANCO, T.: *Los convenios colectivos extraestatutarios*, IES, Madrid, 1.981; CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, cit.

¹⁰⁵³ La jurisprudencia laboral, partiendo de la naturaleza contractual de los convenios extraestatutarios, ha fundamentado su fuerza de obligar en los artículos 1.254 a 1.258 del Código Civil y en la carencia de todo valor normativo. Véase, p.e., STS, de 25 de enero de 1.999, Ar 896, dictada en unificación de doctrina y STSJ de Galicia, de 6 de abril de 1.999, AS 847.

¹⁰⁵⁴ Véase, p.e., STS de 11 de julio de 2.007, Ar 6727, y SSTSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 39 de septiembre de 2.005, AS 3032, y de 27 de septiembre de 2.002, AS 885, y de Castilla-La Mancha de 15 de diciembre de 2.004, JUR 64773.

¹⁰⁵⁵ En esta línea, la STS de 21 de enero de 1.997, AL, ref.589/1.997, que, a propósito de un pacto de reorganización productiva ex artículo 51 LET, dice que se trata de un “pacto o convenio impropio fuera de convenio estatutario, pero producto de la negociación colectiva constitucionalmente reconocida en el artículo 37 CE; un acuerdo informal carente de eficacia normativa o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas; que no crean derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual (...), aunque en esta materia hay algo más que un simple marco de la teoría general de las obligaciones y contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores”. En similar sentido, RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones entre la ley...”, cit., pg. 115.

¹⁰⁵⁶ Véase, en este sentido, RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones entre la ley...”, cit., pg. 115, donde se refiere a que “son esencialmente un procedimiento de adopción de decisiones y de contractualizar el ejercicio del poder de dirección”, función, que se predica de todos los acuerdos de empresa, aunque la misma no se da en todos los casos con la misma intensidad”, con la exclusión del acuerdo modificativo del convenio colectivo, que considera un acuerdo sobre materia concreta. En similar línea, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg...

¹⁰⁵⁷ Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 128. En línea similar, RIVERO LAMAS, J.: *Ibidem*, lo califica, por esto, como un “contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores”.

acuerdos de empresa como manifestaciones del derecho de participación de los trabajadores, no cabe duda que es factible su modificación por el procedimiento previsto en el artículo 41.4 LET, es decir, por decisión unilateral del empresario¹⁰⁵⁸.

Asimismo refuerza su carácter contractual una interpretación conjunta de lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 del artículo 41 LET, por cuanto el legislador prevé la modificación de las condiciones contenidas en estos pactos por la misma vía, en última instancia, que para las condiciones individuales, aunque, eso sí, se establece una vía de participación en la decisión de los representantes de los trabajadores, toda vez que el instrumento jurídico modificado es de carácter colectivo¹⁰⁵⁹.

Este planteamiento supone que las condiciones laborales negociadas en un convenio extraestatutario, al ser contractuales, una vez incorporadas al contenido del contrato individual, implican la desaparición del convenio como instrumento colectivo de fijación de condiciones laborales¹⁰⁶⁰ y la aceptación como válida para su modificación del párrafo 4 del artículo 41 LET, puesto que la posibilidad de modificación sustancial por la voluntad unilateral del empresario, posibilidad siempre presente en este cauce procedimental, únicamente se puede ejercer sobre las condiciones contractuales, cualquiera que sea su origen, ya figure en el contrato individual, ya deriven de una decisión unilateral del empresario, ya de pactos o acuerdos colectivos.

La aplicación de esta teoría a los convenios extraestatutarios llevó al planteamiento de la posible inconstitucionalidad de su modificación unilateral por el empresario, de acuerdo al artículo 41 LET, por atentatoria al artículo 37.1 CE, que fue rechazada por el Defensor del Pueblo, precisamente siguiendo la doctrina judicial señalada, puesto que

¹⁰⁵⁸ Admitiendo la modificación por la vía del 41.4 LET, véase, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial ... Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 261 y ss.; *Ídem* : “La modificación sustancial... En torno al artículo 41”, cit., pg. 882; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 376; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de las condiciones de trabajo”, RL, t.II/1.996, pg. 361.

¹⁰⁵⁹ En este sentido, véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 202 y 203.

¹⁰⁶⁰ Véase, en este sentido, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones ...*, cit., pg. 108.

es “esta calificación jurisprudencial de los acuerdos o pactos extraestatutarios la que permite concluir que, al tener las condiciones incluidas en estos pactos un origen contractual, el procedimiento previsto en el apartado cuarto, en relación con el primer inciso del apartado segundo, ambos del art. 41 del ET, se acomoda a la doctrina contenida en la sentencia del TC 92/1.992, de 11 de junio”¹⁰⁶¹.

De manera similar, algunos plantean como problemática la modificación *ex* artículo 41.4 LET de los acuerdos de empresa convenidos en defecto de convenio colectivo aplicable, que no tienen porque coincidir con los convenios extraestatutarios, aunque así suceda con frecuencia, basando sus dudas en que tanto el contenido como la función que cumplen este tipo de pactos aproximan su naturaleza jurídica a la normativa propia del convenio colectivo del Tit. III, deduciendo de aquí que para su modificación sería más apropiada la tramitación del 41.2 LET, que exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores¹⁰⁶². Ahora bien, parece más oportuno pensar, dada la informalidad de su negociación¹⁰⁶³ y convenirse extramuros de las reglas del Tit. III, que parece clara su colocación entre los acuerdos o pactos que se incluyen en el ámbito modificativo del 41.4 LET, por su carácter contractual.

1.3.5.1. La naturaleza del acuerdo modificativo

El acuerdo previsto en el procedimiento del párrafo 4 del artículo 41 LET es uno de los llamados “acuerdos de reorganización productiva”, de los que se predica un carácter

¹⁰⁶¹ En contra, opinando que las condiciones de trabajo incorporadas a los llamados pactos de empresa, de los que se predica la eficacia estatutaria, serían inatacables para el poder modificador que el artículo 41 atribuye al empresario: PÉREZ DE LOS COBOS-RIERA VAYREDA, cit., pg. 1.117; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1.994, pg. 194; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico”, RL núm. 4/1.995, pg. 119; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de...” cit., pg. 376; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.995, pg. 666; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “El papel del convenio colectivo como fuente del derecho...”, cit., pg. 97.

¹⁰⁶² Véase, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos...*, cit., pg. 22.

¹⁰⁶³ Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 116, que resalta que como el legislador no se ha pronunciado sobre el procedimiento para llevar a cabo la negociación, “parece que la misma discurrirá por cauces menos formales”.

estrictamente contractual, por cuanto responde, no a una función general de regulación de condiciones laborales como sucede con el convenio colectivo, sino a un encargo específico como es la resolución de un problema concreto y coyuntural, sirviendo como un instrumento más a disposición de la empresa para obtener una adecuada organización del trabajo¹⁰⁶⁴. Los acuerdos de reorganización productiva son aquellos que tienen por objeto la adopción de medidas de traslado, de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión y extinción de contratos de los artículos 40, 41, 47 y 51 LET, es decir que implican una reorganización de efectivos en la empresa¹⁰⁶⁵, y que tienen en común que parten en su negociación de una propuesta empresarial relacionada con la organización del trabajo y la planificación productiva, por lo que afectan en uno u otro sentido al personal de la empresa.

Por otra parte, la naturaleza de su función, más que establecer una fuente de regulación, es la de procedimentalizar la adopción de decisiones, en cuanto que ordenan el ejercicio de los poderes empresariales regulando las condiciones de legitimidad y de validez para la imposición de su voluntad¹⁰⁶⁶, al forzar que el ejercicio del poder directivo se someta a la negociación con los representantes de los trabajadores, siquiera como exigencia de tramitación, aunque no sea necesario llegar al acuerdo. Desde esta perspectiva, es claro que estos acuerdos se muestran más cerca de la idea de participación en la empresa que de la negociación colectiva, constituyéndose en la única posibilidad que los trabajadores tienen a su disposición para, sino frenar la decisión empresarial, sí reconducirla adecuándola mejor a sus intereses¹⁰⁶⁷, lo que se muestra con la exigencia legal de intentar el acuerdo, exigiendo un período de consultas para ello como trámite preceptivo previo a la modificación. De aquí que no sea obligatorio que el acuerdo, si se alcanza, se

¹⁰⁶⁴ Véase, en este sentido, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 195 y ss.

¹⁰⁶⁵ Véase, GARCÍA MURCIA, *ibidem*, pg. 78. Igualmente, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos de reorganización productiva”, cit., pg. 145.

¹⁰⁶⁶ cfr. VIDA SORIA, J.: *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...*, cit. pg. 88.

¹⁰⁶⁷ Véase GARCÍA MURCIA, *ibidem*, pg. 80., donde se refiere a que “desde el punto de vista del buen funcionamiento de las relaciones laborales en la empresa, parece condición casi necesaria el acuerdo entre las partes; de otro modo, la aplicación de la medida podría generar tensiones y conflictos. De ahí que la consulta previa actúe, al menos, como “consulta preventiva” de situaciones conflictivas, lo cual está muy cerca del acuerdo, muy incentivado, como hemos dicho, por otras previsiones legales”.

limite a la aprobación de la propuesta empresarial, pudiéndose establecer reglas sobre las condiciones de trabajo que van a regir en adelante, así como los derechos y obligaciones de los trabajadores afectados.

En cualquier caso, sí parece posible modificar unilateralmente por el empresario algunos acuerdos de empresa, como los acuerdos de reorganización productiva y, particularmente, los referidos a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo recogidas en acuerdos o pactos colectivos, puesto que, entre otras cosas, este acuerdo tiene su origen en la modificación de convenios y pactos de eficacia contractual, modificables unilateralmente por el empresario, por lo que no tiene mucho sentido una sobreprotección del nuevo contenido negociado¹⁰⁶⁸, máxime cuando estos pactos pueden ser modificados, en última instancia, por la única voluntad del empresario. Es decir, que estos acuerdos concluidos en los períodos de consultas, no disponen de fuerza inderogable ni fuerza *erga omnes*, ni son indisponibles para las partes afectadas por las modificaciones colectivas, a pesar de que “las cláusulas de sometimiento a los procedimientos extrajudiciales de composición forman parte del contenido obligacional de un convenio estatutario”¹⁰⁶⁹.

1.4. LA DISTINCIÓN ENTRE MODIFICACIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

1.4.1. Planteamiento general

Una novedad importante de la actual redacción del artículo 41 LET fue la introducción de la distinción individual-colectivo referida a la modificación sustancial de las

¹⁰⁶⁸ En este sentido, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones...”, cit., pg 281, quién ha predicado de los acuerdos alcanzados en el período de consultas *ex* artículo 41 LET su carácter de acuerdos no revestidos de fuerza inderogable ni indisponible para las partes afectadas por las modificaciones.

¹⁰⁶⁹ RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 281. En contra, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma...”, cit., pgs. 151-153.

condiciones de trabajo. Esta novedad, que tiene un indudable matiz flexibilizador¹⁰⁷⁰, completamente acorde con la filosofía inspiradora de la reforma y del precepto, implica la superación de determinados límites, que habían sido considerados hasta entonces consustanciales al procedimiento regulado en el artículo 41 LET, para posibilitar un “uso más amplio de la institución modificativa”¹⁰⁷¹.

De esta manera, regulando expresamente tanto las modificaciones individuales como las colectivas, se solucionó de manera definitiva la duda interpretativa, planteada desde mucho tiempo atrás, acerca de si la anterior redacción del artículo 41 LET se refería a modificaciones de las condiciones de trabajo individuales o colectivas, aunque ya la doctrina¹⁰⁷² y la jurisprudencia¹⁰⁷³ habían ido admitiendo la inclusión de las modificaciones individuales. Sin embargo, su expreso reconocimiento normativo conlleva, además, la previsión de un procedimiento específico para ellas, diferente del previsto para las modificaciones de carácter colectivo. De esta manera, no puede modificarse una condición contractual individualizada a través de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, para los que son indisponibles las condiciones de trabajo individuales, quedando así el campo de actuación del acuerdo colectivo modificador restringido, únicamente, a las condiciones colectivas. De este modo, el legislador de 1.994 ha resuelto así los problemas que suscitaba el viejo artículo

¹⁰⁷⁰ En esta línea, entre otros, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo en la reforma”, T.S. núm. 74/1.997, pg. 19.

¹⁰⁷¹ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 122.

¹⁰⁷² Véanse, p.e., PLANAS PUCHADES, L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 99 y ss.; MONGE RECALDE, J.L.: “La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (doctrina jurisprudencial)”, RL, núm. 3/1.990, pg. 120 y ss.

¹⁰⁷³ Como se ha señalado, se puede constatar una cierta evolución jurisprudencial: las primeras sentencias que interpretaron el precepto limitaron su aplicación a las modificaciones colectivas (SSTCT de 27 octubre de 1.982, de 25 de marzo de 1.983, 27 de marzo de 1.983 y 27 de mayo de 1.983), aunque a partir de la STCT de 5 de marzo de 1.984, Ar 2081, se produce una inflexión y se permite la utilización del artículo 41 tanto para las modificaciones individuales como para las colectivas (STCT de 1 de octubre de 1.984, Ar 7313, 11 de marzo de 1.985, 26 de marzo de 1.985, 3 de noviembre de 1.986 y 26 de octubre de 1.987 y SSTS 5 de marzo de 1.985, 13 de junio de 1.985 y de 13 de mayo de 1.986, Ar 2538, y 13 de junio de 1.988, Ar 5279), no obstante algunas retenciones (STSJ Cataluña 28 de octubre de 1.992, AS 5161, y STSJ Madrid 21 de octubre de 1.994, Ar 4127). Véase PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 359, al igual que SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 93, nota 154, donde se expone ampliamente el *iter* de esta evolución interpretativa con amplias reseñas jurisprudenciales.

41, que no distinguía entre modificaciones individuales y colectivas y, a cambio, permitía a los representantes legales de los trabajadores disponer de condiciones singulares o *ad personam*.

La situación creada por la anterior redacción del artículo 41 LET planteaba, entre otros, el problema de conocer cuál era su ámbito subjetivo de aplicación, sobre el que no se manifestaba, lo que propició diversas y contrapuestas interpretaciones, puesto que, aunque inicialmente parecía claro que el ámbito de aplicación se refería a la regulación y limitación de las modificaciones de carácter colectivo, “lo cierto es que el precepto no decía nada concreto, ni prohibía que a su través se operaran modificaciones individuales. Es más, el ET no contenía norma alguna en previsión de esas modificaciones individuales”¹⁰⁷⁴.

Para unos¹⁰⁷⁵, el artículo 41 sólo se refería a la modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, entendidas como aquellas que afectan a más de un trabajador, aunque para otros el artículo 41 igualmente afectaba sólo a modificaciones colectivas, pero basaban su afirmación en que la modificación colectiva es aquella que afecta a intereses colectivos de los trabajadores, siendo indiferente que la modificación se materialice en uno o varios trabajadores, a diferencia de la modificación individual que tiene su origen en una causa reconducible a la esfera del trabajador, por lo que su modificación se instrumentará en un pacto entre trabajador y empresario. De esta manera el artículo 41 sólo debía desplegar sus efectos sobre las modificaciones colectivas, con independencia de que su concreción fuese individual o colectiva¹⁰⁷⁶.

En cualquier caso, el argumento central era que no era lógico, si la medida afectaba a un trabajador concreto y singular, que éste debiera someterse al acuerdo entre los

¹⁰⁷⁴ VIDA SORIA, J. “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 94.

¹⁰⁷⁵ Véase, entre otros, ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1.985, pg. 548 y ss.

¹⁰⁷⁶ Véase, en esta línea, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 236 y 335; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La movilidad del trabajador dentro de la empresa”, cit., pg. 41 y ss.; DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 117.

representantes de los trabajadores y el empresario, toda vez que esta posibilidad podía suponer una disposición de los derechos individuales del trabajador por parte de los representantes¹⁰⁷⁷, que ahora no es posible, entre otras cosas por no haberse previsto posibilidad alguna de acuerdo entre representantes y empresario en el procedimiento de modificación individual¹⁰⁷⁸. Igualmente, se apoyaba esta tesis en el entendimiento de que las materias contenidas en la lista del 41.1 LET “tenían una repercusión colectiva, debido a que la mayoría no eran concebibles desde un punto de vista individual”¹⁰⁷⁹, así como en la secuencialidad de este artículo con los despidos colectivos del 51 LET¹⁰⁸⁰.

En cambio, para otros otros¹⁰⁸¹ las posibilidades modificativas emanadas del artículo 41 LET incluían también las modificaciones individuales, argumentando que una “interpretación literal y sistemática del art. 41 ET permitía considerarlo aplicable tanto a las alteraciones colectivas como a las individuales”¹⁰⁸², porque, como señaló el Tribunal Central de Trabajo, en ningún momento el precepto distinguía entre individual o colectivo y, por tanto, no cabía distinguir donde la norma no lo hacía, diferenciación que implicaba, además, limitar su aplicación, puesto que la redacción normativa no prohibía que a su través se llevaran a cabo modificaciones individuales.

¹⁰⁷⁷ En contra, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores* (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), Revista de Derecho Privado, t.I, vol. 2, Madrid, 1.994, pg. 315, para quién los representantes de los trabajadores con su aceptación lo que hacían era llevar a cabo una función de control de la existencia de un derecho empresarial y del modo y las circunstancias de su ejercicio.

¹⁰⁷⁸ Cfr. SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit. pg. 95.

¹⁰⁷⁹ Véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg 93, que a este propósito se pregunta qué sentido tiene cambiar el sistema de trabajo y rendimiento, por ejemplo, a un solo trabajador.

¹⁰⁸⁰ Señala VIDA SORIA, *ibidem*, que esta “secuencialidad” llevó a que se regularan en un mismo RD los expedientes administrativos de modificaciones sustanciales y de extinción contractual.

¹⁰⁸¹ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 164; PLANAS PUCHADES, L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 101 y MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 1.993, pg. 419 y ss.

¹⁰⁸² Como se ha dicho por SAN MARTÍN MAZZUCONI, cit., pg. 93, los argumentos de más peso para fundamentar esta tesis han sido concisa y claramente expuestos por la STCT de 1 de octubre de 1.984, RTCT 7313.

Otros, argumentaban también que la interpretación restrictiva, al impedir el acceso de las modificaciones sustanciales individuales al procedimiento del artículo 41 LET, implicaba dos alternativas, a cuál más ilógica: que el empresario podía llevarlas a cabo unilateralmente sin sujeción a control alguno o, al contrario, que no podían ser modificadas, aún en presencia de causas organizativas, técnicas o de producción que lo justificasen¹⁰⁸³. Por último, otros fundamentaban su razonamiento en que la redacción anterior del artículo 41.3, usaba la expresión trabajador en singular, lo que debía permitir también la modificación de las condiciones individuales¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ Cfr. PLANAS PUCHADES, L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 99.

¹⁰⁸⁴ Así lo entendió la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo, que pasó de una etapa inicial en que sólo se admitían las modificaciones colectivas (P.e STCT de 27 de octubre de 1.982, RTCT 5754, afirma que “el art. 41 del ET, se refiere al supuesto de modificación de condiciones de trabajo afectantes a un colectivo de trabajadores, bien a la totalidad de la empresa o a grupos homogéneos bien por su categoría profesional, centro de trabajo o cualquiera otra circunstancia que así les cualifique (...).Lo que excluye su aplicación en los casos en que tales modificaciones atañan a una sola persona”; en similar sentido, entre otras, SSTCT 16 de diciembre de 1.982, RTCT 7419, y 27 de mayo de 1.983, RTCT 4865), a otra en que se admite también la posibilidad de modificación sustancial individual a través del artículo 41, como, p.e., las SSTCT de 5 de marzo de 1.984, RTCT 2081, de 10 de abril de 1.984, RTCT 3425, de 1 de octubre de 1.984, RTCT 7313, de 1 diciembre 1.984, RTCT 9221, de 11 marzo 1.985, RTCT 1729, de 26 de marzo 1.985, RTCT 2099, que llegará a decir que “la tesis contraria conduciría a la absurda consecuencia de entender autorizada legalmente a la empresa para imponer las alteraciones de las condiciones de trabajo que tuviese por conveniente, con tal de que su repercusión no trascienda del ámbito individual, como si únicamente hubiesen merecido el respeto del legislador los intereses colectivos de los trabajadores”. No obstante, esta evolución no es lineal, sino que continúa habiendo pronunciamientos en los que únicamente se reconoce la vía del artículo 41 para las modificaciones colectivas, como sucede, entre otras, con la STCT de 15 marzo de 1.989, RTCT 2080, cuando afirma que “las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo deben ser colectivas, esto es, deben afectar a los trabajadores del centro o a grupos o categorías, en cuanto tales, de los mismos, pues la exigencia de aceptación de la modificación sustancial de las condiciones laborales por los representantes de los trabajadores está en función de su propio rol de representación de intereses colectivos o de categoría, no los singulares de cada trabajador”.

A su vez, se consideró aplicable el artículo 41 a las modificaciones individuales, entre otras, en las SSTS de 5 de marzo de 1985, Ar 1277, de 10 julio de 1.985, Ar. 1277, de 13 de mayo de 1.986, Ar 2538, de 24 septiembre de 1.987, Ar. 6390, de 13 junio de 1988, Ar 5279, que razona muy claramente que “sin desconocer como ha señalado algún sector de la doctrina, que las modificaciones sustanciales que contempla el art. 41 tienen una indudable dimensión colectiva, lo cierto es que los términos literales de la norma no autorizan una distinción entre modificaciones individuales y colectivas, y que su finalidad, vinculada, con independencia del número de trabajadores afectados, a un control de las razones que fundamentan la modificación, mediante su aceptación por los representantes de los trabajadores o la aprobación de la autoridad laboral, tampoco avala esa distinción”.

En cuanto a los Tribunales Superiores de Justicia mantuvieron habitualmente que el artículo 41 LET comprendía tanto las modificaciones colectivas e individuales, como, p.e., en las SSTSJ de Madrid de 12 febrero de 1991, AS 1367, de Canarias/Las Palmas de 13 diciembre 1991, AS 6904, y Andalucía/Málaga de 20 septiembre 1993, AS 4039. No obstante, algunos pronunciamientos se apartan de esta línea, como la STSJ de Cataluña de 28 octubre 1992, AS 5161, manteniendo que “la facultad de modificar las

A pesar de estas discrepancias, se fue consolidando la interpretación favorable a que el ámbito de aplicación del artículo 41 debía incluir tanto las modificaciones individuales como las colectivas¹⁰⁸⁵, lo que implicó llenar un vacío normativo con respecto al tratamiento de las modificaciones individuales con una solución que “aunque no satisfactoria desde el punto de vista crítico, era aceptable”¹⁰⁸⁶.

Hoy, la inclusión expresa de la modificación de condiciones individuales en la actual redacción normativa, supone, sobre todo, conceder un tratamiento específico a cada tipo de modificación, tanto a las condiciones colectivas como a las individuales, lo que permite atender específicamente a las diferencias y especificidades de cada una, particularmente en lo que se refiere a la instauración de un procedimiento propio y diferenciado para cada una de ellas, adaptado “a las peculiaridades propias del origen y vinculabilidad de este otro tipo de modificaciones”¹⁰⁸⁷.

De esta manera, se establecen tres procedimientos modificativos correspondientes, respectivamente, a las modificaciones individuales, colectivas y colectivas *ex convenio estatutario*, con un nivel creciente de exigencias y requisitos para poder llevar a cabo la modificación¹⁰⁸⁸, con lo que se está aceptando la conclusión interpretativa con respecto al ámbito aplicativo de la anterior redacción del precepto y se regulan separadamente los dos tipos de modificaciones, pero mezclando “el tema concreto de si la decisión empresarial modificativa es de efectos colectivos, o individuales (cosa que se deduce de

condiciones sustanciales por aceptación de los representantes de los trabajadores a que se refiere el art. 41 del Estatuto, se refiere exclusivamente a los colectivos, no a los individuales, debido a que la representación que ostentan los Comités de Empresa (art. 63), es del conjunto de los trabajadores, no de éstos individualmente considerados”.

¹⁰⁸⁵ Véanse, en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 232 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 146; SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, cit., pg. 104; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 164 y ss.

¹⁰⁸⁶ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 94.

¹⁰⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 140 y 141.

¹⁰⁸⁸ Sobre esta cuestión se tratará extensamente más adelante.

los destinatarios), con otro tema que es el origen, individual o colectivo (o normativo) de la materia objeto de la modificación”¹⁰⁸⁹.

Éste último tema, el del origen individual o colectivo de la materia modificada, en definitiva, el de la fuente de la condición, se configura hoy como el principal criterio diferenciador entre las modificaciones individuales o colectivas. En cualquier caso, la distinción entre ambos tipos de condiciones no siempre es tan fácil como parece, puesto que la norma utiliza y combina parámetros cualitativos y cuantitativos sin el necesario rigor técnico¹⁰⁹⁰.

La delimitación de las modificaciones en base a criterios cualitativos, referidos a la fuente de la condición modificada, es una aportación de la actual redacción normativa frente al criterio tradicional de la versión anterior del artículo 41 LET, que hacía uso exclusivo de parámetros cuantitativos para distinguir entre modificación individual o colectiva, teniendo en cuenta, únicamente, el número de trabajadores afectados por la modificación¹⁰⁹¹, sin afectación alguna por el tipo de condición a modificar ni por cuál fuese el origen de la condición, al contrario de lo que ahora sucede, puesto que, en la mayoría de los casos, el que la modificación sea individual o colectiva tiene su origen en el carácter de la condición que se modifica¹⁰⁹².

Por esto, si atendemos a criterios cualitativos, serán modificaciones de carácter individual la de “aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a

¹⁰⁸⁹ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 94.

¹⁰⁹⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 357.

¹⁰⁹¹ En esta línea, véanse, p.e., STCT 2 julio 1987, RTCT 14983; STS 13 junio 1988, Ar 5279; y SSTSJ de Madrid de 12 febrero 1991, AS 1367, de Aragón de 30 octubre 1991, AS 5367, de Canarias/Las Palmas de 13 de diciembre 1991, AS 6904, y de Cataluña de 31 diciembre 1991, AS 6809.

¹⁰⁹² Véase, p.e., en esta línea, la SAN 12 junio 1995, AS 3689, y la STSJ de Navarra de 29 marzo 1996, AS 499. En este planteamiento, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 97, dirá que lo determinante para conocer si estamos ante una modificación individual o colectiva será “la reglamentación contractual objeto del cambio”.

título individual”¹⁰⁹³, es decir, todas aquellas condiciones que se han incorporado al contrato de trabajo a título individual, inicialmente o por vía novatoria, ya sea expresa o tácitamente¹⁰⁹⁴. Contrariamente, tendrán carácter colectivo las modificaciones de las condiciones “reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”¹⁰⁹⁵. Igualmente, se consideran colectivas las modificaciones de las condiciones “establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III”¹⁰⁹⁶, es decir los convenios estatutarios, aunque sometidas éstas a ciertas limitaciones con respecto a las materias modificables.

Estas limitaciones se establecen, precisamente, atendiendo a un criterio cuantitativo, por cuanto que la norma señala que “no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo (...) las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a...”¹⁰⁹⁷. De este modo, el criterio cualitativo, basado en la fuente formal de la condición, se ve sustituido, para las modificaciones funcionales y de horario, por el de un determinado umbral numérico que será el que nos diga, en función de que se rebase o no, si la modificación que se pretende realizar va a tener la consideración y el trámite de individual o colectiva. Todo ello, con independencia de si esta condición tiene su fuente en un contrato individual, en un convenio colectivo o cualquier otro acuerdo o pacto colectivo o en una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, puesto que lo importante es conocer si supera o no el umbral numérico de referencia.

La realidad es que, salvo esta excepción en que se acude a criterios cuantitativos, la guía que delimitará entre ambos tipos de modificaciones será la observación de la fuente

¹⁰⁹³ Art. 41.2, párrafo 2, LET.

¹⁰⁹⁴ Véase, en este sentido, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo”, AL, núm. 29/1.994, pg. 473.; igualmente, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit. pg. 357.

¹⁰⁹⁵ Art. 41.2.2 LET.

¹⁰⁹⁶ Art. 41.2.3. *in fine* LET.

¹⁰⁹⁷ Art. 41.2.4 LET.

originaria de la condición modificada, puesto que no es otra cosa lo que aparece en la enunciación normativa de lo que sea modificación individual o colectiva. Por eso, ha sido puesto de relieve como una contradicción, dentro de este planteamiento, que se considere colectiva la modificación de las condiciones de trabajo reconocidas por una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos¹⁰⁹⁸. No obstante, este planteamiento puede ser objetado, simplemente, observando que el propio artículo 41.2.3 se refiere a las condiciones “disfrutadas (...) en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”. De aquí se puede deducir fácilmente que lo definitorio es el modo en que se disfruta la condición, es decir, si ésta se disfruta a título individual y singular o colectivo. Así, serán colectivas las condiciones disfrutadas genéricamente por un grupo de trabajadores, por un colectivo, aunque hayan sido pactadas en los contratos individuales, pero que al no haberse concedido singularizadamente a cada trabajador en función de sus características personales o profesionales no existe disfrute a título individual, sino únicamente la contractualización de una condición otorgada por una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ Cfr. en esta línea, BLASCO PELLICER, A.: “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 28, para quién el origen de este tipo de condiciones está en la consagración como fuente de la autonomía individual que se hace en el artículo 3.1.c) LET. Son, por tanto, condiciones más beneficiosas de origen contractual que se incorporan al mismo, contractualizándose, a pesar de que no tienen su origen en el contrato mismo, sino en una decisión unilateral del empresario. En similar sentido se expresa SAN MARTÍN MAZZUCCONI, cit., pg. 97, cuando dice que “nos hallamos ante condiciones más beneficiosas cuyo origen es la autonomía individual, por lo que este supuesto parece no cuadrar con el criterio cualitativo que caracteriza al nuevo art. 41 ET”.

¹⁰⁹⁹ En esta línea, véase, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 141, para quién las condiciones individuales, aunque se exterioricen jurídicamente a través del contrato de trabajo, que “sustancialmente se encuentran uniformadas para un conjunto homogéneo de trabajadores”, sin que en su concesión hayan sido determinantes condiciones singulares individuales, no pueden tener la consideración de individuales, sino colectivas, puesto que nos encontraríamos ante una contratación individual en masa de condiciones de trabajo; en similar sentido, GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Lo colectivo en los traslados y modificaciones individuales”, RL, núm. 18/1.996, pg. 11; en sentido contrario, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 116, afirman que “la modificación es individual si la condición de trabajo está incorporada al contrato a título individual, sin que obste a esta calificación el que se repita en todos y cada uno de los contratos de trabajo suscritos por la empresa”.

1.4.2. Las modificaciones individuales

Como se acaba de ver, la norma diferencia entre modificaciones individuales y colectivas, aunque dentro de las individuales podemos hacer una distinción entre aquellas modificaciones que podríamos llamar individuales puras y aquellas otras que tienen el tratamiento de individuales por aplicación excepcional del criterio cuantitativo, aunque en estricta aplicación de la regla general cualitativa le correspondería tener el tratamiento de colectivas. A estas modificaciones, para diferenciarlas de las individuales y de las colectivas, se les ha denominado plurales¹¹⁰⁰, terminología que también nosotros seguiremos.

De acuerdo con la norma, son modificaciones individuales las de aquellas condiciones contractuales que “disfrutan los trabajadores a título individual”¹¹⁰¹. Éstas son las típicas condiciones singulares e individualizadas de los trabajadores, integradas en su contrato de trabajo y que lo diferencian de aquellas otras que disfrutan la generalidad de los demás trabajadores de la empresa o centro de trabajo, incluyéndose, por supuesto, además de las condiciones contractuales inicialmente pactadas, todas aquellas otras que en un momento u otro de la relación laboral, de un modo expreso o tácito, se han incorporado a él, bien sea a través de un pacto formalizado entre las partes o de una decisión unilateral del empresario de efectos individuales, aunque lo determinante es el disfrute a título individual de la condición¹¹⁰². Es decir, son aquellas que se han pactado atendiendo a las particularidades que singularizan un trabajador de los demás o las que han sido otorgadas por el empresario de modo similar, atendiendo exclusivamente a las características específicas y concretas del trabajador que las disfruta.

¹¹⁰⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit. pg. 141, distingue entre modificaciones “colectivas”, “individuales puras” e “individuales plurales”; Otro tipo de clasificación es que hacen ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 500 y ss., hablan de modificaciones “de colectivos mayores”, “individuales” y “de colectivos menores”.

¹¹⁰¹ Artículo 41.2. párrafo segundo LET.

¹¹⁰² CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit. pg. 141, dice que “a estos efectos lo único que existe es una demarcación negativa, en cuanto que en ningún caso ha de tratarse de condiciones de trabajo de carácter colectivo”.

En esta lógica, se excluyen claramente de esta calificación aquellas condiciones individuales que, aunque se hayan exteriorizado a través del contrato de trabajo, son homogéneas a las del resto del grupo de trabajadores, habiéndose concedido por el empresario de modo genérico a un grupo de trabajadores, es decir, sin atender a las características singulares y profesionales de cada trabajador¹¹⁰³. Consecuentemente, estas habrán de considerarse condiciones colectivas, recibiendo el tratamiento correspondiente a tal cualidad¹¹⁰⁴.

Igualmente, tienen esta consideración las condiciones más beneficiosas¹¹⁰⁵ que, aunque pueden ser también colectivas, son típicas condiciones individuales de trabajo que, por tanto, deben seguir en todo el régimen modificativo de aquellas, porque el principio jurídico que las sustenta, de elaboración básicamente jurisprudencial, exige el mantenimiento fuera del ámbito de la discrecionalidad empresarial de estas condiciones una vez que han pasado a formar parte del contenido contractual¹¹⁰⁶, ya sea paccionadamente¹¹⁰⁷ o por la libre decisión empresarial¹¹⁰⁸, con el resultado de mejorar en ambos casos las condiciones contractuales del trabajador afectado.

¹¹⁰³ Cfr. ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, en AAVV, *Estructura de la negociación colectiva*, cit., pg. 72 y ss., donde afirma que son condiciones colectivas las que “derivando de una decisión del empresario, afectasen a una pluralidad de trabajadores, y en cuya concesión no se hubiesen tenido en cuenta particularidades identificables personalmente por los trabajadores afectados, sino consideraciones objetivables en rasgos comunes o genéricos del colectivo afectado”, y concluye afirmando la completa similitud de este criterio con el utilizado para la distinción entre conflicto individual y colectivo. En similar sentido, GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Lo colectivo en los traslados y modificaciones individuales”, cit., pg. 11 y ss.

¹¹⁰⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit. pg. 141: “Si tal ocurre, se trataría de una manifestación de la llamada contratación individual en masa de condiciones de trabajo que, como tal, comporta que las condiciones no se disfrutan a “título individual”.

¹¹⁰⁵ Véase, más adelante, *in extensis* nuestra posición acerca de esta cuestión. Sobre la condición más beneficiosa véase, entre otros, DÍAZ AZNARTE, M^a T.: *El principio de condición más beneficiosa...*, cit.

¹¹⁰⁶ Véanse, p.e., las SSTs de 19 de febrero de 2.001, Ar 4104, de 14 de marzo de 2.005, Ar 3698, y SSTSJ de Andalucía/Málaga de 3 de junio de 1.995, AS 2471; Navarra de 9 de junio de 1.995, AS 2267; y Asturias de 20 de febrero de 1.998, AS 1058, de Cataluña de 16 de febrero de 2.005, As 1320, y de 28 de julio de 2.007, AS 904, y del País Vasco de 14 de febrero de 2.006, AS 1659.

¹¹⁰⁷ Se entiende que sólo serán generadores de condiciones más beneficiosas, al incorporar sus cláusulas al contrato individual de trabajo, aquellos pactos colectivos, distintos de los del Título III LET, que se consideren tienen naturaleza contractual. Sobre esta cuestión, véase, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 125.

1.4.3. Las modificaciones plurales

Como se ha señalado, junto a las modificaciones individuales en sentido estricto se encuentran aquellas otras modificaciones que hemos denominado plurales, es decir aquellas condiciones que no son consideradas colectivas, no porque no debieran serlo en aplicación del criterio cualitativo del actual artículo 41 LET, sino porque la norma ha estipulado que si no se rebasan determinados umbrales numéricos en cuanto a los trabajadores afectados, su modificación, habrá de considerarse a efectos de procedimiento como individuales, sin que esta equiparación procedimental afecte a la fuente de la condición, que seguirá siendo colectiva, aunque sin trascendencia práctica alguna¹¹⁰⁹.

La existencia de esta excepción al régimen general de las modificaciones colectivas, en las que es necesaria la negociación de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, sea imprescindible el acuerdo, en caso de modificación de condiciones contempladas en convenio estatutario, o bastando únicamente con la realización del intento en los demás casos, quiebra con la regla general de que las condiciones pactadas colectivamente no puedan ser modificadas unilateralmente, desplazando la participación de los representantes de los trabajadores a favor de la decisión unilateral del empresario

¹¹⁰⁸ La jurisprudencia exige para su reconocimiento, de manera reiterada, la existencia de voluntad cierta empresarial de conceder el beneficio y su efectiva concesión, por lo que no es suficiente la mera condescendencia o situación tolerada. P.e. la STSJ de Navarra de 30 de junio de 2.004, AS 2098, señala que “se precisa la existencia, pues, de una voluntad inequívoca de la empresa de incorporar la ventaja o beneficio disfrutado al nexo contractual para determinar el derecho que se pretende como adquirido”. Igualmente las SSTs de 29 de septiembre de 1.986, Ar 5198, de 16 de septiembre de 1.992, Ar 6789, de 20 de diciembre de 1.993, Ar 9974, de 21 de febrero de 1994, Ar 1216, SSTs de 19 de febrero de 2.001, Ar 4104, de 14 de marzo de 2.005, Ar 3698. Entre las SSTJ, p.e., la de Cataluña de 28 de julio de 2.007, AS 904, de 3 de febrero de 2.005, JUR 81107, , 15 de enero de 2.002, Ar 2213, y de 25 de enero de 1.999, Ar 896, y del País Vasco de 14 de febrero de 2.006, AS 1659.

En cambio, la doctrina considera que una reiteración suficiente, incluso por mera tolerancia, genera la presunción *iuris tantum* de condición más beneficiosa debido a la apariencia de concesión que genera. Véase SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M^a: “Los límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual”, PJ, núm. 15/1.989, pg. 192 y ss. No obstante, el problema se centra ahora en indagar cuando ha habido suficiente reiteración.

¹¹⁰⁹ Cfr. en esta línea, p.e., BLASCO PELLICER, A.: “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 29 y ss.

tomada en ejercicio del poder que la Ley le ha conferido, pero que supone, sin duda, en opinión de algunos¹¹¹⁰, un atentado contra el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 CE, que, por cierto, con la anterior redacción normativa no se permitía llevar a cabo a la autoridad laboral competente¹¹¹¹.

De lo dicho se desprende que hemos de atender, para la delimitación de cuáles puedan ser las modificaciones plurales, a dos criterios: uno, que la modificación tenga por objeto las funciones y el horario de trabajo y otro, que no se superen los umbrales cuantitativos señalados en el 41.2.4 LET¹¹¹².

En cuanto al primer criterio, el cualitativo, deja de ser relevante la fuente de la condición como criterio decisorio para las modificaciones funcionales o de horario de trabajo, encontrándonos ante una excepción a la regla general, siendo, en estos casos, únicamente aplicable el criterio cuantitativo, convirtiéndose por tanto en irrelevante que la regulación de estas materias derive de un pacto, acuerdo colectivo, concesión del empresario o convenio estatutario. Esta afirmación, consecuencia lógica de la lectura del párrafo cuarto del 41.2, que dice que *“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario...”*, debe ser conjugada, para su correcta interpretación, con el contenido de ese párrafo anterior, el tercero del 41.2, que se refiere tanto a los acuerdos o pactos colectivos como a los convenios estatutarios.

¹¹¹⁰ Véase, por ejemplo, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 358 y 359; En el mismo sentido, MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 1.991, pg. 700.

¹¹¹¹ Cfr. STC 92/1.992. Véase, en esta lógica, p.e., PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, pg. 375. Igualmente, basándose en la “dicción literal, gramatical y sistemática e histórica del precepto”, la STSJ Baleares 22 de marzo de 1.995, AS 1170, o la STSJ de Madrid, 19 de octubre de 1.995, Ar. 3912.

¹¹¹² Estos umbrales cuantitativos son los mismos que figuran en el artículo 1, a) 1, aunque referidos a un período de treinta días, de la Directiva 98/59/CEE del Consejo, de 20 de julio de 1.998, relativa a aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los Despidos Colectivos (DOCE 12-8-98), que reforma la Directiva 75/129/CEE de 17-2-75, modif. por la 95/56/CEE de 24-6-92.

La consecuencia de este planteamiento debe ser la admisión de la posibilidad de considerar como plurales y por tanto darle la tramitación de individuales, a las condiciones que cumplan los requisitos cuantitativos que el 41.2.4 LET exige¹¹¹³, por cuanto otra lectura se tendría que hacer contradiciendo claramente la letra de la ley, que no hace distinción alguna de lo tratado en el párrafo anterior, y, como ya hemos mantenido en otras cuestiones, si la norma no hace distinción tampoco nosotros debemos hacerla. Evidentemente, esta es una manifestación más del aumento de poderes que la actual redacción normativa concede al empresario en desdoro de la fuerza obligatoria del convenio colectivo, incremento que puede ser criticado, pero no ignorado a pesar de las reticencias que levanta¹¹¹⁴.

En contra de la consideración como condiciones plurales de todas aquellas que afectando a funciones y horario no superen los límites cuantitativos, si su fuente es un

¹¹¹³ En esta línea, p.e., las SSTS de 18 de julio de 2.003, Ar 6928 y de 2 de julio de 1.997, Ar 5695; también la STS de 28 de febrero de 2.007, Ar 3388, reconoce la existencia de esa línea interpretativa, aunque no la comparte, y las SSTSJ de Valencia de 14 de mayo de 2.004, AS 3539, de Cataluña de 3 de noviembre de 2.004, AS 3570, de Cantabria de 12 de marzo de 1.998, As 5439, y de Madrid de 19 de octubre de 1.995, AS 3912. En este sentido CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 144, señala que “literalmente la expresión legal es “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo”, recordando que ese párrafo anterior incluye a todas y cada una de las variantes de modificación colectiva: condiciones establecidas en convenio colectivo del título III ET, en acuerdos de empresa y convenios extraestatutarios, así como de condiciones más beneficiosas adquiridas”. Más adelante (pgs. 145-146), expone que “no creo que se pueda concluir afirmando tajantemente que con los procedimientos de modificaciones individuales o plurales *ex* art. 41 ET no puedan afectar a materias ya reguladas por convenio colectivo”. A su vez, PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 375 afirma taxativamente que “tanto la interpretación literal (“en ningún caso”) como la sistemática (“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior”) apoyan la conclusión que se acaba de establecer”, que no es otra que la admisión de modificaciones plurales de las funciones y horarios contenidos en convenio estatutario. Alguna doctrina llega aún más lejos, defendiendo el carácter exclusivamente individual de las modificaciones sustanciales funcionales. Véase al respecto DE SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación laboral”, RL, núm. 15/1.995, pg. 50; DEL REY GUANTER, S.: “Movilidad funcional, movilidad geográfica...”, pg. 203.

¹¹¹⁴ se ha dicho que su aplicación hasta las últimas consecuencias podría conducir a “resultados absurdos de todo punto de vista; por ejemplo, que, respecto del régimen de clasificación profesional y movilidad funcional establecido en el convenio colectivo, no se admite su modificación por medio de los acuerdos de empresa durante su período de vigencia, mientras que sí sería posible que se realizara por decisión unilateral cuando no se superen los umbrales cuantitativos legalmente fijados. Este contrasentido obliga a una interpretación coherente y sistemática de la letra del precepto, que sobre todo sea respetuosa con el mandato constitucional relativo a la fuerza vinculante de los convenios colectivos” (CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pg. 145). Igualmente han puesto de relieve este problema, CAMPS RUIZ, L.M.: *Las modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 64; ALBIOL MONTESINOS, I.: *Los acuerdos de empresa...*, cit., pg. 66; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 131 y 132.

convenio estatutario, se han opuesto las argumentaciones contenidas en la STC 92/1.992, de 11 de junio, que rechaza una interpretación del artículo 41 LET que posibilite al empresario introducir modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo, así como en la STC 105/1.992, de 1 de julio, que, asimismo, rechaza que por la vía de los acuerdos individuales se impida la modificación *in peius* de lo pactado en convenio colectivo¹¹¹⁵ o como las SSTC 225/2.001 y 238/2.005, de 26 de septiembre, que lo rechazan, incluso aunque la modificación derivada del acuerdo individual sea *in melius*.

En la aplicación de la doctrina expuesta en esta jurisprudencia se olvida, en lo que se refiere al caso concreto que nos ocupa, que el texto normativo anterior, al que ambos pronunciamientos se refieren, no contemplaba esta posibilidad de las modificaciones plurales que ahora sí se regulan en la norma, por lo que no pueden aplicarse estrictamente a unos presupuestos legales muy diferentes a los contemplados en el momento de su redacción, aunque se sigue haciendo aún¹¹¹⁶. No obstante, también en la misma jurisprudencia constitucional anterior a la reforma de 1.994 encontramos la STC 208/1.993 que admite que la negociación colectiva debe conjugarse con cierto espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales¹¹¹⁷, idea reiterada por la STC 107/2.000, la STC 225/2.001 y la STC 238/2.005.

¹¹¹⁵ Defendiendo que no es admisible que condiciones recogidas en convenios colectivos tengan la consideración de plurales, véase, p.e., CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 64; VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg.212: “este criterio cuantitativo no es de aplicación a los supuestos de modificación de estas materias cuando vengan establecidas en convenio colectivo, tal como se ha razonado reiteradamente”; LAHERA FORTEZA, J.: “La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pg. 352 y ss. Igualmente, p.e., las SSTSJ Castilla y León/Burgos de 20 de julio de 1.996, AS 1717, y de Castilla y León/León de 13 de febrero de 2.003, AS 49, o la de Cantabria de 23 de junio de 2.006, AS 2399, señalando que “tal modificación ha de calificarse, necesariamente, de «carácter colectivo» de acuerdo con los términos del art. 41.2 del ET, pues, con independencia de que el número de trabajadores afectados no excede del umbral numérico de 30 trabajadores fijado en la norma legal y del hecho de que la jornada modificada no tenga su origen en el convenio colectivo, lo cierto es que, como se admite por la propia empresa en el recurso, su origen se hallaba en el acuerdo de empresa suscrito”.

¹¹¹⁶ Por todas la STC 238/2.005, de 26 de septiembre y la STS de 28 de febrero de 2.007, Ar 3388.

¹¹¹⁷ Igualmente, en esta lógica, CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 145.

No obstante lo anterior, que se diga que esta posibilidad modificatoria atenta contra la fuerza vinculante del convenio colectivo es la objeción más seria que se puede hacer a este planteamiento, puesto que enfrenta una cuestión de legalidad ordinaria, el artículo 41 LET, con otra de legalidad constitucional, el derecho a la libertad sindical del 28.1 CE y a la negociación colectiva del 37.1 CE¹¹¹⁸ y, lógicamente debe prevalecer la legalidad constitucional¹¹¹⁹, aunque no estemos de acuerdo en los efectos prácticos de esta lectura, especialmente si, como hacen la mayoría de los pronunciamientos reseñados, la situación enjuiciada confronta la posibilidad de pactos individuales frente a la regulación convencional¹¹²⁰. En estos pronunciamientos la cuestión contemplada en el 41.2, cuarto LET no se trata mas que tangencialmente para resaltar que son condiciones colectivas, lo que no se niega en absoluto en el texto estatutario, sino que únicamente se exceptúan del procedimiento modificatorio colectivo, más complejo y

¹¹¹⁸ La STC 238/2.005, con abundante apoyo jurisprudencial señala que “parte de este núcleo del art. 28.1 CE lo constituye, sin duda, la negociación colectiva de condiciones de trabajo, puesto que resulta inimaginable que sin ella se logren desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el art. 7 CE”, por lo que “por ello, negar u obstaculizar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos o desvirtuar su eficacia han de entenderse no sólo como prácticas vulneradoras del art. 37.1 CE y de la fuerza vinculante de los convenios declarada por dicho precepto, sino también como violaciones del derecho de libertad sindical que consagra el art. 28.1 CE”, por lo que concluye que “la autonomía individual –o la decisión unilateral de la empresa– no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio”.

¹¹¹⁹ Véase, en esta lógica, admitiendo las modificaciones plurales, pero exigiendo que si derivan de un convenio colectivo se tenga que llevar a cabo a través de acuerdo entre los representantes y la empresa, p.e., CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 145; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 256 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pg. 97 y ss.; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, cit., pg. 94 y ss.; DEFENSOR DEL PUEBLO: “La reforma laboral y su constitucionalidad. Escrito del Defensor del Pueblo en funciones respondiendo a la petición de interponer recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de las Leyes 10/1994, 11/1994 y 14/1994”, RL, T. II/1.994, pgs. 1412 y ss. Igualmente SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de marzo de 1.995, AS 904; Islas Baleares de 22 de marzo de 1.995, AS 1170; STSJ Castilla y León/Burgos de 20 de junio de 1.996, AS 1717.

¹¹²⁰ En esta misma lógica, p.e. el voto particular a la STCo 238/2.005 dictado por el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, aunque el asunto enjuiciado no es una modificación unilateralmente impuesta, sino acordada individualmente con el empresario, dice que “la consistencia del interés individual es tal en estas materias de horario de trabajo que no parece razonable desplazar sin más, íntegramente, su valoración al plano colectivo en casos como el presente en que lo que está en juego es una decisión que afecta a trabajadores singulares, y no al conjunto del personal o a grupos de los mismos que rebasen el umbral de la dimensión colectiva”.

largo, en razón a la escasa incidencia numérica de la modificación sobre el total de la plantilla y a la pretendida contribución de esta nueva regulación a la mejor organización de los recursos de la empresa para mejorar su posición en el mercado, razón de ser de la actual redacción del artículo 41 LET.

Tampoco olvidamos que la referida STC 238/2.005 señala que la interdicción a la autonomía individual o a la decisión unilateral de la empresa para modificar las condiciones de trabajo, se hace para que no se “eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio”, lo que no sucede desde la perspectiva del 41.2, cuarto LET si el número de afectados es pequeño, atendiendo a la escala de referencia, y únicamente en las materias más fácil y lógicamente individualizables como son los horarios o las funciones, máxime si tenemos en cuenta la salvaguarda que de la regulación colectiva se hace si se supera el umbral cuantitativo previsto. Desde esta perspectiva, pensamos que no hay problema alguno en reconocer que la condición es colectiva, pero que su tramitación se debe hacer como individual¹¹²¹, porque su escasa incidencia en el total numérico de la empresa no vacía de contenido ni al convenio ni a la función negociadora sindical.

Igualmente, se ha opuesto que la interpretación literal de la norma no se ajusta, ni al sistema de fuentes del artículo 3.1.c) LET¹¹²², ni a la finalidad del precepto¹¹²³,

¹¹²¹ En esta línea la STSJ de Galicia de 2 de octubre de 2.003, AS 2.004/70, señala que “el procedimiento (impugnación individual) es el adecuado, la modificación de carácter colectivo por disposición legal (artículo 41.2 ET pero exenta del trámite del artículo 41.4, por lo que no se puede invocar defecto de negociación y declarar la nulidad de la medida por estar exento de dicho trámite”.

¹¹²² El razonamiento es que si un contrato de trabajo no puede modificar lo establecido en convenio colectivo estatutario menos podría hacerlo una decisión unilateral empresarial. Véase, en esta lógica, BLANCO PELLICER, A.: “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, RL, 1.995, t.I, pgs. 575 y 576.

¹¹²³ Véase, por ejemplo, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 358 y 359, quién se muestra contrario a la “interpretación literalista” del precepto, pronunciándose por una interpretación auténtica que, según él, “abona en otro sentido” y matizando que la redacción inicial del proyecto de reforma “la salvedad se refería a un párrafo anterior en el que no había referencia alguna a la modificación de convenios estatutarios”. Esta excepción constituye para él una perturbación de la coherencia del precepto, debiendo mantenerse la exigencia de consultas y la posibilidad de acuerdo con los representantes si las funciones o el horario han sido fruto de acuerdo o pacto colectivo, es decir que se debía exigir el procedimiento para las modificaciones colectivas, que es lo que, en puridad, son. En el mismo sentido, MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, cit., pg. 700.

acudiendo para su argumentación a las vicisitudes sufridas por el proyecto inicial del texto hasta la redacción final, para concluir afirmando que, como el borrador inicial no contemplaba la modificación de las condiciones reconocidas en convenio colectivo, las enmiendas sufridas por el texto, que terminaron por convertirlo en el que conocemos, deben obviarse para seguir entendiendo lo que decía ese borrador inicial¹¹²⁴.

Evidentemente, estas argumentaciones no son correctas, puesto que se busca adecuar el texto de la norma a los presupuestos intelectuales e ideológicos del interprete, en lugar de interpretar la norma acudiendo, como debe ser, en primer lugar a lo que literalmente dice y comprobada su legibilidad y corrección literal, aceptar el mandato legal, nos guste o no, y a continuación criticarlo cuanto se quiera, proponer alternativas de *lege ferenda* si se desea, y, en su caso, si parece procedente proclamar su anticonstitucionalidad, en este caso por supuesta infracción del derecho constitucional a la negociación colectiva y su fuerza vinculante¹¹²⁵, pero nunca negar lo evidente, que es una concreta formulación legal y afirmar que la norma no dice lo que dice sino que quería decir y debía haber dicho otra cosa¹¹²⁶, como se refleja en la doctrina sentada

¹¹²⁴ Véase, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pgs. 185-187. Su argumentación es la siguiente: La frase “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior” “se está refiriendo al contenido del párrafo tercero en su redacción previa a la enmienda; es decir, sin entender incluidas las modificaciones de condiciones pactadas en convenio colectivo regulado en el Título III ET. Estas últimas debieron haber sido añadidas, en su caso, en un párrafo quinto, como categoría específica a la que no le son de aplicación los procedimientos que con carácter general se prevén en los apartados 3 y 4 para las modificaciones individuales y colectivas contractuales, respectivamente. Su modificación es posible únicamente en relación a las materias especificadas y en virtud de acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores sea cual sea el número de trabajadores afectados por los cambios” y refuerza su argumento afirmando que la motivación de la enmienda referida era que el convenio colectivo sólo pudiese ser modificado a través de un acuerdo. En esta misma lógica, PÉREZDE LOS COBOS, *ibidem*.

¹¹²⁵ Han puesto de relieve este problema, p.e., CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41 del Estatuto de los trabajadores tras la reforma de 1.994”, cit.....pg.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *La reforma del estatuto de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 1.994, pg. 145; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo”, AL, 1.994, T.II, pg. 474; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pgs. 284 y 285; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Acuerdos de empresa”, cit., pg. 66.

¹¹²⁶ En esta misma línea, PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 375, dirá que “una conclusión así, aunque resolvería en parte los problemas de inconstitucionalidad (...) estaría marcada por el voluntarismo, haciendo que la norma diga lo que no dice, y chocaría abiertamente con los criterios hermenéuticos señalados”, es decir, con la interpretación literal y sistemática correcta.

recientemente por el Tribunal Supremo¹¹²⁷, aunque hay que reconocer que no hace más que seguir la estela marcada por el Constitucional¹¹²⁸ declarando nulo su anterior pronunciamiento¹¹²⁹, ajustado al texto normativo. En resumen, aún estando en desacuerdo con la norma, que no estamos, es evidente que se debe admitir que de una lectura objetiva y desprejuiciada de la redacción actual del artículo 41 LET se desprende la posibilidad de modificaciones plurales de condiciones recogidas en convenio colectivo estatutario.

Esta interpretación literal de la norma no sólo no es forzada, al contrario que cualquier otra, sino que es totalmente coherente con la proclamada flexibilidad que la reforma laboral de 1.994, en la que redactó el presente texto del artículo 41 LET, pretende dar a las empresas para adaptar el uso del factor trabajo a los requerimientos organizativos de las mismas y posibilitar el que estas mejoren su posición en los mercados. Y precisamente las funciones y el horario son las condiciones de trabajo que más se prestan a la flexibilización e individualización, en bastantes ocasiones en beneficio el propio trabajador. Porque este favorecimiento de la flexibilidad interna, al servicio evidente de la organización empresarial, sí que es la finalidad verdadera del precepto, que no tiene, en última instancia, otra lógica interna que posibilitar esa adaptación de las condiciones contractuales a los requerimientos organizativos de la empresa¹¹³⁰. Luego está, es verdad, la lógica de que las exigencias y filtros impuestos a los cambios sean

¹¹²⁷ Como modelo de ese tipo de pronunciamiento puede verse la STS de 28 de febrero de 2.007, Ar 3388, donde se apela a una interpretación “que supera la meramente literal”, para poco después decir que “también contempla el contenido de literalidad (que) se refuerza con una interpretación sistemática del propio precepto”, se recuerda “la interpretación «a contrario» del art. 41.2 ET que acabamos de hacer”, en una redacción y argumentación harto confusa, para rechazar la posibilidad, aunque la norma expresamente lo recoge, de modificar plural o individualmente el horario recogido en convenio colectivo, admitiéndose para los demás supuestos de pactos o acuerdos colectivos. Todo esto siguiendo las SSTs de 11 de mayo de 1.995, Ar 4721, y 7 de febrero de 2.005, Ar 4791, que versan sobre modificaciones del sistema de remuneración y de 11 de mayo de 2.004, Ar 5157, que se refiere a la posibilidad de modificar mediante acuerdos de empresa el convenio colectivo aplicable. En cualquier caso ninguna de las sentencias sobre las que se pretende fundamentar este pronunciamiento tiene algo que ver sobre el tema que pretende resolver.

¹¹²⁸ STCo 238/2.005, de 26 de septiembre.

¹¹²⁹ STS de 18 de noviembre de 2.003, Ar 6928.

¹¹³⁰ Véase, en esta lógica, LETTIERI, A.: “La revolución en el tiempo de trabajo”, Revista de Derecho Social, núm. 7/1.999, pg. 31 y ss.

crecientes desde las condiciones individuales hasta las colectivas y dentro de estas, mayores aún, para las derivadas del convenio colectivo estatutario, como realmente se muestra en la progresiva complicación y mayor nivel de exigencia de cada uno de los diversos procedimientos modificatorios contenidos en el artículo 41 LET.

Evidentemente, lo que no es admisible es erosionar por medio de los mecanismos del artículo 41 LET lo conseguido por la negociación colectiva, aunque tampoco debe presumirse que toda utilización del artículo 41 sobre materias pactadas en convenio provoque un efecto erosionante, sobre todo si consideramos que aquellas materias fácilmente individualizables, como son los horarios y las funciones, pueden ser adaptadas y personalizadas a los intereses y requerimientos tanto de la empresa como de los propios trabajadores, sin que forzosamente esa individualización conlleve una degradación de lo negociado colectivamente¹¹³¹. Actuando en esta lógica, no debiera haber problema alguno para establecer un reparto equilibrado de competencias entre la autonomía colectiva, la autonomía individual y los poderes de gestión empresarial¹¹³².

En consecuencia, el acceso al procedimiento de las modificaciones plurales está limitado en función de las materias modificadas, porque estos cambios sólo pueden afectar a las modificaciones funcionales y de horario de trabajo. Cualquier modificación que afecte a otra materia, aunque no llegue a los umbrales cuantitativos, se debe sustanciar por el procedimiento para la modificación de condiciones colectivas.

Ahora bien, si buscamos la lógica subyacente a esta limitación en las materias que pueden calificarse como plurales, porque podrían ser más e incluso podrían ser todas, lo que nos parece más acorde con la proclamada lógica de la flexibilización, siempre que no superen el umbral cuantitativo de referencia, encontramos que su elección no parece ser enteramente arbitraria¹¹³³, puesto que las funciones y los horarios son las materias

¹¹³¹ En esta lógica el voto discrepante de la STC 238/2.005, ya comentado.

¹¹³² En este sentido CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pgs. 145 y 146.

¹¹³³ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit. pg. 144.

que más se prestan a un tratamiento individualizado, a pesar de la tendencia general al establecimiento de condiciones de trabajo homogéneas para la empresa o centro de trabajo¹¹³⁴, planteamiento que contrasta con la realidad de las necesidades organizativas empresariales en los nuevos modos productivos que favorecen y, a veces, necesitan la individualización de condiciones. En este entorno productivo es donde tendría utilidad la extensión del régimen modificativo de las condiciones plurales al resto de las condiciones colectivas.

No obstante, si las condiciones de trabajo son homogéneas, el único requisito exigido para su tratamiento como modificaciones individuales dependerá de la superación o no del umbral cuantitativo, no de que las condiciones de partida sean o no análogas hasta ese momento, puesto que a partir de la modificación dejarán de serlo para individualizarse. Porque aquí quiebra la regla general que clasifica las condiciones en función del origen de esa condición en individuales o colectivas. Las condiciones o materias de las que predicamos el carácter plural son, en principio, típicas condiciones colectivas, pero que dejan de serlo porque la norma establece una excepción en su tratamiento.

En cuanto al segundo criterio, el umbral cuantitativo que se toma como referencia es el mismo que se prevé para la movilidad geográfica y para las suspensiones contractuales y despidos colectivos *ex* artículo 51.1.a) LET, tomando como referencia:

- “a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores”¹¹³⁵.

A partir de esta referencia, si el número de afectados es menor la modificación será

¹¹³⁴ CRUZ VILLALÓN, *ibidem*; MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, cit., pg. 700; PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 359, dirá que “el legislador ha condescendido aquí a la tendencia individualizadora que, en punto a horarios y funciones, es perceptible en el funcionamiento ordinario de las empresas”.

¹¹³⁵ Artículo 41.2.4 *in fine* LET. La única diferencia existente entre el régimen cuantitativo de los artículos 40 y 41 con respecto al artículo 51 es que el 51.1.3 permite la consideración de colectivo al despido que afecte a la totalidad de la plantilla si esta supera, al menos, los cinco trabajadores, mientras

considerada individual y si está por encima se calificará como colectiva, estableciéndose así una normativa más favorable a las pequeñas y medianas empresas, al tenerse en cuenta su dimensión para diversificar la aplicación de la normativa laboral¹¹³⁶.

La referencia espacial en la que hay que proceder al recuento de trabajadores exigido es la empresa, puesto que el texto normativo se refiere expresamente a la empresa en el enunciado del umbral de trabajadores cuya superación nos impide calificar como individual la modificación planteada. De aquí que haya de considerarse, incluso en las empresas con pluralidad de centros de trabajo, la empresa en su totalidad, no el número de trabajadores de cada centro de trabajo concreto¹¹³⁷.

Sin embargo, algunos opinan que es razonable pensar que la norma se refiere al centro de trabajo, que como el propio artículo 1.5 LET señala es “la unidad productiva con organización específica”¹¹³⁸ y no la empresa en su conjunto, puesto que la norma “no especifica en qué sentido utiliza el término empresa”¹¹³⁹.

que en nuestro caso el límite mínimo de diez trabajadores es inamovible.

¹¹³⁶ Véase, en este sentido, FITA ORTEGA, F.: “La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa: algunas consideraciones en torno al criterio del número de trabajadores”, T.S., núm. 60/1.995, pgs. 25-33; igualmente, DEL REY GUANTER, S: *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.995, pg. 55 y ss., donde se refiere a que la graduación del número de trabajadores afectados en relación a la plantilla de la empresa, diferenciando en la proporción de trabajadores afectados con respecto a los trabajadores ocupados, se traduce en que el “régimen establecido para las modificaciones colectivas menores tenga forzosamente un mayor impacto proporcional en las empresas de menores dimensiones ocupacionales”.

¹¹³⁷ En este sentido, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 94, dirá que se llevará a cabo “según el tamaño de la empresa –no de centros de trabajo–”; igualmente, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 142; ALBIOL MONTESINOS, I.: “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, T.S., núm. 43/1.994, cit., pg. 75. Igualmente, p.e., la STSJ de Galicia de 2 de octubre de 2.003, AS 2.004/70, señala que “el precepto habla de empresa y no de centro de trabajo”.

¹¹³⁸ Véase MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*, MTSS, Madrid, 1.995, para quién la empresa es una organización productiva y social (pg 36) mientras que el centro de trabajo es una unidad productiva (pg. 225). VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., pg. 443, señalan que si la empresa es la “unidad de organización de una actividad económica, en forma centralizada o descentralizada”, el centro de trabajo es, de acuerdo con la definición legal ex artículo 1.5 LET “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la Autoridad Laboral”. Igualmente, la jurisprudencia se ha pronunciado desde antiguo señalando la diferencia entre empresa y

Esta posición se sustenta, esencialmente, en que el referente para la limitación cuantitativa usado por la Directiva 75/129/CE, sobre despidos colectivos¹¹⁴⁰, incorporado en la actual redacción del artículo 51 LET¹¹⁴¹, es el centro de trabajo. Éste es un criterio totalmente coherente con el protagonismo del centro de trabajo o unidad técnica de producción específica¹¹⁴² en el desenvolvimiento de las actividades productivas que llevan a que las modificaciones sustanciales se apliquen, normalmente, a solventar situaciones de necesidad concretas de cada centro de trabajo¹¹⁴³. De aquí que, si admitimos la aplicación de esta lógica a las modificaciones sustanciales por su cercanía al supuesto legal del 51.1 LET, se podría hacer una interpretación similar del artículo 41.2 *in fine* que nos permitiera tener como unidad empresarial de referencia el centro de trabajo.

Otro argumento a favor de que la referencia para el cómputo de trabajadores sea el centro y no la empresa se ha encontrado en el artículo 40 LET, que se refiere a la

centro de trabajo. Véase, p.e., STCT de 12 de noviembre 1980, Ar. 5754, que define el centro de trabajo como una unidad técnica de producción, mientras que la empresa sería una figura más amplia, la unidad organizativa que contiene al centro de trabajo. Acerca de la diferencia entre lugar de trabajo, centro de trabajo y empresa, véase STCT de 21 diciembre 1984, Ar. 10030.

¹¹³⁹ En esta línea, véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 258, donde el autor se plantea si el precepto “se refiere a la unidad productiva con organización específica que constituye el centro de trabajo, y a la cual se refiere el número 5 del artículo 1 ET, o si se trata de la empresa en sentido económico, a la que alude de manera clara y distinta en el artículo 44 del mismo cuerpo legal”, decantándose por el centro de trabajo del 1.5 LET, salvo que la empresa “cuenta con un único centro” o “haya constituido un comité de empresa conjunto”. En similar sentido, MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 15ª ed. 1.994, pgs. 425 y 482. VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit. pg. 212 y 213.

¹¹⁴⁰ Directiva del Consejo, de 17 de febrero de 1.975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Su artículo 1 se refiere expresamente a la aplicación de su umbral cuantitativo al “centro de trabajo”.

¹¹⁴¹ Cfr., en este sentido, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 258.

¹¹⁴² MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 536, sitúa la diferencia entre empresa y centro de trabajo en la organización específica que caracteriza al centro de trabajo, que no implica necesariamente una absoluta autonomía de organización, ya que el centro se integra en el contexto superior de la empresa.

¹¹⁴³ En esta lógica, véanse, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 128, y VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 213.

movilidad geográfica. En esta identidad del objeto de ambas normas, puesto que los dos regulan modificaciones sustanciales, e identidad del umbral cuantitativo del 40.2 y del 41.2, es donde se sustenta la opinión de que se debe hacer este cómputo con referencia al centro de trabajo y no a la empresa¹¹⁴⁴, aunque es evidente que esta argumentación se debilita porque este razonamiento puede invertirse y servir, igualmente, para fundamentar que la referencia común sea la empresa.

Cuestión distinta, aunque relacionada, es que, en la práctica, en bastantes ocasiones encontramos que cuando se llevan a cabo modificaciones sustanciales se emprenden con referencia a las necesidades y requerimientos de un centro de trabajo concreto¹¹⁴⁵, no de la empresa, lo que ha permitido afirmar que si el centro de trabajo cuenta con representación propia debe tomarse éste como referencia¹¹⁴⁶. Sin embargo, esto no siempre es así, puesto que las modificaciones sustanciales son un instrumento de reorganización del factor trabajo, tanto en un concreto centro como en el conjunto de la empresa, si ésta dispone de varios centros. En este sentido, se puede afirmar, tanto para la empresa como para el centro de trabajo, sólo que éste último depende organizativamente, en última instancia, de la empresa de la que forma parte, que son sus necesidades reorganizativas las que exigen la modificación o modificaciones sustanciales, por lo que no nos parece que sea un argumento completamente decisivo para inclinarnos por el centro de trabajo en detrimento de la empresa. En cualquier caso, la dicción de la norma es clara y se refiere a la empresa como referencia para el cómputo de trabajadores.

En cuanto a qué trabajadores serán los que se cuenten para establecer la dimensión de la empresa, en la norma no se hace mención alguna y, por tanto, no se diferencia entre los trabajadores contratados temporales con respecto al cómputo de trabajadores, por lo que

¹¹⁴⁴ En este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit. pg. 130.

¹¹⁴⁵ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 155, dirá que las particularidades económicas, técnicas, organizativas o productivas de los centros de trabajo serán las que exigirán o no las modificaciones sustanciales.

¹¹⁴⁶ En esta línea, véase la STSJ de Asturias de 9 de enero de 1.998, AS 5068, que afirma que la referencia a la empresa debe entenderse hecha al centro de trabajo que cuente con representación de personal propia.

habrá de entenderse que si la norma no distingue habrán de ser computados como un trabajador más, sin distinción alguna basada en el tipo de contrato que los vincula con la empresa. No obstante, también se ha defendido que para fijar la dimensión de la empresa sólo deben ser tenidos en cuenta los trabajadores fijos de plantilla, dejando al margen aquellos trabajadores que tengan un contrato temporal¹¹⁴⁷, fundamentando su opinión, en primer lugar, en el artículo 1.1.a) de la Directiva 75/129 que refiriéndose al elemento ocupacional lo hace con la expresión “trabajadores habitualmente empleados”, de lo que, entienden, se debe deducir que los trabajadores contratados temporalmente no son habituales y, por tanto, no deben computar. En segundo lugar señalan que si el propio Estatuto ha optado por dar trascendencia al tamaño de la plantilla de la empresa lo hace “sobre la base del empleo fijo”¹¹⁴⁸, al igual que se ha fundamentado esa opinión en una lectura sistemática de los párrafos primero y cuarto del artículo 51.1 LET que permiten pensar que si las extinciones de contratos temporales no computan a efectos de la superación o no de los umbrales numéricos, tampoco deberían hacerlo para fijar el tamaño de la plantilla¹¹⁴⁹. Otra cuestión es cómo computar los contratos temporales, si incluyendo todos los vigentes en el momento del recuento o acudiendo a la extrapolación de los días trabajados al cómputo anual, de una manera similar a como se hace para calcular el número de representantes a elegir, lo que parece más correcto.

Otro tema que también se ha planteado alguna doctrina es cómo se calificaría la modificación que afectase a la totalidad de la plantilla de una empresa de diez

¹¹⁴⁷ Véase, en esta lógica, PRADOS DE REYES, F.J.: “Despidos colectivos”, en Alarcón Caracuel, M.R. (Dir), *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1.994, pg. 231; RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pg. 313. en términos más dubitativos, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “El despido colectivo”, *Revista Jurídica Aranzadi*, núm. 156/1.994, pg. 3. Esta interpretación ha sido posteriormente matizada, propugnándose la incorporación en el cómputo de los trabajadores temporales pero de forma corregida en cuanto a su magnitud por los datos que aporte el cómputo anual de horas de trabajo desempeñadas por estos trabajadores. Al respecto, véase PRADOS DE REYES, F.J.: “Los despidos objetivos por las causas del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores”, en Castiñeira Fernández, J. (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi-Junta de Andalucía, Pamplona, 1.997, pgs 72 y 73.

¹¹⁴⁸ PRADOS DE REYES, F.J.: “Despidos colectivos”, cit., pg. 231.

¹¹⁴⁹ Véase RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 313.

trabajadores o menos, si plural o colectiva, concluyendo que deberá ser considerada en cualquier caso como modificación plural¹¹⁵⁰.

El segundo requisito exigido por la norma, para la sustanciación de estas modificaciones por el procedimiento individual, es que estos umbrales numéricos de trabajadores afectados se den dentro de un marco temporal limitado, puesto que se exige que el número de afectados se mantenga por debajo del mismo durante un período de 90 días¹¹⁵¹.

Ahora bien, si no es fácil la interpretación del cómputo de esos noventa días a efectos de conocer si se sobrepasa el umbral de trabajadores afectados, sí que es una cuestión de gran importancia, puesto que es el criterio decisorio para la declaración de esas modificaciones como válidas o como fraudulentas y, por tanto, nulas de pleno derecho¹¹⁵². Con esta previsión se intenta evitar lo que se ha llamado un “goteo sucesivo” de modificaciones que oculte la superación de los umbrales cuantitativos¹¹⁵³. Para ello se declara la nulidad de cuantas modificaciones se lleven a cabo contraviniendo lo señalado, porque todas las modificaciones sustanciales que afecten al horario o a las funciones, aún dentro de los umbrales cuantitativos, se podrán considerar plurales, puesto que, además del respeto a ese límite legal, no puede sobrepasarlo durante noventa días. Ahora bien, en este cómputo se presentan diversas cuestiones que derivan de la confusa expresión legal y que plantean algunos interrogantes.

¹¹⁵⁰ En este sentido, véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit. pg., 131.

¹¹⁵¹ Artículo 41.2.4 LET.

¹¹⁵² El artículo 41.3.4. dice que “cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo (procedimiento de modificación de condiciones colectivas), la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley y serán declaradas nulas y sin efecto”. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 258, dirá que “la interpretación rigurosa y uniforme de este extremo tiene un valor decisivo para evitar que se puedan declarar fraudulentas y, por tanto, nulas las nuevas modificaciones sustanciales”.

¹¹⁵³ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 142, hace extensiva esta idea, como es lógico, a los traslados y despidos colectivos.

Como acabamos de señalar, el texto normativo se refiere a que no deben superarse los umbrales cuantitativos dentro de un tramo aislado de noventa días, puesto que si se superan no se tendrán por válidas las modificaciones que se hayan tramitado como individuales, como ha reconocido la casi totalidad de la doctrina¹¹⁵⁴, aunque algún autor ha hecho una lectura alternativa y rechazable¹¹⁵⁵.

El problema aparece cuando intentamos delimitar el tramo temporal de referencia, que se centra en conocer cuál es el *dies a quo* que debemos usar como punto de partida para el cómputo de esos noventa días. Esta cuestión es muy importante, puesto que según el sistema de cómputo la modificación podrá ser declarada fraudulenta o válida.

Como la norma no contiene indicación alguna al respecto, se podría hacer de dos maneras¹¹⁵⁶: una, computando ochenta y nueve días hacia atrás y hacia delante desde el día en que se notifica la modificación y comprobar si se superan o no los límites cuantitativos para las modificaciones con la misma justificación causal¹¹⁵⁷; la otra sería iniciar un ciclo de noventa días a partir de la primera modificación que pudiese calificarse de plural, de modo que se computen todas aquellas modificaciones

¹¹⁵⁴ Véase, por todos, CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 143.

¹¹⁵⁵ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (comentario al art. 41 del Estatuto de los Trabajadores en la nueva redacción de la Ley 11/1994, de 19 de mayo)”, *Estudios de Jurisprudencia. Revista Colex*, núm. 11/1.994, pg. 185, ha dado una interpretación distinta a este precepto legal, entendiendo que cuando la norma se refiere a “modificaciones ... que afecten, en un periodo de noventa días...”, está indicando la transitoriedad de la modificación, que debe tener una duración inferior o igual a esos noventa días. En contra de este planteamiento, p.e., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, cit., pg. 132, alega que no parece ser esta la interpretación correcta puesto que se utiliza idéntica expresión en la redacción de los artículos 40.2 y 51.1 LET, con referencia a traslados y despidos que no cabe entenderlos como transitorios.

¹¹⁵⁶ RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 259.

¹¹⁵⁷ La mayoría de la doctrina se decanta por este sistema. Véanse, entre otros, ALBIOL MONTESINOS, I.: “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 69; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit. pg. 8 y ss.; para la movilidad geográfica, CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1.995, pg. 124 y ss.

susceptibles, por acumulación, de conformar el fraude previsto y condenado en la norma¹¹⁵⁸.

El primer sistema parece más razonable y coherente con la lógica legal, mientras que el segundo tiene el inconveniente de que la modificación puede ser plural o colectiva por el margen de un solo día¹¹⁵⁹, de manera que ha sido objetada por alejarse del espíritu de la norma y posibilitar, mediando ánimo de burlar la regulación del art. 41.4, el previsto fraude de ley¹¹⁶⁰.

Ahora bien, ¿qué sucede si dentro de ese período de noventa días se producen modificaciones fundamentadas en causas diferentes? ¿Deben ser computadas todas las modificaciones juntas o se debe hacer una separación por causas justificativas? De entrada, hay que señalar que la norma, como en otras ocasiones, no se pronuncia al respecto, por lo que caben dos interpretaciones: una, que deben sumarse todas las modificaciones que se lleven a cabo en esos noventa días, con independencia de la causa que las fundamente, al no haberse establecido otra cosa expresamente en la norma¹¹⁶¹.

Otra, que parece más lógica y acorde con la expresión normativa, que las modificaciones llevadas a cabo se computen de modo independiente para cada una de

¹¹⁵⁸ Por el contrario, RIVERO LAMAS, J, se decanta por el alternativo, por entenderlo “más racional y en consonancia con la letra del ET” (“Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, cit., pg. 259 y ss.).

¹¹⁵⁹ Desde la perspectiva de la movilidad geográfica así lo entiende CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, cit. pg. 124 y ss.

¹¹⁶⁰ En este sentido, SAN MARTÍN, MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial*, cit., pg. 140.

¹¹⁶¹ Véase en esa línea, CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41...”, cit., pgs. 143 y 144.: “formalmente la norma no efectúa distinciones según que las modificaciones respondan a la misma o a diversa causa justificativa, por lo que el precepto obliga a acumular todos los cambios en un mismo bloque, forzando a su tratamiento unitario y sometiendo a la tramitación de las modificaciones colectivas en la hipótesis de trabajo de que superen los umbrales cuantitativos en su conjunto. En el caso de que el empresario ya hubiera efectuado algunas modificaciones por la vía individual, éstas serían impugnables por haber utilizado un procedimiento incorrecto, siempre y cuando la acción no hubiera caducado o se hubiera dictado sentencia firme. Al empresario le cabría iniciar la tramitación desde el inicio, sometiendo el total de las modificaciones al procedimiento colectivo”. Igualmente, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *ibidem*, pg. 133.

las causas esgrimidas, siempre, por supuesto, que se demuestre la realidad de esas causas, porque de la redacción legal parece desprenderse claramente que sólo se entiende concurrente el ánimo elusivo si se superan los umbrales cuantitativos sin que concurren nuevas causas justificativas¹¹⁶², porque, en principio, se puede pensar que la exigencia de nuevas causas, que justifiquen las modificaciones que se lleven a cabo en los períodos sucesivos, es la sola manera de justificar la validez de las modificaciones llevadas a cabo en ese espacio temporal, sin arriesgar el que sean calificadas como efectuadas en fraude de ley¹¹⁶³.

En cuanto a la existencia de intención defraudadora de las prescripciones legales no parece que sea necesaria su prueba, puesto que lo punible no es la posible mala fé de la actuación fraudulenta, sino únicamente su resultado vulnerador del ordenamiento jurídico¹¹⁶⁴, de tal modo que la existencia del *animus defraudandi* simplemente se deduce del conjunto de los hechos, sin necesidad de la práctica de prueba específica alguna¹¹⁶⁵, salvo la demostración en contrario, es decir la justificación de que existe una causa habilitante diferente para la nueva modificación.

¹¹⁶² Véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 95: “el art. añade una cláusula de salvaguarda para casos de fraude a la Ley, en el apartado 4, de su nº 3; si se utiliza este procedimiento (...) sin que haya motivos distintos justificativos”.

¹¹⁶³ A este propósito, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 143, afirma que “el precepto no está exigiendo una precisa demostración de la finalidad elusiva, que no se convierte en requisito autónomo, adicional a los objetivamente predeterminados legalmente; dicho de otro modo, la identidad de causas justificativas da por supuesto la concurrencia del móvil elusivo de las reglas del procedimiento colectivo, en tanto que la demostración por el empresario de la concurrencia de causas diversas o de hechos nuevos justificativos le avala para destruir la presunción de haber actuado con ánimo fraudulento”.

¹¹⁶⁴ La idea de que aquellos actos que infringen la finalidad de las normas han de ser reprimidos, con independencia de la concurrencia o no de mala fé, de acuerdo con el artículo 6.4 CC (Los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir), ha sido resaltada por destacados civilistas como CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, t.I, vol. I, 12ª ed. Reus, Madrid, 1.988, pg. 599; igualmente PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1.980, pg. 389 y ss.; ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, vol. I, 14ª ed. Bosch, Barcelona, 1.994, pg. 189 y ss.

¹¹⁶⁵ Véase, p.e., PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, cit., pg. 390; ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, vol. I, cit., pg. 191.

El fraude en la utilización de la vía procedimental de las modificaciones plurales, en lugar de la correspondiente a las colectivas, puede existir porque el procedimiento para las modificaciones colectivas es bastante más complejo que el de las individuales, puesto que el trámite colectivo exige la participación de los representantes de los trabajadores, con los que se debe llevar a cabo un período de consultas y, si la condición deriva de un convenio colectivo, llegar a un acuerdo. Esta importante diferencia es la que puede hacer atractivo para el empleador el uso incorrecto de la vía individual, lo que se considera por la propia norma laboral como fraude de ley¹¹⁶⁶, con la correspondiente sanción de nulidad de las modificaciones acometidas, sanción que se refuerza en la correspondiente norma procesal laboral, en su artículo 138.5 *in fine*, a propósito de la regulación de la modalidad procedimental específica para el enjuiciamiento de las modificaciones sustanciales, declarando “nula la decisión adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo (...) en el último párrafo del apartado 3 del artículo 41”.

Ahora bien, ¿esa sanción de nulidad se ejecuta sobre todas las modificaciones llevadas a cabo o sólo sobre algunas? La cuestión se puede concretar más: ¿serán nulas todas las modificaciones, incluidas las llevadas a cabo en los primeros noventa días, o sólo aquellas que se lleven a cabo en los períodos sucesivos?.

La norma no se pronuncia sobre la nulidad de las modificaciones realizadas en el primer período y sí lo hace, en cambio, de forma expresa con respecto a los períodos

¹¹⁶⁶ Véase, para una perspectiva general del fraude de ley en el ámbito laboral, GALIANA MORENO, J.M.: “El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1.990; IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R.: *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, UCM, Madrid, 1.989.

sucesivos¹¹⁶⁷, de lo que hay que deducir que si el legislador hubiese querido también la nulidad de las realizadas en el primer período lo hubiese dicho igualmente¹¹⁶⁸.

En caso contrario, si se admitiese la nulidad de las primeras, nos encontraríamos, de entrada, con un posible problema de seguridad jurídica, aparte de otro de índole práctica, puesto que cuando se compruebe la superación de los umbrales puede estar ya caducada, en bastantes casos, la acción legal para su impugnación, puesto que su plazo de ejercicio es de veinte días¹¹⁶⁹ e, incluso, pudiera haber sentencia firme que resuelva dicha impugnación, aunque se ha defendido que éstas se deben incluir también dentro de las modificaciones anulables, por ser un componente más del plan defraudatorio del empresario¹¹⁷⁰.

Evidentemente, también podemos encontrarnos con la realidad de que no exista intención alguna de defraudar lo dispuesto por la norma, sino únicamente un error de previsión empresarial que lleva a prever que con sólo algunas modificaciones se satisfacen las necesidades reorganizativas, pero que después se revelan insuficientes, por lo que se hacen necesarias más modificaciones, que en conjunto ya superen el umbral cuantitativo puesto que todas responden a la misma o mismas causas. En cualquier caso, la solución, desde nuestra óptica, es que se mantengan válidamente las

¹¹⁶⁷ El artículo 41.3.4. dice que “cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo (procedimiento de modificación de condiciones colectivas), la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley y serán declaradas nulas y sin efecto”.

¹¹⁶⁸ Véase, en esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 ..., cit., 143, “en sentido contrario habría que suponer que el silencio comporta la confirmación de la validez de las primeras modificaciones, sin que sea posible imputar la nulidad también a estas otras, básicamente porque de lo contrario así lo hubiera dicho expresamente la norma”.

¹¹⁶⁹ Cfr. los artículos 59.4 LET y 138.1 LPL.

¹¹⁷⁰ Véase ALBIOL MONTESINOS, I.: “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 68. En parecida lógica, aunque reconociendo que como el momento procesal oportuno para la impugnación de estas primeras modificaciones sería una vez hubiese sido declarado el fraude, nos encontraríamos con el problema de la caducidad de acciones y de las posibles sentencias confirmativas de la modificación, cfr. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El régimen jurídico de la modificación..., cit., pg. 138.

primeras modificaciones, mientras que se deben tramitar como colectivas aquellas que superen el umbral de referencia¹¹⁷¹.

Ahora bien, si se quieren llevar a cabo más modificaciones sin temor a su declaración de nulidad podrían hacerse por dos procedimientos: uno, que estas nuevas modificaciones respondan a causas diferentes de las primeras, lo que no puede calificarse como fraudulento, aunque la realidad es que sí se presumirán como tales, presunción *iuris tantum* que podrá ser desvirtuada por el empresario demostrando la concurrencia real de nuevas causas¹¹⁷². Esto implica que las causas alegadas se basen en hechos y circunstancias distintos a los que fundamentan las causas primeras, por lo que, en realidad, más que de igualdad de causas hay que hablar de igualdad de hechos¹¹⁷³.

La segunda, dejar pasar, como mínimo, otro período de noventa días sin llevar a cabo modificación alguna, entre las primeras y las segundas¹¹⁷⁴, de manera que ya no podría aplicarse la previsión del 41.3.4 LET¹¹⁷⁵.

¹¹⁷¹ Igualmente en esta línea, CRUZ VILLALÓN, J.: *Ibidem*, pg. 143.

¹¹⁷² En este sentido, CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 143.

¹¹⁷³ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, cit., pg. 259 y 260, donde interpreta que la concurrencia de “nuevas causas” ha de interpretarse no como que el empresario “deba invocar unas razones diferentes de las ya aducidas para justificar las modificaciones presuntamente individuales del anterior ciclo de noventa días, sino que han de ser causas distintas por corresponder a circunstancias o hechos nuevos que han incidido en las condiciones de desenvolvimiento de la empresa, originando también la necesidad de introducir nuevas modificaciones sustanciales”. Igualmente CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pgs. 142 y 143; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 139.: “Es decir que la razón justificativa invocada por el empresario –“económica, técnica, organizativa o de producción”- puede ser la misma en las nuevas modificaciones y en las anteriores, pero sólo habrá fraude si las circunstancias que las fundamentan no han cambiado”; en el mismo sentido, aunque con respecto al 51.1 *in fine* LET, GARRIDO PÉREZ, E.: “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en AA.VV., *Los despidos por causas económicas y empresariales* (J. CRUZ VILLALÓN, coord.), Tecnos, Madrid, 1.996, pg. 115 y ss.

¹¹⁷⁴ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, cit., pg. 260. en el mismo sentido, aunque con respecto al 51.1 *in fine* LET, GARRIDO PÉREZ, E.: “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, cit., pg. 117.

¹¹⁷⁵ A este propósito, con un planteamiento radical con base en un juicio de intenciones, señala SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pgs. 137 y 138, que este modo de operar “aparentemente parece dar cobertura a la conducta fraudulenta”, puesto que si el empresario lo que busca es eludir las previsiones normativas, “habrá fraude de ley, aunque no el estrictamente previsto en el 41.3 párrafo cuarto ET”, debiendo analizarse en cada caso “si es posible deducir de la actuación empresarial una intención maliciosa”. Este planteamiento parece olvidar lo difícil

1.4.4. Las modificaciones colectivas

Podemos definir las modificaciones colectivas como aquellas que afectan a las condiciones reconocidas a los trabajadores en un convenio colectivo, un pacto o acuerdo colectivo o las que son disfrutadas por éstos en virtud de una decisión del empresario de efectos colectivos.

Como se observa, la norma se refiere a tres fuentes de condiciones que se pueden calificar como colectivas, lo que se traducirá en la existencia de diversos procedimientos modificatorios, en función del origen de la condición que se modifica¹¹⁷⁶. De esta manera, las modificaciones colectivas aparecen inicialmente como más complejas que las individuales, tanto en lo concerniente a su triple origen, como a la doble vía procedimental que se establece: una para las condiciones reconocidas en un convenio colectivo estatutario y otra para las contenidas en otro tipo de acuerdo o pacto colectivo y para las disfrutadas por el trabajador en virtud de una decisión del empresario de efectos colectivos.

1.4.4.1. La modificación de condiciones contenidas en convenio colectivo. El alcance de la enumeración del 41.2.3, *in fine*, LET

En primer lugar vamos a analizar la posibilidad de modificar las condiciones contenidas en un convenio colectivo, que son las que, sin duda alguna, plantean más cuestiones. El tipo de convenio al que nos referimos es el convenio colectivo estatutario *ex* Título III LET, puesto que la dicción legal del 41.2.3, *in fine*, se refiere a “los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley”, es decir, las condiciones establecidas en aquellos instrumentos colectivos de carácter normativo con eficacia

que puede resultar probar esa intencionalidad que, además, respeta íntegramente lo dispuesto en la norma.

¹¹⁷⁶ Igualmente señala VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 94, que “la distinción entre individuales y colectivas tienen dos consecuencias: los efectos de las modificaciones de que se trate, y el procedimiento que el empleador ha de seguir para llevarlas a efecto”.

general *erga omnes*, sin distinción alguna en el ámbito de aplicación de estos convenios, toda vez que el legislador no ha hecho distinción alguna¹¹⁷⁷.

Como ya se ha mencionado, este artículo 41 LET está completamente imbuido de la filosofía flexibilizadora de la reforma de 1.994, que se manifiesta muy especialmente, entre otras cosas, en la posibilidad que el párrafo 2.3 *in fine*, del artículo 41 recoge, para permitir modificar las condiciones contenidas en un convenio estatutario a través del acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de la empresa, estableciendo así un procedimiento modificatorio del convenio que permite, con cierta facilidad, adaptar las condiciones de trabajo a los requerimientos organizativos de la empresa, sin tener que acudir al más complejo de la renegociación *ante tempus*, también previsto en el tit. III, sin olvidar la posibilidad de modificación de las condiciones salariales contenidas en el convenio, que se lleva a través de la aplicación de las cláusulas de descuelgue salarial¹¹⁷⁸.

Así, la actual redacción normativa contradecía la interpretación de la anterior redacción del artículo 41 y se cerraron los debates doctrinales acerca de la posibilidad de modificación de las condiciones contenidas en convenios colectivos, aunque no del todo la discusión acerca de la constitucionalidad de esas modificaciones, toda vez que ante la ausencia de pronunciamiento legal expreso, el Tribunal Constitucional había concluido que, de acuerdo con el artículo 37.1 CE, no era posible modificar el contenido de un convenio colectivo, de manera que sólo podría ser alteradas mediante el artículo 41 las condiciones de trabajo de naturaleza contractual¹¹⁷⁹.

Otra cuestión es la que se refiere a las materias o condiciones que pueden ser modificadas por intermedio del artículo 41 LET, puesto que en el apartado tercero del

¹¹⁷⁷ Cfr. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, cit., pg. 101, excluye del ámbito de aplicación del 41.2 LET los acuerdos marco y los convenios que, por estar denunciados, sólo contengan cláusulas obligacionales.

¹¹⁷⁸ Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

¹¹⁷⁹ Véase la ya referida STCo. 92/1992, de 11 de junio, BOE de 15 de julio de 1.992 y lo comentado *supra*.

párrafo segundo se hace una enumeración de las materias que, formando parte del convenio colectivo, pueden ser modificadas mediante un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Estas materias son el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y el sistema de trabajo y rendimiento.

El porqué de una elección de materias restringida a estas cuatro, se puede explicar porque éstas son condiciones de trabajo con una vinculación especial con la empresa o el centro de trabajo, por lo que la uniformización que introduce el convenio en su tratamiento, sobre todo si es de ámbito supraempresarial, en bastantes ocasiones puede representar un obstáculo, tanto para el logro de la eficiencia empresarial, como para la adaptación de la empresa a las condiciones de competitividad en su ámbito de actuación, perturbándose, si rechazamos esta posibilidad, la adaptación de las “condiciones de trabajo directamente vinculadas con las peculiaridades organizativas de las empresas”¹¹⁸⁰.

Evidentemente, no resulta siempre fácil para un convenio colectivo contemplar de forma pormenorizada este tipo de condiciones de trabajo, de manera que lo usual será el establecimiento de planteamientos generales, que deberán ser concretados y precisados posteriormente en las empresas y centros de trabajo, al confrontar esos planteamientos convencionales, más o menos concretos, con las peculiaridades organizativas de las específicas unidades productivas¹¹⁸¹.

La enumeración taxativa de estas cuatro materias supone que cualquier otra resulta excluida de la posibilidad de alteración por este procedimiento, incluida la modificación

¹¹⁸⁰ Ésta es la motivación de la enmienda núm. 195 del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, por la que se introdujo la modificación de condiciones contenidas en convenio colectivo en el actual artículo 41 LET (BOCG de 22 de febrero de 1994 –Congreso de los Diputados- V Legislatura- Serie A, núm. 42-4). Véase VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pg. 100 y ss.

¹¹⁸¹ Cfr. Véase VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pg 103. Igualmente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, pg. 192, se refiere a que algunas materias, como las relativas al tiempo de trabajo, son de imposible especificación por un convenio colectivo supraempresarial, por lo que deben ser pactadas estas materias a nivel de empresa.

de la jornada y de las funciones¹¹⁸² puesto que la norma expresamente dice que “la modificación de las condiciones establecidas en los convenios (...) sólo podrá producirse (...) respecto de las materias a que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior”. Estas materias tasadas, a las que no pueden añadirse otras, puesto que el carácter imperativo del artículo 41 excluye la posibilidad de incrementar mediante pacto convencional las materias modificables por esta vía¹¹⁸³, son, por tanto, el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y el sistema de trabajo y rendimiento, que vamos a analizar, siquiera sea someramente, para delimitar cuál sea su amplitud, porque de ello dependerá su consideración como condición de trabajo sustancialmente modificable o no.

Otra cuestión es la conveniencia o no de ampliar las condiciones modificables. En nuestra opinión podría ser conveniente, en aras, no sólo de la facilitación y adaptabilidad organizativa de la empresa, sino, esencialmente, buscando su competitividad y permanencia en un mercado de libre comercio como el actual, abrir completamente el número de las condiciones modificables, para así mantener la competitividad de las empresas, directamente enfrentadas a los avatares del libre mercado y modificar, si las necesidades organizativas lo exigen, cualquier otra condición, al igual que ahora se permite para las cuatro reseñadas, lo que, además, sería más coherente con la lógica interna del precepto.

¹¹⁸² En este sentido, véanse, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pg. 95; *Ídem* : *Los acuerdos o pactos de empresa*, cit., pg. 323 y ss.; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, cit., pg. 107.

¹¹⁸³ Véase nuestra argumentación expuesta anteriormente. En contra, CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41...”, cit., pg. 126, afirma que “debe entenderse que esta limitación objetiva de materias juega, de principio, en ausencia de previsión en contrario por parte del propio convenio colectivo estatutario objeto de alteración. Nada impide interpretar que esta limitación por parte del art. 41 ET se presenta como una norma “supletoria” respecto del convenio colectivo; en virtud de la libertad de contratación por parte de la comisión negociadora, entre otros a través del mecanismo del art. 83 ET de remisión a niveles inferiores de negociación, el propio convenio colectivo puede admitir que determinadas materias pactadas en el mismo sean modificables por acuerdo de empresa. Para el caso específico de los cambios funcionales así viene aclarado expresamente por el art. 39.5 ET”.

Si la modificación se refiere exclusivamente a las materias autorizadas no se planteará cuestión alguna, mientras que si afecta, siquiera sea tangencialmente, a cualquier otra no enunciada caben dos posibilidades: una, rechazar la posibilidad de modificación de la materia autorizada, porque su alteración afecta directa o indirectamente a cualquier otra, lo que no parece admisible, o bien dar por sentado que cualquier alteración directa de una condición contractual puede afectar casi siempre, siquiera sea indirectamente, a otras condiciones, lo que parece más acertado, puesto que, en caso contrario, quedaría invalidada en la práctica la posibilidad de modificar sustancialmente estas cuatro condiciones contractuales¹¹⁸⁴.

Esto se muestra especialmente si pensamos que una interpretación restrictiva supondría la inaplicación de la previsión normativa, puesto que, probablemente, la cuantía del salario, que no se permite modificar directamente, se vería afectada en la mayoría de las situaciones, especialmente en todo cuanto se refiere al cambio del sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento. Por esto, la opinión mayoritaria de la doctrina supedita la validez de estas modificaciones complejas a que tanto éstas como la causa que lo justifica recaigan directa e inmediatamente sobre la materia autorizada, independientemente de que de modo reflejo e indirecto se puedan ver alteradas otras condiciones que no están entre las permitidas¹¹⁸⁵.

a) La modificación de la jornada y los horarios

Cuando se habla del elemento temporal de la relación de trabajo se puede hacer desde dos perspectivas. La primera, que no nos interesa ahora, se refiere a la duración de la relación jurídica de trabajo, es decir la duración del contrato. La segunda, a la ordenación del tiempo de trabajo, es decir a la fijación de los momentos en que el trabajador prestará o no servicios¹¹⁸⁶. Esta segunda perspectiva es la que interesa a la

¹¹⁸⁴ Igualmente, p.e., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, cit., pgs. 158 y 159.

¹¹⁸⁵ En esta lógica, véanse, p.e., CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 127 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit. pg. 104 y ss.; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, cit., pg. 43 y ss.

¹¹⁸⁶ Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, 1.988, pg. 36,

regulación del artículo 41 LET. Ahora bien, ésta también contiene dos vertientes: una, la duración de la jornada y otra, su distribución, que habremos de delimitar, porque ni son lo mismo, ni las dos reciben idéntico trato normativo.

Cuando hablamos de la duración de la jornada de trabajo nos estamos refiriendo a la cantidad de tiempo dedicado a la prestación de trabajo, que puede ser computado diaria, semanal, mensual o anualmente, mientras que cuando hablamos de la distribución de la jornada de trabajo nos referimos habitualmente al horario de trabajo, es decir a la concreción de las horas de inicio y finalización de la jornada diaria, es decir de horarios¹¹⁸⁷. Ahora bien, el legislador confunde ambos conceptos y los mezcla¹¹⁸⁸, creando incertidumbres acerca de la modificabilidad o no de esta materia, como cuando habla de jornada continuada o jornada partida, refiriéndose claramente a ejemplos de distribución del tiempo de trabajo de la jornada o utilizando el término *distribución* diaria o anual en los artículos 34.2 y 34.3, párrafo 2º LET, lo que es particularmente apreciable en los convenios colectivos¹¹⁸⁹.

que califica esta ordenación del tiempo de trabajo como el “principal elemento de medida de la prestación debida por el trabajador”, y como tal integra de forma determinante, el objeto de la prestación. En similar sentido, VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 524, dirá que el tiempo es “medida indirecta (y fundamental) para el cómputo del “quantum” de la prestación de servicios, esto es, el tiempo que a cambio de retribución el trabajador se pone a disposición del empleador”.

¹¹⁸⁷ Esta es la distinción tradicional en la doctrina. Véase, por todos, VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 524 y ss. Igualmente, la jurisprudencia reitera esta misma distinción. Véase, p.e., véase, p.e., la STS de 26 de junio de 1.988, Ar. 5789, que se pronuncia en ese sentido: “los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar dentro del lapsus temporal de que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en el que cada día se ha de prestar servicio”; igualmente, entre otras, las SSTS de 27 de julio de 1.995, Ar 6325, y 26 de junio de 1.998, Ar 5789, así como las SSTSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 1.999, AS 3975, de Navarra de 13 de octubre de 2.005, AS 3436, de Valencia de 3 de octubre de 2.007, AS 712, y de Extremadura de 23 de enero de 2.008, JUR 106348.

¹¹⁸⁸ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)”, *Documentación Laboral*, núm. 43/1.994, pg. 83, dirá que lo que parece hacer la norma es “minimizar la regulación de la jornada, mientras convierte aspectos de aquélla en temas de horario”.

¹¹⁸⁹ Por todos y como ejemplo puede verse el Convenio Colectivo del Servicio de Limpieza Pública y Recogida de Residuos de Sagunto (B.O. de Valencia de 23 de septiembre de 2.005, núm. 226, suplemento, 3), señala, en su artículo 16 que “la jornada de trabajo será de 1.584 horas anuales de trabajo efectivo. Todo el personal que realice la jornada de trabajo de forma continuada o discontinua

De aquí debe quedar claro que, si las modificaciones emprendidas implican una mayor o menor cantidad de tiempo de trabajo, estaremos ante una modificación de la jornada laboral, inmodificable por la vía del artículo 41 LET únicamente si ha sido establecida en convenio colectivo estatutario, mientras que si lo que se lleva a cabo son variaciones que sólo inciden en la distribución del tiempo de trabajo, pero sin afectar a su cantidad, es decir, cambio de horario o del sistema de turnos aplicable, sí se podrá llevar a cabo a través del 41 LET¹¹⁹⁰.

Ahora bien, en la lógica de la flexibilidad de la Ley 11/1.994, si bien se ha admitido la distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año¹¹⁹¹ y la posibilidad de trabajar diariamente más allá del límite de nueve horas¹¹⁹², como instrumento de adaptación a las exigencias y necesidades productivas y organizativas de las empresas de los actuales sistemas productivos, puesto que el tiempo de trabajo, como aspecto básico de la regulación de las relaciones laborales tiene una importante incidencia en la organización, tanto de las empresas como de la vida personal de los trabajadores, lo que resalta la importancia de una adecuada regulación que conjugue los intereses empresariales y personales en este campo¹¹⁹³.

Pues bien, la citada regulación normativa ha llevado, en conjunto, a la jornada de cuarenta horas en cómputo anual, en lugar de la jornada de cuarenta horas semanales, pero no se deja en manos exclusivas de la empresa, sino que, al contrario, esta distribución irregular de la jornada ha de llevarse a cabo a través de la negociación colectiva, que si se materializa a través de un convenio colectivo estatutario no podrá ser modificada por los procedimientos del artículo 41 LET, contrariamente a lo que

durante más de cuatro horas, disfrutará de veinte minutos para la toma de bocadillo” y en el artículo 17 (Horario de Trabajo y Distribución Semanal) se dice que “el horario de trabajo será de siete horas diarias de acuerdo con el calendario laboral”.

¹¹⁹⁰ Véase, en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 126.

¹¹⁹¹ Artículo 34.2 LET.

¹¹⁹² Artículo 34.3.2º LET:

¹¹⁹³ En esta lógica véase la Exposición de motivos de la Ley 11/1994.

sucede si el instrumento colectivo ordenador es otro tipo de acuerdo o pacto, colectivo o individual, porque ahora sí se podrá modificar a través del artículo 41, aunque excluyéndose expresamente la individualización del pacto de distribución irregular¹¹⁹⁴. Sin embargo, nada impide que en el contrato individual de trabajo se pudiese pactar una distribución irregular de la jornada, si bien manteniéndonos siempre dentro de los límites de nueve horas diarias y cuarenta semanales¹¹⁹⁵.

Ahora bien, si, como se ha dicho, la jornada pactada en convenio es inmodificable a través del artículo 41 LET, no sucede lo mismo si el instrumento negocial en que se ha pactado esa distribución de jornada es un acuerdo de empresa, que podrá también acordarla en defecto de regulación convencional, según el 34.2 LET, sin más limitación que el respeto a los descansos mínimos legales.

El inconveniente de esta regulación legal es que, a pesar de la pretendida adaptabilidad y flexibilidad normativa, para que la empresa se adapte a los requerimientos productivos del mercado, cuando existe un convenio colectivo de ámbito superior que regula la distribución de jornada la verdad es que, para algunas empresas de su ámbito de aplicación, el marco puede resultar verdaderamente rígido y encorsetado, puesto que la regulación convencional prevalece sobre cualquier otra, quedando únicamente abierto el acuerdo de empresa en caso de inexistencia de convenio¹¹⁹⁶ o la no regulación de la jornada en el mismo, que es el supuesto típico previsto en el 34.2, a la que se ha asimilado la situación en que el convenio supraempresarial regula la jornada pero no la

¹¹⁹⁴ Artículo 34.2 LET: “Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley”. Para GONZÁLEZ LABORADA, M. y VALLEJO DACOSTA, R.: “Las condiciones no materiales...”, cit., pg. 189, subyacente a esta exclusión está la idea de que los negociadores deben atender en la ordenación del tiempo de trabajo a la protección de la salud de los trabajadores estableciendo una duración máxima de la jornada y los correspondientes descansos. En esta misma lógica está el planteamiento que el artículo 4.7.d LPRL con respecto al deber del empresario con respecto a la protección de la salud y seguridad de sus trabajadores.

¹¹⁹⁵ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Estructura y contenido...”, cit., pg. 87.

¹¹⁹⁶ RIVERO LAMAS, J.: “Estructura y contenido...”, cit., pg. 87, para quién sería posible en la situación de prórroga del convenio tras la finalización de su vigencia, opinión de dudosa admisibilidad si el convenio ha sido denunciado, aparte de que no parece que sea ésta la situación prevista por el artículo 34.2 LET.

distribución irregular de la misma, que podría en este caso ser ordenada por el acuerdo de empresa¹¹⁹⁷, que se encargaría de adaptar esa jornada regular a las irregularidades requeridas por el proceso productivo de una empresa en particular.

Algo parecido sucede cuando lo que se pretende, mediante el acuerdo de empresa, es establecer una distribución irregular de ciclos inferiores a los convencionales, si no ha sido determinada por el convenio la precisa distribución anual, semestral, trimestral, mensual, quincenal, semanal y diaria o el ciclo productivo conveniente a cada empresa¹¹⁹⁸. Cuestión diferente es que el acuerdo de empresa regule la distribución irregular de la jornada con respeto a la duración máxima convencional y a los criterios de distribución establecidos en el convenio supraempresarial, a lo que no existe obstáculo alguno, sino más bien al contrario¹¹⁹⁹.

No obstante, a pesar de esta aparente inaccesibilidad de los poderes empresariales a la alteración de la jornada si ha sido convencionalmente pactada, una vez desechada la aplicabilidad del artículo 41 LET, el empresario puede modificar la jornada y distribuirla irregularmente a través de otros instrumentos jurídicos, como es la utilización de horas extraordinarias y su compensación por descansos, que *ex* 35.2 LET no computan para alcanzar el límite legal, al igual que las horas de urgente realización; acumulación de horas extras en un período de tiempo continuado de tiempo respetando únicamente el descanso diario, pudiéndose en caso extremo llegar a jornadas de doce horas¹²⁰⁰ y con pacto de obligatoriedad de su realización y compensación por

¹¹⁹⁷ Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 77; VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 107. En contra, MERINO SEGOVIA, A.: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Colección Relaciones laborales, La Ley-Actualidad, 2001, pg. 73, para quién no tendrá acceso el acuerdo de empresa cuando el convenio colectivo de referencia se lo impida, de una u otra forma, o cuando directamente fije una ordenación regular de la jornada.

¹¹⁹⁸ Véase, sobre esta cuestión, *in extensis*, GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit., pg. 75 y ss.; MERINO SEGOVIA, A.: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, cit. pg. 73, donde recoge las diversas posiciones doctrinales, mientras que se decanta por averiguar la intención de los negociadores del convenio, acudiendo en caso de conflicto a la comisión paritaria para interpretar esa intención y dependiendo de ella admitir o no la intervención del acuerdo de empresa.

¹¹⁹⁹ Esta es una recomendación del AINC (cap. IV, 5º).

¹²⁰⁰ En esta línea, FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1.998, pg. 45 y ss.

descanso¹²⁰¹; acumulación de descansos semanales cada catorce días (art. 37 LET), además de la modificación de horarios, sin sometimiento a un verdadero control colectivo¹²⁰², aunque siempre en defecto de regulación colectiva o pacto individual. Igualmente, en cuanto a la disminución de jornada, se puede llevar a cabo acudiendo al procedimiento del 47.1 LET para acordar una suspensión del contrato de trabajo que, aunque es un mecanismo más complejo que los señalados, produce igualmente una disminución en la jornada, con la ventaja para los trabajadores de que durante esos días tienen acceso a las prestaciones por desempleo, cosa que no sucede si la reducción se lleva a cabo a través del artículo 41 LET¹²⁰³. Ahora bien, lo más conveniente sería su modificabilidad a través del procedimiento del 41 LET, aunque hubiese sido pactada en convenio, especialmente si el convenio es de ámbito superior.

Una vez diseñada la jornada de trabajo, se parte de ésta para concretar el calendario y los horarios de actividad laboral de cada empresa o centro productivo, tarea que puede llevarse a cabo tanto por la autonomía colectiva como por la individual. El horario de trabajo se puede entender como “la distribución de los períodos de trabajo y descanso de la jornada laboral con indicación de las horas de principio y fin de la jornada”¹²⁰⁴, o, más concretamente, como “aquél que precisa el tiempo exacto que en cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre presente a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida”¹²⁰⁵. De aquí que, cuando lo que se varíe sea la distribución del tiempo de trabajo, no la cantidad, existirá una modificación de horario, no de jornada, por lo que se considerarán modificación de horario multitud de supuestos¹²⁰⁶.

¹²⁰¹ Véase, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 127.

¹²⁰² Véase, FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, cit., pg. 47.

¹²⁰³ Señala SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *ibidem*, que este mecanismo “es el que ha funcionado en la práctica de las relaciones laborales en nuestro país hasta el presente en lugar de la vía del art. 41”.

¹²⁰⁴ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Modificación de horario de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1.997, pg. 46 y 47 y jurisprudencia citada.

¹²⁰⁵ Véase, p.e., las SSTs de 22 de julio de 1.995, Ar. 6325, y de 26 de junio de 1.998, Ar. 5789; igualmente, SSTSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 1.999, Ar. 3975, y de Navarra de 13 de octubre de 2.005, AS 3436.

La fijación de los horarios se puede hacer, evidentemente, a través del convenio colectivo¹²⁰⁷, pero en la mayoría de los casos ni es así ni debe serlo, puesto que los horarios deben estar adaptados a las peculiaridades de cada empresa¹²⁰⁸, fijándose, por tanto, usualmente por acuerdo de empresa o, en su defecto, por la libre decisión del empresario, aparte de la posibilidad de su fijación por la autonomía individual, aunque hayan sido regulados otros tipos de horario en convenio o acuerdo colectivos, porque en este campo la autonomía individual puede desarrollarse con amplitud¹²⁰⁹.

Una vez fijados los horarios y puestos en conocimiento de los trabajadores¹²¹⁰, cualquier modificación que se haga de los mismos ha de llevarse a cabo a través de los

¹²⁰⁶ Por ejemplo y sin ánimo exhaustivo: cambio de jornada partida a jornada continuada y viceversa; de horarios flexibles a rígidos y viceversa; modificación de pausas intermedias; modulación de horarios por estaciones o festivos; fijación o cambio de turnos y concreción o variación de los horarios de dichos turnos. No obstante la consideración de los turnos como configuradores de los horarios, el artículo 41 los desglosa en su enumeración como una condición distinta del horario.

¹²⁰⁷ En determinados sectores se ha regulado en convenio colectivo el tipo de jornada, si partida o continuada o los turnos de trabajo, y su posible cambio a lo largo del año, como se puede ver, p.e., en el *Convenio Colectivo de Trabajo de Ámbito Estatal para las Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería* (BOE núm. 287/2.007, de 30 de noviembre), que dedica los artículos 79 a 89 a jornada y horarios, al igual que el *III Convenio colectivo estatal de despachos técnicos tributarios y asesores fiscales* (BOE núm. 100/2.008, de 25 de abril), que trata del tiempo de trabajo en sus artículos 23 al 25.

¹²⁰⁸ Véase, en este sentido, RIVERO LAMAS, J.: “Régimen de jornada...”, cit., pg. 59, donde señala que en determinados sectores productivos, especialmente en los servicios, son necesarios los horarios, no sólo menos rígidos, sino incluso individualizados, para permitir una gestión del tiempo de trabajo que supere la uniformidad y posibilite la más adecuada organización empresarial.

¹²⁰⁹ Cfr. STS de 16 de julio de 1.993, Ar. 5971, que admite el acuerdo individual para pactar un horario flexible diferente al rígido de aplicación general; En igual sentido las SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de junio de 2.000, AS 4292, que permite pactar una jornada continua en lugar de una discontinua, la de Madrid de 30 de octubre de 2.001, JUR 27885. También la STSJ de Castilla y León/Burgos de 27 de enero de 2.003, AS 2243, señala que “nuestra jurisprudencia tiene establecida que: no puede negarse la posibilidad de que mediante pacto individual se fijen unos límites en la flexibilización del horario de trabajo, estableciendo así los propios trabajadores con la empresa unas modalidades de variación de horarios –o turnos– aun no previstas en el Convenio, pero tampoco contrarias al mismo, ni a lo que el ET contempla, pues dicha negativa supondría imponer una rigidez en la contratación, que no deriva de la libertad sindical que postula el artículo 28 CE, dado que la facultad de los sindicatos de intervenir en la negociación colectiva, no excluye la voluntad de las partes como fuente del contrato, siempre que se respeten los mínimos establecidos en las disposiciones legales o en los propios convenios”.

¹²¹⁰ Aunque el empresario no tiene obligación legal de incluir el horario en el calendario laboral, sobre todo si es de difícil determinación (STS de 18 de septiembre de 2.000, Ar. 8297), “puede incluir el horario de trabajo general y las concreciones y especificaciones para grupos de trabajadores

procedimientos previstos en el artículo 41 LET, debiendo seguirse el apropiado en función de cuál sea la fuente de la regulación horaria y el número de trabajadores afectados¹²¹¹. No obstante esta declaración general, la jurisprudencia viene admitiendo la modificación unilateral de horarios por el empresario para adaptarlos a la jornada anual¹²¹² o cuando el convenio, con exigencia o no de causa, autoriza al empresario a la modificación unilateral¹²¹³.

b) La modificación de turnos y horarios nocturnos

Cuando se habla de turnos de trabajo nos estamos refiriendo a la situación en que el trabajador presta sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o semanas¹²¹⁴, es decir, en turnos variables o turnos propiamente dichos, contrapuestos a los turnos fijos, que son aquellos que no implican para los trabajadores estar asignados

determinados”(STS de 9 de diciembre de 2.003, Ar 2.004/2003), sin olvidar que hay que tener presente que según el Tribunal de las Comunidades Europeas el horario debe constar entre la información suministrada al trabajador en el contrato de trabajo, aunque sea de difícil determinación (STSJ/CE de 8 de febrero de 2.001).

¹²¹¹ P.e., SSTS de 9 de diciembre de 2.003, Ar 2.004/2003, y de 17 de enero de 2.007, Ar 1340.

¹²¹² Véase la STS de 17 de julio de 2.000, Ar 7635, las SSAN de 16 de junio de 2.005, AS 2487, y de 25 de febrero de 2.005, AS 2545, aceptando esa posibilidad, siempre que se muevan en los parámetros prefijados por el convenio, al igual que la STSJ de Cantabria de 1 de marzo de 2.006, AS 528, señala que “la doctrina del Tribunal Supremo (...) relativa al horario, y una cláusula colectiva que permite la alteración del horario de los empleados, concluye que constituye una facultad organizativa en la materia de la empresa en el marco de las normas negociadas en cada convenio, que no vulnera el art. 41 del ET por lo que entiende que no es substancial, la alteración en una hora del horario fijado colectivamente”.

¹²¹³ La STS de 27 de enero de 2.004, Ar 953, siguiendo la de 17 de julio de 2.000, Ar. 7635, admiten que el convenio colectivo autorice al empresario para alterar el horario sin necesidad de trámite alguno dentro de unos determinados límites. Igualmente la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.007, AS 869, explica que “pueden existir Convenios Colectivos que fijen sistemas de modificaciones específicas en materia por ejemplo de horarios o de organización del trabajo en los que el TS ha venido a señalar que tal modificación empresarial se circunscribe a los términos habilitados por el Convenio Colectivo y no ha de exigirse procedimiento fijado en el art. 41 del ET (Sentencia TS 17-7-2000, Ar 7635, del TSJ de Cataluña de 5-5-2005, AS 1866, y STSJ de Comunidad Valenciana de 31-5-2005, AS 2471)”, siempre que estas facultades modificativas atribuidas a la autonomía individual o a la unilateralidad empresarial sean conformes a la Ley y al convenio de aplicación, “sin que con ello se vacíe el régimen de modificaciones sustanciales mediante la atribución incondicionada o en blanco de facultades modificativas al empleador ni suponga una renunciabilidad de derecho, pues la misma se confiere en el propio Convenio Colectivo y por ello no altera ningún precepto constitucional (art. 37) ni ordinario (art. 82 del ET)”.

¹²¹⁴ Para el artículo 36.3 LET se considera “trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas”.

rotatoriamente a más de un horario de trabajo¹²¹⁵. Pues bien, aunque ambos tipos de horario pueden ser modificados *ex artículo 41*, unos, los turnos variables, se consideran incluidos en el 41.1.c), mientras que el otro, el turno fijo, lo es en el 41.1.b), porque los turnos variables son considerados por la norma como algo diferente a los horarios¹²¹⁶.

Esta distinción no tiene consecuencia alguna a efectos del procedimiento modificativo si, tanto los horarios como el sistema de turnos, están recogidos en el convenio colectivo aplicable, puesto que ambos necesitan, en este caso, la consecución del preceptivo acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, lo que no sucede si alguno de éstos ha sido regulado en otro instrumento jurídico, en cuyo caso el acuerdo sólo debe ser intentado y en última instancia puede ser modificado por la voluntad unilateral del empresario. En este caso sí que es importante el deslinde de qué sean los horarios y qué sean los turnos.

Por eso es conveniente describir el proceso de instauración de un sistema de turnos. El primer paso consiste en la determinación de su implantación o de modificar el existente, en su caso, que se adopta con efectos generales sobre todos los trabajadores, a través de una decisión de efectos colectivos, lo que no implica que la fuente de esta decisión también lo sea, puesto que su origen puede ser tanto un convenio colectivo, acuerdo o

¹²¹⁵ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Modificación de horario...*, cit., pg. 22. Sobre el concepto de trabajo a turnos, véase STSJ de Murcia de 10 de enero de 2.000, AS 14, que exige para encontrarnos ante un sistema de trabajo en turnos que sea una forma de organización del trabajo en equipo, que la alternancia de los trabajadores en los mismos puestos de trabajo debe responder a un cierto ritmo, continuo o discontinuo, y que este sistema debe implicar para el trabajador realizar su prestación laboral en horas diferentes dentro de un ciclo determinado de días o semanas. En resumen, que lo esencial es la alternancia en las franjas horarias de prestación del trabajo.

¹²¹⁶ La STSJ de Baleares de 25 de abril de 2.000, AS 2137, considera cambio de horario la asignación del trabajador de un turno fijo de tarde a otro de mañana; en cambio, se considera modificación de turnos, p.e., el cambio de un sistema de tres turnos rotativos a la semana por un turno consistente en trabajar 24 horas y descansar durante tres jornadas completas (STSJ de Andalucía/Granada de 27 de enero de 1.999, AS 558), exclusión del turno de noche en la sección que trabajaba a tres turnos de mañana, tarde y noche (STSJ de Aragón de 3 de mayo de 1.999, AS 252), cambio de turno fijo de mañana a régimen de turnos alternativos de mañana y tarde (STSJ de Navarra de 17 de septiembre de 1.999, AS 2901), la creación de un quinto turno rotatorio (STSJ de Galicia de 26 de julio de 1.999, AS 2360, o la supresión de algunos turnos de trabajo y la variación del número de trabajadores adscritos (STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2.000, AS 3166), o la alteración de los turnos establecidos en el calendario laboral suprimiendo el nocturno (STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2.006, AS 2.007/869), o el paso de turno fijo a turno rotatorio (STJS de Cataluña de 4 de mayo de 2.007, AS 2482).

pacto colectivo como una decisión unilateral empresarial de efectos colectivos, ya que no existe reserva alguna a favor de cualquiera de estas fuentes. En consecuencia, por cualquiera de estas vías se podrán regular los turnos, las hora de presencia, la asignación de categorías profesionales a aquellos, el régimen de corretornos, si lo hubiere, la retribución de cada turno¹²¹⁷ y, por supuesto, las causas justificativas de la decisión unilateral del empresario para llevar a cabo un cambio de turnos.

En cambio, no es de efectos colectivos, sino individuales, la adscripción inicial o su modificación, de un concreto trabajador¹²¹⁸, debiendo seguirse para ello el procedimiento previsto para las modificaciones individuales, de acuerdo con el 41.2. *in fine*, previsto para los horarios, mientras que en otros casos, en que puede ser calificado de colectivo por superarse esos umbrales numéricos, tendrá que hacerse a través de la consecución del preceptivo acuerdo o sólo del proceso de consulta con los representantes y toma de decisión posterior por el empresario, dependiendo de la fuente originadora de la condición.

En aquellos casos en que la adscripción de trabajadores deba hacerse de modo colectivo, ésta podrá llevarse a cabo por cualquier instrumento negocial colectivo, no siendo imprescindible que se lleve a cabo por convenio o acuerdo de empresa, sino que puede materializarse perfectamente a través de un pacto o acuerdo informal al margen del convenio colectivo, pactando con los trabajadores o con sus representantes¹²¹⁹. En cualquier caso, es evidente que la carencia de reserva a favor de la autonomía colectiva, implica la posibilidad de regulación por decisión unilateral del empresario, con efectos

¹²¹⁷ En esta lógica, véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones...”, cit., pg. 14.

¹²¹⁸ Evidentemente, como señala la STSJ de Aragón de 13 de mayo de 2.002, JUR 174502, y la de Valencia de 11 de junio de 2.002, JUR 154090, debe respetarse lo dispuesto en el artículo 23.1.a) LET, acerca del derecho de preferencia a elegir turno cuando se cursen con regularidad estudios para la obtención de título académico o profesional al igual que la prohibición de permanencia obligatoria de un trabajador en un turno de noche por más de dos semanas del 36.3, párrafo 2º LET; y, por supuesto, debe tenerse en cuenta la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que trabajen en turnos, especialmente en los nocturnos, de acuerdo con los apartados 4 y 5 del artículo 36, como recogen, p.e. las SSTSJ de Cataluña de 2 de julio de 1.996, AS 2891, de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 1.999, AS 3194, de Andalucía/Sevilla de 21 de septiembre de 2.003, JUR 2058, y de Navarra de 13 de octubre de 2.005, AS 3436.

¹²¹⁹ En esta lógica, véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones...”, cit., pg. 14.

colectivos, cuando establezca un régimen de trabajo a turnos, si no decide acudir al pacto o acuerdo informal para su establecimiento o no se consigue el acuerdo, estando sometidos todos estos instrumentos de regulación a los correspondientes procedimientos modificativos contenidos en el artículo 41 LET.

c) La modificación del sistema de remuneración

El sistema de remuneración es otra de las materias, recogida en el 41.1.e), que puede ser modificada aún cuando haya sido pactado en convenio colectivo, por lo que es muy importante su delimitación, toda vez que la modificación directa de la cuantía salarial está excluida de los procedimientos del artículo 41 LET. Por esto, hay que diferenciar la cuantía del salario de lo que sean los sistemas salariales o la estructura del mismo. En principio hay que señalar que sistema de remuneración es una expresión equivalente a sistema salarial¹²²⁰, que se refiere a los diversos procedimientos de cuantificación del montante salarial, que son, entre otros, el que toma como referencia la unidad de tiempo y aquel otro que parte de la unidad de obra, salario a comisión, etc., de acuerdo al artículo 26 LET, para precisar el salario base o los diferentes complementos o, dicho de otra forma, el modo de retribuir el trabajo¹²²¹ y no su cuantía¹²²². En cualquier caso, no se debe olvidar la estrecha relación que los sistemas retributivos tienen con los sistemas de organización del trabajo, de los que son un instrumento privilegiado, hasta el punto

¹²²⁰ En este sentido, cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna...”, pg. 24.

¹²²¹ Igualmente, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 365, ubica dentro del sistema de remuneración los cambios del sistema salarial, entendido como “los cambios que se introduzcan en los criterios tomados en consideración para retribuir el trabajo efectivo: el tiempo trabajado, el resultado obtenido con el trabajo o una combinación de ambos. Sistemas de retribución que pueden utilizarse tanto para determinar el salario base como para determinar los distintos complementos salariales”.

¹²²² Esta es manera habitual de entender los sistemas salariales por la jurisprudencia. Para las SSTS de 22 de junio de 1.998, Ar. 5703, y de 21 de marzo de 2.006, Ar 5022, la existencia de un sistema de remuneración “supone la aplicación de unas normas de valoración que obligan al reconocimiento de la retribución derivada de su resultado”, de forma tal que, de no hacerse efectiva, el trabajador afectado ostenta una acción para exigir su cumplimiento. En similar sentido la STSJ de Murcia de 2 de abril de 2.001, AS 1067, o la de Madrid de 6 de junio de 1.996, AS 3182, señalando que el sistema de remuneración se refiere al conjunto de cualidades o notas, destinos o variedades que inciden en la determinación del salario.

de que, normalmente, los sistemas de control de rendimiento suelen ir emparejados con un concreto sistema de remuneración¹²²³.

A su vez, la expresión estructura salarial se refiere a la distribución del salario entre sus diferentes componentes, como son el salario base y los diversos complementos salariales aplicables¹²²⁴, que pueden seguir para su cálculo cualquier sistema salarial, ya sea por tiempo o por obra. De aquí que no se puede diferenciar entre ambos conceptos a efectos de su tratamiento modificativo, puesto que están profundamente imbricados y confundidos en la práctica de cualquier sistema de remuneración, usándose indistintamente como sinónimos.

Desde esta perspectiva, cualquier modificación del sistema de cálculo salarial, es decir cualquier cambio del sistema de salario por tiempo a otro o viceversa, ya sea en el salario base o en los diversos complementos, podrá ser calificado como modificación sustancial del sistema de remuneración¹²²⁵, con independencia de la mayor o menor

¹²²³ En esta lógica, véase RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *El salario a rendimiento*, Universidad de Sevilla, 1.975, pg. 101 y ss.; en similar sentido, LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Procedimientos para la implantación, modificación y supresión de los sistemas de trabajo a rendimiento”, *Estructura Salarial*, CEOE, 1.987, pg. 175.

¹²²⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La estructura del salario”, en *Comentarios a las Leyes Laborales*, t.I, vol. 1, Edersa, 1.994, pg. 58. Véase también el artículo 26.3 LET, para el que la estructura del salario “deberá comprender” el salario base y, en su caso, los complementos salariales.

¹²²⁵ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario y su estructura*, cit., pgs. 133 y 134; igualmente RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna...”, pg. 24. Entre los pronunciamientos jurisprudenciales pueden señalarse, p.e., la STS de 11 de mayo de 2.004, Ar 5157, considera sustancial la modificación de complementos por afectar a la estructura salarial o sistema de remuneración de la empresa, al igual que la STS de 1 de febrero de 2.007, Ar 1494, el cambio de un sistema de incentivos por la STS 11 de mayo de 1.999, Ar 4721, siguiendo doctrinas anteriores como las SSTS de 5 de junio de 1.995, Ar. 4756, y 6 de mayo de 1.996, Ar. 4379. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2.007, AS 3206, entiende que es modificación sustancial pasar de un sistema de incentivos ligado a la consecución de los objetivos del grupo a otro en que la percepción individual del incentivo se liga a la percepción de los propios objetivos individuales. También considera sustancial la STJS de Madrid de 4 de julio de 2.005, AS 2054, la supresión del servicio de restaurante y su sustitución por un complemento de manutención, por constituir un cambio del sistema de remuneración, al igual que la STSJ del País Vasco de 27 de enero de 2.004, AS 8, el establecimiento de manera unilateral por el empresario de un sistema de incentivos, o la STSJ de Galicia de 2.001, AS 2999, el cambio del sistema de confección de nóminas, cerrando la liquidación antes de final de mes y haciendo un cálculo estimativo de los pluses variables, cuya cuantía se ajustará al mes siguiente. En cambio, no se considera sustancial por la STSJ de Valencia de 28 de septiembre de 2.007, AS 3490, el cambio del sistema de devengo de la parte variable sin cambiar la cuantía, aunque condicionando la percepción de anticipos a cuenta a unas ventas mínimas, o por la SAN de 24 de enero de 2.005, AS 2626, la modificación, para ajustarlas a la inflación, de las tablas de porcentajes aplicables a las comisiones a percibir por los vendedores.

repercusión monetaria que tenga, porque, como es obvio, cualquier cambio del sistema de remuneración o de la estructura salarial acabará teniendo repercusión, inmediatamente o un plazo más largo, pero de un modo inevitable, en la cantidad final que perciba el trabajador¹²²⁶. De aquí la importancia de diferenciar qué sean los sistemas de remuneración, modificables a través del artículo 41 LET, del salario, modificable únicamente a través de lo dispuesto en los artículos 82.3 y 85.3 LET por medio de un descuelgue salarial, aunque ambos puedan producir, en algunas ocasiones, una disminución de la cuantía salarial, sólo que a través de vías y justificaciones diferentes.

Desde otra perspectiva, los sistemas salariales o retributivos se entienden como la “distribución del salario entre los distintos componentes del mismo”¹²²⁷, mientras la estructura salarial se concreta en el uso de unos determinados componentes y no otros para su cálculo. De aquí que la estructura salarial, al ser algo diferente del sistema salarial o retributivo, no pueda ser modificada por la vía del artículo 41 si ha sido fijada en convenio colectivo, no así si su fijación se ha realizado por cualquier otro tipo de acuerdo colectivo o individual¹²²⁸, puesto que la limitación de materias modificables sólo se refiere a las contenidas en convenio colectivo estatutario.

Sin embargo, este planteamiento no parece que sea acertado, ya que su admisión implica una distinción artificiosa entre sistema y estructura salarial, puesto que si aceptamos esa distinción y sólo incluimos dentro del ámbito de las modificaciones sustanciales los cambios del sistema retributivo y no los de la estructura, estaremos reduciendo de un modo extremadamente forzado la interpretación de que sea el *sistema de retribución* del 41.1.d)LET. Además, el rechazo a la modificación de la estructura salarial, si ha sido establecida en convenio colectivo, está en abierta contradicción con la flexibilidad que pretende imponer la reforma de 1.994, porque así se impide la

¹²²⁶ Véase, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 127.

¹²²⁷ Cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna...”, pg. 24.

¹²²⁸ Véase COSTA REYES, A.: “La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva”, RL, núm. 7/1.999, pg. 23.

adaptación de la estructura salarial a la realidad productiva de la empresa¹²²⁹, cambiando, por ejemplo, los complementos de antigüedad por otros más relacionados con la productividad y con el rendimiento del trabajador¹²³⁰.

Por último, hay que decir que la doctrina judicial no hace distinción alguna en este sentido, interpretando y admitiendo la modificación sustancial, tanto de lo que sería sistema salarial, cambio de un sistema de salario por tiempo a otro por obra, como a la modificación de la estructura salarial, cambio de un complemento a otro, creación o supresión de éstos, etc., refiriéndose indistintamente a uno u otra¹²³¹. Por esto, desde nuestra lógica, se debe entender como modificación de la estructura salarial la supresión de un complemento o la sustitución de unos por otros, así como, por supuesto, la alteración de las respectivas cuantías, el establecimiento de un nuevo incentivo, derivado de una reorganización del trabajo o de la voluntad unilateral del empresario, puesto que se incluye esta facultad entre sus poderes directivos.

Se ha objetado con acierto a este planteamiento que la creación de un incentivo nuevo, aunque suponga una mejora salarial para el trabajador, tiene una incidencia “directa en el rendimiento exigible”¹²³² con implicaciones, tanto en los riesgos profesionales al motivar un mayor esfuerzo, como en que, una vez considerado como normal un determinado nivel de rendimiento si este se ve disminuido se puede dar lugar a una

¹²²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La estructura del salario”, cit., pg. 36. Sobre el papel de la negociación colectiva en la delimitación de la estructura salarial, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1977*, cit., 163 y ss. Esta adaptación a las peculiaridades de la empresa de lo dispuesto en los convenios supraempresariales se lleva a cabo, normalmente, a través de acuerdos de empresa informales. Sobre este papel de los acuerdos de empresa para la adaptación del convenio a la realidad de la empresa, véase GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, cit. pg. 62.

¹²³⁰ En los convenios en que se ha suprimido, basándose en su desaparición de la redacción del artículo 25 LET, se ha hecho sin perjuicio del mantenimiento como complemento personal para aquellos trabajadores que lo venían percibiendo. En otros, en la mayoría, se ha puesto tope al porcentaje salarial a alcanzar. Cfr., sobre la problemática suscitada por esta cuestión, DEL REY GUANTER, S.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.994*, cit., pg. 188 y ss.

¹²³¹ Por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2.004, Ar 5157, o la STSJ de Cantabria de 16 de mayo de 2.007, JUR 278425, se refieren a “la estructura salarial o sistema de remuneración”.

¹²³² En el mismo sentido, STSJ de Málaga, de 26 de octubre de 1.998, AS 3828. En el supuesto enjuiciado, como consecuencia de una reorganización del trabajo, el empresario establece un plus salarial por polivalencia y por disponibilidad horaria, considerando la sentencia que, en este caso, se ha producido una modificación sustancial del sistema retributivo”.

extinción del contrato de trabajo, ya sea por disminución voluntaria y continuada de rendimiento, amparada en el 54.2.e), por ineptitud del trabajador o por falta de adaptación a las modificaciones del puesto de trabajo, *ex art. 52.a)* y b) LET¹²³³. Sin embargo, estas ideas, con ser acertadas, no invalidan nuestro planteamiento acerca de que deba entenderse por sistema de remuneración a efectos de los procedimientos modificativos del artículo 41 LET.

De lo dicho hasta ahora se puede afirmar que, dentro de la expresión sistema de remuneración del 41.1.d)LET, deben incluirse tanto los sistemas como la estructura salariales¹²³⁴, puesto que ambos conceptos forman parte del sistema de remuneración que puede ser modificado *ex artículo 41*. La única materia salarial que se excluye de esa posibilidad es la modificación directa de la cuantía salarial, que es el resultado de la aplicación del sistema y estructura salarial concreta a un trabajador determinado. Entendiendo que, dentro de esa prohibición de afectación de la cuantía salarial, se incluye la modificación de la cuantía de cada uno de los componentes de la estructura salarial, cuya suma total nos dará la cuantía final del salario, si no media ninguna modificación en los sistemas de trabajo y rendimiento que se aplican en la empresa, en cuyo caso sí podría llevarse a cabo tal alteración¹²³⁵.

En este sentido, lo que no se pueden modificar directamente son las cuantías de cada elemento de la estructura salarial ni, por supuesto, la cuantía total¹²³⁶. Ahora bien, el que

¹²³³ En este sentido, véase VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg.137.

¹²³⁴ Así lo hacen bastantes pronunciamientos judiciales como, p.e., la STS de 11 de mayo de 2.004, Ar 5157, o la STSJ de Cantabria de 16 de mayo de 2.007, JUR 278425. En contra de esta idea VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 123..

¹²³⁵ En este sentido, véase, p.e., como la STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2.003, AS 447, considera aceptable la modificación de un sistema de primas que lleva a cobrar una tercera parte del complemento, aunque en el caso enjuiciado no lo admite por falta de prueba suficiente de la relación de causalidad, o la STSJ de Andalucía/Sevilla de 25 de marzo de 2.003, AS 2794, admite la supresión del economato por una compensación en metálico, al igual que la STSJ de Madrid de 4 de julio de 2.005, AS 2054, o la STSJ de Cataluña de 7 de julio de 1.999, AS 3142, que admite la implantación de una nueva tabla de primas como consecuencia de la sustitución de la maquinaria antigua por una nueva.

¹²³⁶ GALA DURÁN,C.: “Modificación sustancial...”, cit., pg. 1464, opina que la causa económica justificaría la reducción de la cuantía salarial al fundamentar “decisiones empresariales destinadas a

esta sea la realidad normativa no significa que no debiera ser posible modificar las cuantías salariales directamente y con todas las cautelas que se quieran, añadiendo la exigencia de una causalidad más exigente, si parecen pocas las razones justificativas de las modificaciones sustanciales, debiendo demostrarse, por ejemplo, la situación de pérdidas de la empresa durante uno o dos ejercicios, la demostración de que la realización de las inversiones tecnológicas necesarias no ha sido suficiente para mantener la competitividad o que, en caso contrario, se está abocado irremisiblemente a caer en pérdidas económicas o de empleo. Esta argumentación no es en absoluto descabellada, puesto algunas de éstas son las exigencias que fundamentan el recurso a las cláusulas de descuelgue, que se permiten para la inaplicación de las condiciones salariales de un convenio supraempresarial¹²³⁷.

El problema se presenta cuando lo que intentamos inaplicar no es un convenio supraempresarial, para el que está previsto la aplicación del descuelgue salarial, sino un convenio de empresa, máxime si no se pretende que la inaplicación afecte a la totalidad de la empresa, sino sólo a alguno o algunos de los trabajadores, o, aunque el convenio sea supraempresarial, si el descuelgue únicamente se pretende aplicar a determinados puestos de trabajo, menos cualificados o para los que existe más oferta de trabajadores, sin tener que acudir a una revisión y renegociación *ante tempus* del convenio¹²³⁸.

Evidentemente, la situación se presta a todas las suspicacias posibles, puesto que es más barato y fácil conseguir la competitividad necesaria disminuyendo el coste del factor trabajo que a través de inversiones en tecnología que aumenten la productividad. En cualquier caso, si la empresa no dispone de la posibilidad de renovar su tecnología

fortalecer la capacidad competitiva de la empresa y sin requerir la demostración de situación de crisis en los términos del artículo 51”.

¹²³⁷ Sobre las cláusulas de descuelgue véase *infra*

¹²³⁸ Véase ROMAN DE LA TORRE, M^a D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pgs. 46 a 48, esp. pg. 47, aunque hablando en general sobre la modificación del convenio colectivo de ámbito empresarial para adaptarlo a las necesidades de la organización del trabajo no previstas en el momento de negociación del convenio, cuando señala que “a mi modo de ver (que) el art. 41.2 ET permite soluciones razonables allí donde cumpla la misma función que en relación al convenio de ámbito supraempresarial, la de adaptación a las necesidades económicas u organizativas sobrevenidas de concreta y singular incidencia (...) si ambas partes consideran preferible esta posibilidad frente a una revisión general y posterior del convenio, teniendo en cuenta que aquella ha podido estar prevista en el mismo convenio de empresa”.

productiva para permitirle comparecer en el mercado a precios competitivos y no tiene otra alternativa el mercado se encargará, más o menos rápidamente, de hacerla entrar en pérdidas y lograr su desaparición, con la consiguiente destrucción de empleos.

Llegados a este punto, la alternativa es dejar que el mercado actúe plenamente, luego toda empresa no competitiva será expulsada del mismo¹²³⁹, o flexibilizar la aplicación de la normativa laboral, es decir permitir modificar sustancialmente las cuantías salariales, tanto las recogidas en el convenio aplicable como las pactadas individualmente, sin necesidad de modificar el sistema de remuneración o los sistema de trabajo y rendimientos, que es la formula aceptada, porque no siempre el problema reside en estos sistemas, sino claramente en que determinados sectores o empresas no son capaces de competir en una economía abierta y globalizada como la actual y, además, pagar elevados salarios como, lógicamente, se exige por los trabajadores.

La disyuntiva a que conducen estos planteamientos es muy dura, puesto que hay que debatirse entre dejar que el mercado resuelva los problemas, haciendo desaparecer esas empresas y los puestos de trabajo que ofrecen, o permitir una excepción, otra más, en la obligatoriedad de lo pactado convencionalmente, incluyendo la cuantías salariales dentro de lo que se entienda por sistemas de remuneración del 41.1 d) LET. Desde un punto de vista economicista la elección es clara: la realidad implacable del mercado hará desaparecer a quién no sea capaz de mantener la competitividad. Desde la perspectiva clásica de los principios del Derecho del trabajo no se debe permitir la modificación *in peius* de la cuantía salarial si no es a través de la cláusula de descuelgue, luego la empresa, igualmente, será expulsada del mercado si no median subvenciones que compensen las pérdidas, solución que cierra en falso el problema y que debe ser rechazada en la mayoría de las situaciones.

Finalmente, desde una perspectiva más realista, acorde con la lógica de la flexibilidad de la reforma laboral de 1.994, que intenta dar instrumentos para la adaptación de los sistemas salariales a la realidad económica y productiva de la empresa, sí debiera

¹²³⁹ A este final lleva la asunción de las reglas de juego del libre comercio internacional y la subsiguiente globalización de la economía y los mercados. Sobre esta cuestión véase *supra*.

permitirse esta modificación estableciendo, eso sí, todo tipo de prevenciones y salvaguardas impeditivas de abusos y discriminaciones, que por definición no se deben dar si es imprescindible lograr el acuerdo de los representantes para su puesta en práctica. Además, por esta vía de la modificación, mediante acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, tampoco se caería en una absoluta individualización, sino que las condiciones salariales convencionales se adaptarían a los requerimientos organizativos de la empresa. Sin olvidar que, si la cuantía de los salarios pagados no está en línea con el mercado, tampoco la empresa obtendrá los trabajadores que necesita y se verá abocada, igualmente, a su desaparición por falta de competitividad, esta vez en el mercado de trabajo, si tiene que pagar unos salarios que superan sus posibilidades.

Consecuentemente, nuestra propuesta no pretende dar un instrumento que permita disminuir sin más los salarios, sino posibilitar que empresas y sectores razonablemente competitivos puedan seguir existiendo como tales, para lo que la normativa laboral necesita dotarse de una flexibilidad que también debe afectar a las cuantías salariales recogidas en convenio, con la salvaguarda mediata del juego de las reglas de mercado e inmediata de la exigencia de alcanzar preceptivamente un acuerdo para su modificación, previa la demostración de la concurrencia causal justificativa, además del respeto de los derechos mínimos legales. Otra objeción muy importante que cabe hacer a este planteamiento viene de las posiciones empresariales, puesto que admitir esta posibilidad también podía crear una situación de competencia desleal entre empresas. Evidentemente, el fondo de este planteamiento y sus repercusiones superan claramente el ámbito de este trabajo y se debe enlazar también con el modelo de negociación colectiva que, entre otras cuestiones, debería indexar los salarios exclusivamente con la productividad de la empresa en que se está negociando, sin olvidar otra posible vía de adecuación de la relación salarios-productividad-competitividad que es tener en cuenta no los salarios, sino el coste salarial total, lo que supone computar los salarios nominales más las cotizaciones sociales e impuestos que los gravan, pudiéndose mejorar también esa relación disminuyendo el coste al incidir sobre las cargas que gravan el precio del factor trabajo, lo que lleva al mismo resultado, sin afectación directa del salario a percibir inmediatamente por el trabajador, aunque aquí sí que nos

situamos ya en unos planteamientos políticos más amplios que el estrictamente laboral en que se desenvuelve este trabajo.

d) La modificación del sistema de trabajo y rendimiento

Cuando hablamos de sistemas de trabajo y rendimiento, como condición de trabajo modificable a través del artículo 41 LET, nos referimos a los sistemas de medición de los rendimientos de los trabajadores, con repercusión en los tiempos de trabajo y en las cuantías de los rendimientos exigibles, cuestiones, por lo tanto, con una incidencia directa en la posible percepción de incentivos por la superación de determinados niveles de resultados. En consecuencia, son técnicas que tienen una importante y directa repercusión, tanto sobre la actividad laboral misma, como sobre el rendimiento y el sistema de remuneración del trabajador.

Junto a estas técnicas de organización del trabajo, existen otras que se han calificado como neutras¹²⁴⁰, porque normalmente no tienen repercusión directa sobre el rendimiento tipo o normal¹²⁴¹ exigible al trabajador ni sobre el sistema de remuneración. Estas técnicas son las de planificación y control de la producción, diagramas de métodos de trabajo, estudio y control de costes y otras similares, como los estudios de tiempos de trabajo, que tienen un doble uso, conocer la realidad y planificar el establecimiento de otra realidad organizativa y productiva distinta a partir de ese conocimiento. La consecuencia de su pretendida neutralidad¹²⁴² sobre los sistemas de

¹²⁴⁰ En este sentido, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 77. Acoge esta terminología y clasificación, p.e., la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de febrero de 2.007, AS 1593.

¹²⁴¹ Este rendimiento tipo o normal será el rendimiento que un trabajador medio, debidamente entrenado y en condiciones normales de trabajo, consiga realizar.

¹²⁴² Estas técnicas son neutras en una primera visión, puesto que son el paso primero y necesario para acometer, en la mayoría de las ocasiones, a partir de los resultados de estos estudios, una remodelación en profundidad que sí afecte a los sistemas de trabajo y rendimiento. No debe olvidarse que en la gestión y organización empresarial nada es completamente neutro. No obstante, lo cierto es que si no se pasa de estos estudios, cuya utilidad es conocer la realidad del sistema productivo para a continuación actuar sobre él y mejorarlo, el impacto sobre los sistema de trabajo, rendimiento y salarial sería efectivamente nulo.

trabajo y rendimiento es que pueden ser puestas en marcha o cambiadas por el empresario sin limitación alguna, en base a su poder de dirección y sin tener que acudir a los procedimientos del artículo 41 LET, porque si no se modifican los sistemas de trabajo y rendimiento no puede haber modificación sustancial alguna¹²⁴³.

Ahora bién, lo normal es que, a partir de los resultados obtenidos con la aplicación de estas técnicas neutras, se implanten los verdaderos cambios de los sistemas de trabajo y rendimiento, que sí podrían ser considerados ya como modificaciones sustanciales encuadrables dentro del artículo 41 LET, aplicando plenamente las técnicas de medidas de tiempos de trabajo¹²⁴⁴, sistemas de incentivos al rendimiento¹²⁴⁵ y sistemas de valoración de puestos de trabajo¹²⁴⁶, todos ellos con posibles y serias repercusiones en la cantidad de trabajo exigible y en el salario a percibir. De aquí que estos cambios puedan encuadrarse, tanto dentro de los sistemas de trabajo y rendimiento del 41.1.e), como del sistema de remuneración del 41.1.d) y que sea exigible su implementación a través de los procedimientos del 41 LET si la entidad de la modificación alcanza la sustancialidad.

Ahora bién, el problema reside en conocer cuál sea esa intensidad del cambio que vuelva obligatoria la tramitación a través de los procedimientos de modificación sustancial, exigiendo algo más que el poder directivo para su implantación. La jurisprudencia no es unánime, coexistiendo pronunciamientos que afirman que “trabajar más como consecuencia de un más adecuado aprovechamiento de los tiempos de trabajo es exigencia lógica de una economía de mercado que se basa en el mejor aprovechamiento de los sistemas de producción (...) no implica una modificación

¹²⁴³ Sería una manifestación de la facultad de vigilancia y control del empresario *ex* artículo 20.3 LET, aparte de que no tienen repercusión ni en el rendimiento exigible al trabajador ni, derivadamente, en el sistema de remuneración. En esta lógica, BEJARANO HERNÁNDEZ, *ibidem*.

¹²⁴⁴ Entre otras técnicas de medición de tiempos están el cronometraje, la producción *just in time*, etc.

¹²⁴⁵ Medición del rendimiento por el sistema Taylor, Bedaux, etc.

¹²⁴⁶ Aquí se encuadran los sistemas de valoración de puestos de trabajo por clasificación jerárquica, por puntuación de factores, etc.

sustancial de las condiciones de trabajo”¹²⁴⁷, con otras que si consideran que este tipo de modificación sea sustancial¹²⁴⁸.

Esta distinción y confusión de uso de las mismas o similares técnicas o de distintas fases de un mismo sistema técnico de mejora de tiempos y métodos de trabajo, que es la manera más correcta de denominar esta imbricación, es lo que permite decir, con acierto, que “los criterios de medición en que se basa cualquier sistema son constantes, lo que varía son los valores normales de los tiempos, haciéndolo en función de otras variables, de condiciones de trabajo que pueden concurrir en un momento determinado: maquinaria, métodos, procesos, distribución de puestos de trabajo... etc. lo que provoca constantes nuevas mediciones en función de las modificaciones que hubiese sufrido el proceso. O bien, una revisión de todos los valores”¹²⁴⁹. De aquí que aplicar las técnicas de estudio y mejora de sistemas de trabajo y rendimiento hasta las últimas

¹²⁴⁷ STSJ de Asturias de 13 de diciembre de 1.996, AS. 4032, en un caso en que se pasa del sistema de valoración de tareas de manera colectiva a otro individual. Esa misma situación y pleiteantes fue enjuiciada de nuevo, años más tarde, por la STSJ de Asturias de 26 de marzo de 2.004, AS 1222, formulando idénticos razonamiento y conclusiones. Igualmente la SAN de 10 de julio de 1.997, AS 3369, considera que no es sustancial el cambio de criterios contenidos en el “programa de seguimiento y evaluación de resultados”, a partir del cuál el empresario incluyó como nuevo criterio de valoración el de mercado, lo que generó incrementos individuales del salario a percibir por los trabajadores, considerando este cambio, la introducción de un nuevo incentivo, dentro de las posibilidades de “un sistema de dirección y control de la productividad”. Igualmente rechaza la sustancialidad la SAN de 24 de enero de 2.005, AS 2626, por la actualización de las tablas de porcentajes para adaptarlas a los mayores costes, sin que implique alteración del sistema de comisiones ni de su estructura, o la STSJ de Galicia de 20 de mayo de 2.005, AS 2.006/494, cuando la empresa impone un rendimiento superior al habitual, pero dentro de los límites del convenio. En similar sentido las SSTs de 22 de junio de 1.998, Ar 5703, y de 2 de marzo de 2.006, Ar 5022, ambos sobre modificación del sistema de valoración y control de resultados grupales y por empleado, así como su repercusión en el posible incremento salarial, y sus sucesivas modificaciones y perfeccionamiento en la misma empresa.

En contra de la posibilidad de aumentar los rendimientos por voluntad empresarial, aunque se establezca un incentivo que beneficie al trabajador, se muestra VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 134, por considerar que, además de los términos monetarios debe valorarse que “la exigencia de un mayor rendimiento puede generar riesgos en la seguridad y salud del trabajador”.

¹²⁴⁸ Como ejemplo se pueden señalar la STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2.003, AS 2.004/1671, la modificación de sistema de paradas por necesidades fisiológicas y de fatiga, pasando de 20 a 22 minutos, o la STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2.002, AS 1791: incremento de las actuaciones diarias, pasando de seis a ocho, al igual que la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de febrero de 2.007, AS 1593, por la instauración de un nuevo sistema de cálculo de primas tras la implantación de nueva maquinaria, o la STSJ de La Rioja de 19 de octubre de 2.004, AS 2822, admitiendo la revisión de tiempos a causa de una modificación en el método de producción.

¹²⁴⁹ STSJ de Castilla y León, de 23 de febrero de 1.996, AS 355, recogiendo parte de un informe del *servicio de condiciones de trabajo de la Dirección General de Trabajo*.

consecuencias pueda ser considerado como una modificación sustancial encajable en el artículo 41.1.e), cosa que no sucede si nos quedamos en los primeros grados de la aplicación de estas técnicas, como se ha reseñado anteriormente. Porque, aunque en la dicción legal, sistema de trabajo y rendimiento parecen ser condiciones que deban ir unidas, la realidad muestra que podría establecerse un nuevo sistema de trabajo sin alteración del sistema de rendimiento o viceversa, de manera que la forma de realizar técnicamente un trabajo puede continuar siendo la misma, se implante o no una nueva organización del trabajo¹²⁵⁰.

1.4.4.2. La modificación de condiciones contenidas en acuerdos de empresa y convenios extraestatutarios

Mediante el artículo 41 LET, como ya hemos enunciado, también se pueden modificar las condiciones de trabajo contenidas en “acuerdos o pactos colectivos”, entendidos por la Ley, genéricamente, como todos aquellos contratos colectivos que no son convenios colectivos del Título III LET, por no haberse negociado y concluido de acuerdo a sus normas¹²⁵¹. Esto incluye tanto a los llamados convenios colectivos extraestatutarios como a cualquier otro tipo de convenio, acuerdo o pacto llevado a cabo entre la empresa y los trabajadores, puesto que la norma no hace distinción entre esos acuerdos o pactos colectivos.

La modificación de las condiciones de trabajo recogidas en estos acuerdos se puede llevar a cabo con sometimiento a un régimen jurídico bastante menos rígido que el correspondiente a las materias recogidas en un convenio colectivo estatutario. Esta menor exigencia se muestra en dos aspectos: uno, en que no existe límite alguno a las materias que puedan ser modificadas, de modo que pueden ser objeto de modificación

¹²⁵⁰ Véase CAMPS RUIZ, L.M.: “Implantación, modificación y supresión de los sistemas de trabajo y rendimiento y su repercusión salarial”, en *Estructura salarial*, CEOE, 1.987, pg. 152.

¹²⁵¹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 134, donde, además, especifica que la norma no establece “ningún distingo en razón de su eficacia jurídica, sujetos colectivos que han alcanzado el acuerdo, mayor o menor grado de formalización del mismo, contenido de lo pactado y en general cualquier otro factor jurídico de diferenciación imaginable en el ámbito de la contratación laboral colectiva”.

cualquiera de ellas, con la única salvedad de que no se afecten los mínimos de derecho necesario que puedan estar fijados en convenio estatutario o norma estatal¹²⁵². Otro, más importante a nuestro modo de ver, consistente en que no exige para su modificación el acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, como es preceptivo en el caso de condiciones recogidas en convenio estatutario. En este caso lo que sí es preceptivo es la realización de un período de consultas, pero si este acuerdo no se alcanza, es el empresario el que, unilateralmente, decide si lleva a cabo o no la modificación pretendida, puesto que lo que la norma dice es que “tras la finalización del período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación”¹²⁵³, puesto que tiene la última palabra, a pesar de que se está modificando una condición contractual acordada colectivamente.

No obstante, este planteamiento no es pacífico, como ya hemos analizado a propósito de la imperatividad de la regulación contenida en el artículo 41 LET¹²⁵⁴, puesto que alguna doctrina se plantea la necesidad de superar la mera interpretación literal del precepto a favor de una “interpretación sistemática y contextual” que implique una “lectura de conformidad constitucional”, referida a la aplicación o no de las garantías constitucionales del artículo 37.1 CE concedidas a la negociación colectiva y a sus resultados¹²⁵⁵.

1.4.5. La posible modificación de las condiciones más beneficiosas

Las condiciones mas beneficiosas eran la principal materia de modificación *ex* artículo 41 LET, puesto que las condiciones de trabajo reconocidas en convenio colectivo no eran modificables con anterioridad a la reforma de 1.994¹²⁵⁶. Entendemos por

¹²⁵² En este sentido, CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 135.

¹²⁵³ Artículo 41,4, párrafo 4 LET.

¹²⁵⁴ Véase, *supra*.

¹²⁵⁵ Sobre esta cuestión véase, p.e., CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 135 y ss.

¹²⁵⁶ Cfr. CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 138.

condiciones más beneficiosas aquellas condiciones de trabajo que han sido concedidas por el empresario a un trabajador individual o a un grupo de trabajadores por mera concesión, pacto individual o colectivo o usos o prácticas de empresa, por encima de las condiciones que legal o convencionalmente les serían de aplicación¹²⁵⁷. En cualquier caso, la situación creada se reconduce siempre al origen contractual, puesto que su exigibilidad se reconoce por su incorporación al vínculo contractual¹²⁵⁸.

Desde esta perspectiva, es claro que “las previsiones del ET en relación al principio de condición más beneficiosa no son sino una manifestación más de lo establecido en los arts. 1091 y 1256 Cc, conforme a los cuales el contrato individual es ley entre las partes. En concreto, y en relación al contrato de trabajo, la posibilidad de incluir en él condiciones más favorables que las de la normativa de referencia viene a recordarnos que, además de la función constitutiva de la relación laboral, el contrato puede ejercer una función reguladora de la misma”¹²⁵⁹, de manera que al entrar a formar parte del patrimonio contractual del trabajador se convierten en obligatorias para las partes¹²⁶⁰, por lo que no pueden ser modificadas por el empresario de manera unilateral, puesto

¹²⁵⁷ Véase la STSJ Cataluña de 22 de enero 1.996, AS 175, que define la condición más beneficiosa como “un derecho atribuido a los trabajadores y por encima de los límites mínimos fijados en las normas de derecho necesario, integrando una ventaja patrimonial emanada del propio querer de las partes y que tiene el significado que éstas le den, bien de forma expresa, bien a través de reiteración de actos inequívocos que reflejen su contenido real”. En igual línea, entre otras, las SSTs de 11 de marzo de 1.998, Ar 2562, y 9 de abril de 2.001, Ar 5112. Igualmente las SSTSJ de Murcia de 14 de enero de 2.002, AS 430, de Cataluña de 16 de febrero de 2.005, AS 1320, y de 26 de abril de 2.006, AS 2961, de Castilla y León/Valladolid de 24 de febrero de 2.006, AS 1088, y la SJS de Valencia de 21 de enero de 2.003, AS 25.

¹²⁵⁸ En esta línea, véase *in extensis*, DÍAZ AZNARTE, M^a.T.: *El principio de condición más beneficiosa...*, cit., pg. 112 y ss.

¹²⁵⁹ DÍAZ AZNARTE, *ibidem*, pg. 112; en el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: “El principio de condición más beneficiosa”, RPS, núm. 114/1.997, pg. 39.; RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “La alteración de la condición más beneficiosa a través del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.993, pgs. 186 y ss.

¹²⁶⁰ Cfr. SALA FRANCO, T.: “El principio de la condición más beneficiosa”; RPS, núm. 114/1.977, pg. 45 y ss., donde señala que el “principio del respeto a las condiciones contractuales por el empresario” radica en que “una vez incorporado al contrato individual de trabajo un beneficio, no le es dado a la empresa por su propia voluntad, o sea, unilateralmente, imponer las condiciones generales menos ventajosas”. Igualmente, en esta lógica, entre otras, las SSTSJ de Galicia de 10 de enero de 1.990, AS 11; Castilla y León/Burgos de 10 de mayo de 1.993, AS 2245; Andalucía/Sevilla de 1 de junio de 1.993, AS 3089; y Cataluña de 14 de diciembre de 1.993, AS 5296.

que, al contractualizarse la mejora en que consiste la condición más beneficiosa, ésta “adquiere la eficacia obligatoria propia del contrato en que se integra”¹²⁶¹. El problema es que desde la reforma de 1.994 las condiciones contractuales individuales pueden ser modificadas acudiendo a los procedimientos previstos en el 41 LET.

Es unánime el reconocimiento de que el contrato individual de trabajo es la principal fuente de condiciones más beneficiosa, al menos desde la perspectiva teórica, aunque no tanto en la práctica¹²⁶², puesto que si bien las partes pueden establecer en la concertación contractual condiciones de trabajo que superen los mínimos previstos en las disposiciones normativas y convencionales aplicables, de acuerdo con el artículo 3.1.c) LET y la autonomía individual de los contratantes, también los usos y prácticas de empresa actúan como fuente de esas condiciones, junto con los pactos colectivos informales¹²⁶³ o la voluntad unilateral del empresario.

En la lógica de la fundamentación en la autonomía individual, algunos han entendido que tanto la adquisición como el disfrute de las condiciones más beneficiosas únicamente podría ser individual¹²⁶⁴. Sin embargo la tesis más correcta y, por otra parte, reconocida generalmente es la que preconiza que las condiciones más beneficiosas

¹²⁶¹ En esta línea, STCT 8 de febrero 1985, RTCT 1420 y SSTSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1.993, AS 5296, de Galicia de 10 de enero de 1.999, AS 11, de Cataluña de 16 de febrero de 2.005, AS 1320, y del País Vasco de 14 de febrero de 2.006, AS 1659, entre otras.

¹²⁶² Véase DÍAZ AZNARTE, M^a T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit. pgs. 111 a 119, y la bibliografía, autores y jurisprudencia citada: “si bien el origen contractual de las condiciones más beneficiosas es un dato indiscutido, no es menos cierto que el contrato de trabajo, de forma expresa y directa, raramente aparece como fuente de estas situaciones más ventajosas”. “Esto significa que no se plantean problemas a la hora de afirmar que el contrato, de forma directa o indirecta, origina estas situaciones más ventajosas a respetar” (pg. 111). Igualmente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Condición más beneficiosa; absorción y compensación”, RL, núm. 4/1.992, pgs. 18 y 26, donde relaciona el origen de las condiciones más beneficiosas con el contrato de trabajo, aunque lo hace indirectamente, al constatar que el contrato no es generalmente más que el receptor de dichas condiciones, que proceden realmente de concesiones unilaterales del empresario, de pactos expresos o tácitos entre empresario y trabajadores y de usos o prácticas empresariales.

¹²⁶³ Acerca de este tema, véase BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos”, RL, núm. 2/1.999, pg. 140 y ss.

¹²⁶⁴ En este sentido, Rodríguez-PIÑERO, M.: “La condición más beneficiosa”, DL, núm. 33/1.991, pg. 60.

pueden tener naturaleza individual o colectiva¹²⁶⁵, de manera que se puede y debe hablar de condiciones mas beneficiosas individuales y colectivas¹²⁶⁶.

Además, este planteamiento se puede superponer a los ámbitos de aplicación subjetiva de las modificaciones sustanciales, que diferencia en función de que nos encontremos ante una modificación de condiciones individuales o de condiciones colectivas de trabajo, considerándose individuales aquellas que su fijación deriva de características específicas del trabajador o trabajadores afectados, mientras que, al contrario, serán colectivas las que hayan sido otorgadas a un grupo genérico e indiferenciado de trabajadores¹²⁶⁷, sin que sea decisivo el criterio numérico¹²⁶⁸, sino que la medida afecte a un trabajador concreto por sus especificidades o de modo genérico a un colectivo, sin olvidar que pueden concurrir las circunstancias que nos emplacen ante una modificación

¹²⁶⁵ Véase, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 314 y ss., donde señala que “ su disfrute será normalmente a título individual, pero también lo puede ser (...) a título colectivo”.

¹²⁶⁶ Como ha señalado DIAZ AZNARTE, *ibidem*, pg 115, “para algunos autores es perfectamente posible compatibilizar la circunstancia de que dichas condiciones puedan ostentar un origen colectivo, sin que en este caso queden desnaturalizadas”. En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Condición más beneficiosa...”, cit., pg. 18 y 26. En similar sentido, aunque con matices, MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 127, señala que “la condición más beneficiosa puede ser reconocida por el empresario con un alcance individual o colectivo, pero una vez incorporada al contrato, su naturaleza es siempre personal. Es decir que cabe que la figura despliegue sus efectos sobre una pluralidad genérica de trabajadores, aún cuando, al quedar integrada en sus contratos individuales de trabajo, juega separadamente respecto de cada trabajador”. Igualmente, entre otras, las SSTs de 30 de diciembre de 1.998, Ar 454, y 9 de abril de 2.001, Ar 5112, y las SSTSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2.005, AS 1320, y de 28 de julio de 2.006, AS 2.007/904.

¹²⁶⁷ A este propósito la STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 1.989, AS 62, entiende que son “beneficios superiores gozados colectivamente por los trabajadores” aquellos que responden a un “interés general y abstracto e indivisible de ese colectivo”. En esta misma lógica, GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Lo colectivo en los traslados y modificaciones individuales”, *RL*, núm. 18/1.996, pg. 11 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, en AA.VV., *Estructura de la negociación colectiva*, VIII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, MTSS, 1.996, pg. 72 y ss., para quién son colectivas las condiciones que, aunque deriven de una decisión del empresario, “afectasen a una pluralidad de trabajadores”, siempre que en su concesión no se hubiesen tenido en cuenta particularidades identificables personalmente por los trabajadores afectados, sino consideraciones objetivables en rasgos comunes o genéricos del colectivo afectado”, puesto que, en el fondo, “se tratará de utilizar criterios similares a los que se vienen utilizando para distinguir conflictos individuales y colectivos”.

¹²⁶⁸ En sentido contrario, ALBIOL MONTESINOS, I.: “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, T.S., núm. 43/1.994, pg. 73, entiende que debe entenderse colectiva toda decisión unilateral del empresario que afecte a más de un trabajador, porque el texto del artículo 41 LET no señala un número de afectados a partir del cuál la decisión será colectiva.

plural¹²⁶⁹, siempre que se reúnan los requisitos cuantitativos, temporales y la materia afectada señalados en el 41.2, párrafo cuarto LET, acudiéndose, en unos casos, al procedimiento de modificación individual y en otros al de las modificaciones colectivas, en función de la calificación de la modificación emprendida. afectada señalados en

El principio jurídico que sustenta las condiciones más beneficiosas, de elaboración básicamente jurisprudencial¹²⁷⁰, aunque ahora existe una “consagración legal implícita del carácter vinculante de las condiciones más beneficiosas” derivado de la referencia expresa en la actual redacción del artículo 41 LET, aunque sea a los efectos de permitir su modificación¹²⁷¹, exige el mantenimiento fuera del ámbito de la discrecionalidad empresarial de estas condiciones una vez que han pasado a formar parte del contenido contractual, ya sea paccionadamente¹²⁷² o por la libre decisión empresarial¹²⁷³, con el resultado de mejorar las condiciones contractuales del trabajador afectado¹²⁷⁴.

¹²⁶⁹ Igualmente, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *ibidem*, pg. 127.

¹²⁷⁰ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 139, dirá al respecto que esta idea “innovadora respecto del resto de las fuentes de las obligaciones civiles, era de pura creación jurisprudencial, sin que tuviera hasta el presente una recepción expresa dentro de la legislación laboral estatal; en particular quedaban fuera de la ordenación explícita de fuentes del Derecho y de las obligaciones previstas dentro del Estatuto de los Trabajadores, singularmente de su art. 3, si bien de forma implícita la jurisprudencia y la doctrina las incorporaran a través de la referencia al pacto contractual individual”. En similar sentido, véase DÍAZ AZNARTE, *ibidem*, pg. 56 y ss. donde desarrolla extensamente esta idea, con abundancia de citas bibliográficas y jurisprudencia. Por todas, STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2.006, AS 3272.

¹²⁷¹ Véase, CRUZ VILLALÓN, cit., pgs. 138 y 139, donde señala algunos antecedentes parciales en las Ordenanzas Laborales, que posteriormente se trasladaron a los convenios colectivos, referidos “casi siempre a aspectos de sucesión de la norma en el tiempo”, afirma que “no existía una norma estatal que de forma general incorporara lo que de más genuino tenía la institución de la condición más beneficiosa: la incorporación al nexo contractual de condiciones superiores, en una perspectiva más protectora de los intereses de los trabajadores, a las establecidas a través de norma estatal o convenio colectivo y derivada de la simple reiteración en el tiempo de usos de empresa consolidados por voluntad implícita de las partes interesadas”

¹²⁷² Entendemos que los acuerdos y pactos colectivos no estatutarios tienen naturaleza contractual y sus cláusulas se incorporan al contrato individual de trabajo, por lo son fuente de condiciones más beneficiosas. Sobre esta cuestión véase *supra*....

¹²⁷³ Cfr., p.e., SSTSJ de Andalucía/Málaga de 3 de junio de 1.995, AS 2471; Navarra de 9 de junio de 1.995, AS 2267, y Asturias de 20 de febrero de 1.998, AS 1058.

¹²⁷⁴ La jurisprudencia ha exigido tradicionalmente la voluntad empresarial cierta de conceder el beneficio, sin que fuese suficiente la mera tolerancia como resaltan, entre otras muchas, las SSTJ de 25 de enero de 1.995, Ar 410, y de 30 de marzo de 1.999, Ar 3777, cuando dice que “la existencia de una condición de tal naturaleza es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que exige como requisito «sine qua non» para su aceptación el de que concurra «una voluntad inequívoca de su concesión»”, al igual que las SSTJ de

Es claro que una condición más beneficiosa puede referirse y afectar a cualquier aspecto de la relación laboral, puesto que no existe traba legal alguna para que se pueda mejorar lo heterónomamente fijado o lo colectivamente acordado a través del pacto individual entre las partes. Como no hay materias vedadas a la configuración de estas mejoras¹²⁷⁵ la casuística es numerosísima, mostrándose en multiplicidad de aspectos de las condiciones laborales.

Pero nuestro problema no es conocer si estamos ante una condición más beneficiosa o no, sino de indagar acerca del modo en que esta condición o materia más beneficiosa pueda ser modificada. Para esto tenemos que saber si estamos ante una condición

Cataluña de 5 de septiembre de 2.007, AS 2.008/342: “que no pueda hablarse de una condición más beneficiosa, entendida como una voluntad unilateral empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera los establecido en las fuentes legales o convencionales”, o de 7 de septiembre de 2.006, AS 2.007, 1218: “La persistencia en el tiempo de la ventaja o beneficio, aunque se remontara a 1994 como se dice en la demanda, no tendría relevancia para establecer la presencia de una condición más beneficiosa, pues lo decisivo a tal efecto, como sin duda saben las partes, es que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la Ley o en el Convenio que se incorpora al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o beneficio de derecho, de tal manera que, cualquiera que sea el título originario de la concesión, constituya un derecho adquirido y no un mero uso de empresa”, o la STSJ de 12 de septiembre de 2.006, JUR 2.007/95792, que habla de que “no basta la mera repetición o reiteración de su devengo en el tiempo, sino que es necesario que persista esa voluntad de introducir un beneficio que incrementa el ámbito legal”. No obstante, un sector doctrinal opina que la reiteración suficiente, aún dentro de la mera tolerancia, origina una presunción *iuris tantum* de condición más beneficiosa. Véase, en esa lógica, SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M^a: “Los límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual”, cit., pg. 192 y ss.: “Cualquier conducta reiterada en el desarrollo del contrato generará una condición más beneficiosa bien por el silencio significativo en que se mantiene la otra parte, bien porque la apariencia habrá de ser considerada como declaración negocial por *facta concludentia*”, matizando que el límite que una vez franqueado genera la condición más beneficiosa está, “por razones de seguridad jurídica”, en la reiteración suficiente, que a falta de pronunciamiento explícito generará siempre la presunción que tendrá que destruir el interesado. En esta lógica la STSJ de Cantabria de 24 de enero de 2.007, AS 3283, o la STSJ de Cataluña de 28 de julio de 2.007, AS 904, en un caso en que los trabajadores en incapacidad temporal cobraban incluido en la “ayuda de comida”, desde 1.994 a 2.004 el 100% de su retribución a modo de mejora voluntaria, por lo que “no cabe duda que el percibo en tan largo período de tiempo del complemento en los términos indicados, provoca el nacimiento de una condición más beneficiosa para los trabajadores afectados”.

¹²⁷⁵ DÍAZ AZNARTE, M^a.T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., pg. 191, donde señala, además, que la única excepción, “regulada por vez primera en el RDL 49/1.978, y prevista en la actualidad por el art. 26.4 ET, en virtud del cual “todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario”. Sobre este tema, véase GARCÍA MURCIA, J.: “La prohibición de asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social del trabajador”, REDT, núm. 18/1.994. La verdad es que se soslaya esta obligación, sino nominalmente, sí en el fondo, a través del pacto salarial que toma como referencia el salario líquido.

disfrutada a título individual o a título colectivo o, dicho de otro modo, si esa condición tiene un origen individual o un origen colectivo, lo que es esencial para conocer el procedimiento mediante el cual podremos llevar a cabo esa alteración contractual.

En este sentido, no puede olvidarse que, una vez se declara la existencia de una condición más beneficiosa, ésta se incorpora irresolublemente al patrimonio contractual del trabajador, por lo que, en principio, parecería estar a salvo de su alteración por la voluntad unilateral del empresario¹²⁷⁶, hasta el punto de que, aunque el empresario en base a su poder de dirección puede perfectamente superar los mínimos fijados normativa o convencionalmente, no puede, una vez consentida la mejora, eliminarla sin más unilateralmente, de manera que la condición más beneficiosa pasa así a constituirse en un límite al poder de dirección empresarial¹²⁷⁷.

Ahora bien, esta inalterabilidad de los beneficios concedidos por la condición más beneficiosa lo es sólo frente a su modificación o supresión a través, únicamente, de la voluntad del empresario expresada por medio del poder de dirección empresarial¹²⁷⁸. Por el contrario, esta limitación no actúa frente la modificación o extinción instrumentada en un acuerdo de las partes, mediante las técnicas de neutralización de

¹²⁷⁶ Véase DÍAZ AZNARTE, M^a.T.: *El principio de condición más beneficiosa...*, cit., pg. 233, para quién “el mantenimiento de los beneficios adquiridos por el trabajador a título individual, tanto frente a intentos empresariales de modificar *in peius* lo acordado individualmente, como frente a cambios legislativos o convencionales de naturaleza regresiva, es en esencia el fundamento del principio de condición más beneficiosa”.

¹²⁷⁷ Ya desde antiguo la jurisprudencia así lo ha entendido como se muestra, p.e. en las SSTs de 20 de diciembre de 1.993, Ar. 9974, y 22 de septiembre de 1.995, Ar. 6789, que señalan que “la doctrina jurisprudencial de la condición más beneficiosa prohíbe la supresión o reducción por acto unilateral del empresario de ventajas o beneficios incorporados al contenido del contrato de trabajo por actos de voluntad expresas o tácitas de los sujetos del mismo”. Esta idea se mantiene inalterada en todos los pronunciamientos que se han citado en las paginas anteriores.

¹²⁷⁸ Cfr. DÍAZ AZNARTE, *ibidem*, pg. 235, donde pone de relieve la existencia de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que afirman clara e indubitadamente la irrevocabilidad unilateral de estas mejoras voluntarias por la sola voluntad del empresario, como, p.e., las SSTsJ de Andalucía/Sevilla de 25 de marzo de 2.003, AS 2794, y de Cataluña de 28 de julio de 2.007, AS 904.

Este rechazo jurisprudencial a la supresión unilateral por el empresario de las condiciones más beneficiosas, no existe en otros ordenamientos como el francés en que las mejoras disfrutadas por los trabajadores, específicamente en virtud de usos de empresa pueden revocarse por el empresario con el único requisito de preavisar a los trabajadores afectados de manera individual. Véase, LYON-CAEN, G. Y PELISSIER, J: *Droit du Travail*, cit. pg. 934.

beneficios por absorción y compensación de mejoras y, por supuesto, mediante el instituto jurídico de las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET¹²⁷⁹.

Del mismo modo, no pueden modificarse las condiciones más beneficiosas por el convenio colectivo, para el que son intangibles, puesto que los representantes de los trabajadores que negocian el convenio no disponen de la legitimidad necesaria para cambiar las condiciones que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación disfruten a título individual¹²⁸⁰, al igual que sucede con los demás instrumentos fruto de la negociación colectiva como son los convenios extraestatutarios y demás pactos o acuerdos que puedan concertarse.

Tampoco a través del cambio de empresario, puesto que, según recoge el artículo 44 LET, “el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior”, lo que se muestra en que la “continuidad de las relaciones en curso en la fecha de transmisión conlleva lógicamente la permanencia de la regulación establecida en las fuentes que sea de específica aplicación con la concurrencia de los principios (propios del Derecho del Trabajo) de norma mínima, norma más favorable y condición más beneficiosa, así como el principio de irrenunciabilidad de derechos”¹²⁸¹, por lo que

¹²⁷⁹ P.e. SSTs de 19 de marzo de 2.001, Ar 4104, y de 14 de marzo de 2.005, Ar 3698, o la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2.006, AS 1659.

¹²⁸⁰ P.e., la STS de 27 de enero de 2.004, Ar 953, siguiendo la terminología de la STS de 25 de octubre de 1.999, Ar 8402, señala que “el Convenio Colectivo no puede penetrar en esas condiciones más beneficiosas de carácter plural”, o la SAN de 18 de febrero de 2.002, AS 1273, dice que “el Convenio Colectivo como instrumento normativo de las relaciones laborales puede regular las condiciones de trabajo y de productividad en el ámbito correspondiente al área de negociación y penetrar en los aspectos de las relaciones individuales, pero no en aquellas condiciones «ad personam», integradas en el contrato que afectan a su propio objeto”, señalando además, como las anteriores que “el único medio de modificación sustancial de una condición de carácter individual, al estar integrada en el contrato de trabajo de cada uno de los trabajadores, es el del art. 41 del ET, sin que aquel carácter individual lo pierda por el hecho de que los trabajadores afectados formen un colectivo”.

¹²⁸¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, MTSS, 1.987, pg. 286, para quién la subrogación empresarial opera “sobre cualesquiera condiciones de trabajo integrantes del estatuto del personal afectado –categoría profesional, naturaleza del vínculo contractual, antigüedad, jornada, sistema de trabajo, salario, devengos extrasalariales, etc.. Y ello, tanto si las mismas derivaban de fuentes de aplicación general como si venían establecidas en normas sectoriales o de empresa, e incluso si tenían un origen contractual”; en similar sentido, CAMPS RUIZ, L.M.:

deberá respetar las ventajas que los trabajadores de la empresa traspasada pudieran disfrutar a título individual.

Consecuentemente, las condiciones más beneficiosas únicamente se pueden modificar a través del acuerdo novatorio entre el trabajador y el empresario¹²⁸², neutralizándolas mediante las técnicas de absorción y compensación de beneficios o a través de los procedimientos previstos en el artículo 41 LET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Esto nos plantea la cuestión de si es aplicable a la modificación de las condiciones más beneficiosas la idea de que sólo hay que acudir a la vía del artículo 41 LET en el caso de que sea predicable la sustancialidad de su modificación y, por el contrario, si la modificación que se ejerce sobre la condición más beneficiosa no alcanza a ser considerada sustancial, su modificación es un simple ejercicio del poder directivo empresarial, ajeno, por tanto, a las exigencias y garantías de los procedimientos recogidos en el artículo 41.

La realidad es que no todas las condiciones más beneficiosas disfrutadas por los trabajadores son de tal entidad que su modificación debiera ser siempre considerada sustancial, puesto que la variedad y heterogeneidad de sus contenidos es ilimitada. De aquí que se pudiera defender que las condiciones más beneficiosas, al igual que las demás condiciones contractuales, en unos casos se modificarán sustancialmente y en otras su cambio será una mera aplicación del poder de especificación y variación empresarial, en cuanto variación accidental de una condición que si se cambia más intensamente podría ser calificada de sustancial o que la entidad misma de la condición hace que siempre sea accidental en relación con el contenido contractual.

Régimen laboral de la transmisión de la empresa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.993, pgs. 177-179. Igualmente, debe consultarse lo dispuesto en la Directiva 77/187/CE, de 14 de febrero, sobre transmisión de empresas, y la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio, que modifica la anterior.

¹²⁸² Para PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 359, “el cauce natural para convenir modificaciones individuales es en la nueva ley la novación contractual”.

Sin embargo, como la aplicación de esta idea “llevaría prácticamente a la desintegración de la condición más beneficiosa”¹²⁸³, puesto que no todas tienen por objeto una condición cuya modificación sea siempre sustancial ni, por supuesto, la entidad de ese cambio ha de serlo, parece más lógico defender que la condición más beneficiosa no puede ser modificada sin más unilateralmente por el empresario¹²⁸⁴. En consecuencia, las modificaciones que merezcan la calificación de sustanciales se sustanciarán por lo previsto en el artículo 41 LET, al igual que sucede con aquellas otras que no alcancen dicha calificación, ya sea por la escasa entidad de la condición o del cambio que se propone, no siendo éstas en ningún caso susceptibles de alteración mediante el poder de dirección, aparte de la posibilidad del recurso al acuerdo novatorio entre las partes o a la neutralización mediante la absorción y compensación de la mejora. Es decir que las modificaciones de las condiciones más beneficiosas que no alcancen la calificación de sustanciales también deberán seguir el trámite y los requisitos del 41 LET¹²⁸⁵, salvo que se haga a través de la novación contractual o la absorción o compensación.

No obstante lo anterior, no se entiende bien por qué unas condiciones de trabajo, incorporadas al ámbito contractual como todas las demás condiciones cuyo origen no es normativo ni convencional, deben gozar un régimen especial para su modificación, porque una vez incorporadas, con independencia de su origen, individual o colectivo, tienen idéntica naturaleza jurídica que las demás condiciones que configuran ese contrato de trabajo. Porque, además, todas las argumentaciones vertidas para argumentar la necesidad del mantenimiento de esas condiciones son perfectamente

¹²⁸³ DÍAZ AZNARTE, *ibidem*, pg. 268.

¹²⁸⁴ Véase, en esta lógica, DÍAZ AZNARTE, *ibidem*, donde afirma que la característica esencial del principio de condición más beneficiosa que le da su identidad en el ordenamiento jurídico-laboral es la “irrevocabilidad unilateral de la mejora por parte del empresario, sin la cual el propio principio carecería de virtualidad alguna en la práctica”.

¹²⁸⁵ Abundando en este razonamiento, DÍAZ AZNARTE, *cit.*, pg. 268 y 269, señala que “conduciría al absurdo interpretar la actual tendencia jurisprudencial al hilo de lo dispuesto en el art. 41 ET, en el sentido de admitir que una condición contractual sustancial puede ser alterada siguiendo los trámites fijados en ese precepto, y mantener simultáneamente que las condiciones más beneficiosas que consistan en el disfrute de mejoras de naturaleza incidental o no esencial no son susceptibles de modificación si no es a través del acuerdo novatorio o de la absorción y compensación como técnicas neutralizadoras. Con ello, estaríamos otorgando un mayor ámbito de cobertura protectora a las condiciones más beneficiosas cuyo contenido no fuese esencial respecto al objeto del contrato, ya que lo que queda fuera de discusión es que de estas mejoras pueda disponer libremente el empresario”.

válidas para las demás condiciones contractuales. Una posible explicación a esta situación es que se ha mantenido en la doctrina y la jurisprudencia citadas la inmodificabilidad de estas condiciones por la voluntad unilateral del empresario, en lo que no cabe interpretar más que como una inercia de planteamientos legales, doctrinales y jurisprudenciales anteriores a la reforma de la Ley 11/1.994 que se resisten a aceptar el nuevo marco legal y la lógica de la flexibilidad que lo informa.

Pués bien, si cualquier condición de trabajo, siempre que no derive de la norma legal o del convenio estatutario, puede ser modificada por la voluntad unilateral del empresario, si el cambio se considera sustancial de acuerdo a los procedimientos del 41 LET y si no lo es a través del poder directivo, no parece razonable que una determinada condición, por el hecho de mejorar las de otros compañeros o las previsiones legales o convencionales, tenga un plus de perdurabilidad y un beneficio procedimental en su modificación, ni que se presuma su sustancialidad, sino que debe someterse a las reglas legales previstas para la modificación de cualquier condición del contrato de trabajo que diferencian las condiciones, únicamente, en función de su origen colectivo o individual y sustancial o irrelevante, para obligar o no al uso del artículo 41 LET, sin que deba tener relevancia alguna en ese plus de seguridad el que, como resalta la práctica totalidad de los autores y jurisprudencia, el concepto de condición más beneficiosa sea una creación jurisprudencial. De aquí que deba acudir a los procedimientos del artículo 41 LET, sólo si entidad de la modificación es sustancial, mientras que si es intrascendente pueda modificarse mediante el poder directivo y el *ius variandi* empresarial.

1.5. LA CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 41.1.F) CON EL 39.5 LET: LA MOVILIDAD FUNCIONAL MÁS ALLÁ DEL ARTÍCULO 39. SITUACIONES SUBSUMIBLES

Con anterioridad a la reforma legal de 1.994, pese al silencio legal, la mayoría de la doctrina¹²⁸⁶ y de la jurisprudencia¹²⁸⁷ venía admitiendo que se pudieran modificar, a través

¹²⁸⁶ Véase, por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 226; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, pgs. 160 y ss.;

del artículo 41 LET, las funciones del trabajador más allá de los límites del artículo 39 LET, pese a que tal modificación venía referida a la prestación laboral y no a las condiciones de trabajo en sentido estricto.

El nuevo texto legal incorpora esta posibilidad, de manera expresa, en dos preceptos. De un lado, el artículo 39.5 LET establece que “el cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”. Este pronunciamiento supone, en apariencia, una novedad importante¹²⁸⁸ en el régimen de la movilidad funcional, puesto que inequívocamente abre la vía de la movilidad funcional hacia el régimen genérico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que también fue criticado, por implicar el posible vaciamiento de la utilidad normativa y de las singularidades del régimen de la movilidad funcional¹²⁸⁹. En cualquier caso, este pronunciamiento se constituye en “una verdadera cláusula de cierre” de la regulación legal de la movilidad funcional¹²⁹⁰. El segundo precepto normativo que incluye la posibilidad de modificación sustancial funcional es el artículo 41.1.f) LET,

RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “La movilidad del trabajador dentro de la empresa”, cit., pg. 36 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Movilidad funcional y derechos económicos”, en AA.VV. *Estructura Salarial*, CEOE, Madrid, 1987, pgs. 112 y ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍN EZ, F.: *La modificación sustancial...*, op. cit., pg. 157; SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional” cit., pg. 57; SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, cit., pgs. 95 y ss.

¹²⁸⁷ Cfr., entre otras, STS de 21 de marzo de 1989, Ar 1905; SSTCT de 14 de octubre de 1983, Ar 8456, de 8 de marzo de 1986, Ar 1442, de 7 de octubre de 1986, Ar 8456, de 22 de diciembre de 1986, Ar 14297, o de 2 de julio de 1987, Ar 14893; STSJ de La Rioja, de 20 de octubre de 1992, AS 4729. En contra, STCT de 1 de julio de 1985, Ar 4463, argumentando la existencia del artículo 39 LET para ordenar la movilidad funcional, de lo que parecía desprenderse que la intención del legislador era que la movilidad funcional y las modificaciones sustanciales se regulasen separadamente.

¹²⁸⁸ Para SALA FRANCO, T.: “El alcance aplicativo del art. 41 del ET...”, cit, pg. 134, “la importancia de esta “nueva” inclusión es, sin duda, más emblemática que real. Cierra en este sentido, la polémica -doctrinal y jurisprudencial- existente en su día acerca del alcance del art. 41 del ET y, sobre todo, permite interpretarlo de acuerdo, más que con su literalidad, con su finalidad. No habrá que preocuparse tanto de lo que sea o no sea “condición de trabajo” sino de la “ratio legis” pretendida”.

¹²⁸⁹ Véase CONDE MARTÍN DE HIJAS, VICENTE: “Clasificación profesional, promoción profesional y ...”, cit., pgs. 254 y 255.

¹²⁹⁰ RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994”, REDT, nº 67/1994, pg. 707.

cuando señala que “tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las (...) funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley”.

Es evidente que esta imbricación existente entre el apartado 5 del artículo 39 y el artículo 41 LET obliga a que su interpretación sea realizada de acuerdo a criterios unitarios, teniendo claramente en cuenta que la lectura que se haga de la naturaleza jurídica del artículo 41 desde la perspectiva del análisis del 39.5 no es aplicable a todas las condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial, sino que únicamente será aplicable a la modificación de las funciones¹²⁹¹. La problemática que plantea esta relación normativa se centra, esencialmente, en la delimitación de cuáles sean los supuestos de modificación de funciones que exceden el ámbito del artículo 39, es decir, cuáles son las modificaciones funcionales sustanciales y la indagación acerca de si la naturaleza de estas normas es imperativa o dispositiva, así como alguna otra cuestión conexas.

El enunciado del 39.5 LET se refiere a los cambios de funciones “no incluidos en los supuestos previstos en este artículo”, lo que parece plantear alguna dificultad lógica, puesto que si el 39.1 se refiere a la movilidad funcional dentro del grupo o categorías equivalentes y el 39.2 regula la movilidad fuera del grupo o categorías equivalentes, en principio, parece que aquí se encuentren reguladas todas las posibilidades. Sin embargo, el artículo 41.1.f) se refiere a los supuestos que se salgan de esos límites, como claramente señala al calificar como modificación sustancial la de las “funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley”. De aquí que se haya pensado que el referente del 39.5 no sean los supuestos de este artículo sino sus límites¹²⁹². Límites que hay que tener en cuenta que pueden ser móviles debido a la acción

¹²⁹¹ Cfr., en este sentido, CASAS BAAMONDE, M.E.: “Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva”, en VV.AA. *Las Reformas Laborales de 1994 y 1997* (coord. ROJO TORRECILLA, Eduardo), Marcial Pons, 1998, pg. 201. Igualmente, CAMPS RUIZ, J.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 36, también mantiene, al igual que la mayoría de la doctrina que la relación entre los artículos 39.5 y 41 sólo afecta a la modificación de funciones.

¹²⁹² En esta lógica, véase, DEL REY GUANTER, S.: “Movilidad funcional...” op. cit. pg. 201; SALA FRANCO, T.: “La movilidad funcional” en VV.AA. *La Reforma...*, cit., pg. 75; ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pg. 228; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: “La movilidad funcional y geográfica...”, cit., pg. 103; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, cit., pg. 132; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.: “Clasificación profesional...”, op. cit., pg. 114; CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: “Clasificación

delimitadora que puede ejercer la negociación colectiva, a veces junto con la ley, y que puede, en ocasiones, acortar el espacio de las modificaciones sustanciales funcionales al ensanchar el ámbito de la movilidad funcional ordinaria¹²⁹³.

Otros, en cambio, han especificado que este apartado quinto será de aplicación a todas aquellas situaciones en el cambio de funciones sea de tal magnitud que altere el objeto del contrato. De aquí que el 39.5 se refiera al cambio de funciones distinto del pactado, puesto que el poder de dirección especifica lo pactado sin variar la prestación, mientras que la modificación sustancial, lógicamente también la funcional del 39.5, excede claramente lo pactado y supera el ámbito de especificación del poder empresarial regulado en los demás puntos del artículo 39 LET¹²⁹⁴. No hay necesidad alguna de decantarse por una de las dos tesis expuestas, puesto que las dos son válidas y admisibles, además de complementarias¹²⁹⁵.

De lo expuesto se puede concluir, desde la primera perspectiva, que las funciones que pueden ser modificadas a través del 39.5, es decir las funciones distintas de las pactadas no incluidas en los demás supuestos del 39, son los supuestos de movilidad funcional que supongan la encomienda de funciones correspondientes a otro grupo profesional o, en su caso, a una categoría no equivalente, siempre que este cambio tuviera una duración que exceda el tiempo imprescindible o, si no lo excede, responda a razones económicas o de producción, puesto que las técnicas u organizativas sí están admitidas por el 39.2, no responda a “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva” y suponga

profesional...”, op. cit., pg. 258, quién, además, precisa que el contenido del 39.5 deja vacío el régimen del artículo 39, al abrir la propia norma una vía para la superación y derribo de los límites que impone, que considera “ínsitos en la propia estructura de la movilidad funcional”, mediante la posibilidad de llevar a cabo una modificación funcional de carácter sustancial (pg. 256). Este autor hace un análisis individualizado de cuáles son estos límites en las páginas 256 a 258.

¹²⁹³ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva”, cit., pg. 202.

¹²⁹⁴ Véase RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994”, cit., pg. 707; igualmente, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional...”, op. cit., pg. 205, aunque estos autores hablan de *ius variandi* en lugar de poder de dirección.

¹²⁹⁵ Cfr. ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, op. cit., pg. 329 y VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional del trabajador en el empresa*, cit., pg. 305.

una movilidad descendente¹²⁹⁶. En conclusión, son cambios caracterizados por la vocación de permanencia indefinida en el tiempo, no por la perentoriedad ni la temporalidad¹²⁹⁷. A su vez, desde la segunda, se ha dicho que si bien el típico supuesto sería el de los cambios definitivos de grupo o a alguna categoría no equivalente a la desempeñada, siempre que no se haya consolidado un ascenso, aunque, en realidad, esta cláusula tiene un alcance más amplio, puesto que se puede referir a tareas que “aún estando integradas en un mismo grupo o que tengan una equiparación a un diferente nivel retributivo, requieran otras “aptitudes profesionales” o sea diferente “el contenido general de la prestación”, de manera que se sitúan fuera del ámbito originario de la prestación debida”¹²⁹⁸.

Lo que en realidad contiene el párrafo 5¹²⁹⁹ del artículo 39 es una ordenación de las fuentes reguladoras de la movilidad funcional sustancial, que coloca en primer lugar a la autonomía individual y, subsidiaria y subordinadamente, a la ley, es decir el contenido del artículo 41 LET, y a la negociación colectiva¹³⁰⁰. Esta ordenación plantea algunos interrogantes que trataremos de responder y que se refieren a cuál sea la naturaleza del artículo 41 con relación a la modificación sustancial funcional más allá de los límites del artículo 39, o a si el artículo 41 es cauce obligado para las modificaciones sustanciales de funciones o es desplazable total o parcialmente por la autonomía de la voluntad, sea ésta colectiva o individual.

¹²⁹⁶ CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit. pgs. 35 y 36.

¹²⁹⁷ En este sentido, véase SENRA BIEDMA, cit., pg. 256.

¹²⁹⁸ RIVERO, *ibidem*: Y añade: “En definitiva, éstos pueden ser los cambios funcionales a los que la LCT de 1944 designaba como desempeño de “mayor u otro trabajo del acordado”, y que en la negociación colectiva no es extraño que tengan una regulación específica bajo la denominación de cambios a trabajos “distintos” o “diferentes”.

¹²⁹⁹ “El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”.

¹³⁰⁰ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva”, cit., pg. 201.

1.5.1. Modificación por mutuo acuerdo

En la disyuntiva de elegir entre la realización de los aludidos cambios por mutuo acuerdo entre el trabajador afectado y el empresario o por decisión unilateral de éste, el legislador opta, abiertamente y sin reserva alguna, por la primera opción, atribuyendo a la autonomía individual el papel de fuente principal y preferente de ordenación de aquellos y residenciando su instrumentación en los acuerdos novatorios, sin condicionamiento alguno, de modo que, sólo en defecto de acuerdo de las partes, entra en juego el poder organizativo empresarial y su consecuencia, la decisión modificatoria unilateral del empresario de movilidad funcional, que es la que ha de someterse a las reglas legales o convencionales sobre modificaciones sustanciales.

Así, se muestra claramente el carácter plenamente dispositivo que el artículo 41 tiene en su relación con el 39.5, es decir, en su aplicación a la modificación sustancial de las funciones convenidas, como consecuencia lógica de la opción legislativa acerca del reparto de poderes y atribuciones en esta materia entre la autonomía de la voluntad individual, la negociación colectiva y los poderes organizativos empresariales. La consecuencia es que el acuerdo de las partes puede disponer, no sólo de la regulación convencional, sino también de la ordenación legal, “porque las vuelve innecesarias al anular el supuesto de hecho de su aplicación: el ejercicio unilateral del poder de modificación empresarial, aún sujeto a las restricciones legales del art. 41 o a las establecidas por la negociación colectiva”¹³⁰¹.

La doctrina española ha sido unánime en la admisión de la validez de la intervención de la voluntad para cambiar el objeto de la prestación debida¹³⁰², cambio que constituye una novación modificativa del contrato de trabajo, que en su materialización habrá de enmarcarse entre lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil, que reconoce el

¹³⁰¹ Esta idea ha sido puesta de relieve, entre otros, por CASAS BAAMONDE, *ibidem*, pgs. 202 y 203; en similar sentido, GÁRATE CASTRO, : “Movilidad funcional”, cit., pg. 846.

¹³⁰² Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *La novación...*, op. cit., pgs. 81 y ss; CABRERA BAZÁN, J.: *La novación ilícita del contrato de trabajo*, pg. 15, y *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, cit.; VINUESA ALADRO, A.: *La clasificación...*, pg. 140; SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en AA.VV. *Comentarios...*, cit. pg. 45. Para una visión panorámica de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno en relación con la posibilidad de acuerdos y pactos modificatorios véase VALLE MUÑOZ, F.A.: “La movilidad funcional del trabajador en el empresa”, op. cit., pgs. 310 a 313.

principio de autonomía de la voluntad, y el artículo 3.1.c) LET, que deja a la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, la fijación de los derechos y obligaciones de la relación laboral, por una parte, y el límite fijado en el punto 5 del mismo artículo, según el cual “los trabajadores no podrán disponer válidamente de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, ni tampoco (...) de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”¹³⁰³.

En esta lógica, como la prestación debida tiene origen contractual, por vía contractual será también posible su modificación, aunque para algunos no está tan claro que sea igualmente posible disponer de aquellos otros derechos que están indirectamente conexados con la prestación debida, como la formación profesional, la promoción, o las titulaciones, entre otras¹³⁰⁴. Aceptar esta tesis significa impedir o limitar gravemente la movilidad funcional, puesto que siempre que existe un cambio de funciones se puede ver afectado el derecho a la formación profesional o a la promoción, naturalmente en relación con las funciones anteriormente desempeñadas, aunque también se abre un nuevo camino. Por esto, se puede opinar que es lícito disponer libremente de algunos de estos derechos conexos como la formación profesional o las expectativas de promoción, aparte de que la dignidad, otro derecho relacionado, es un concepto jurídico indeterminado de apreciación subjetiva en la mayoría de las situaciones, no tiene porqué verse necesariamente afectada, como más adelante se verá. En cambio, no se puede disponer libremente de la exigencia de titulaciones para el desempeño de determinados puestos de trabajo¹³⁰⁵.

¹³⁰³ Por todas, véanse SSTSJ de Aragón de 17 de febrero de 1993, AS 564, y de Cataluña de 1 de septiembre de 1.999, AS 3812, y de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092.

¹³⁰⁴ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 340; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional...*, cit., pg. 118; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, cit., pgs. 176 y 177; GARATE CASTRO, J.: *Movilidad funcional...*, cit., pg. 642. Una posición diferente, puesto que habla de “movilidad funcional prohibida” refiriéndose a la que menoscabe la dignidad del trabajador o vaya en perjuicio de su formación y promoción profesional, la tiene SENRA BIEDMA, R.: *El derecho del Trabajo y de la Seguridad Social tras la reforma...*, cit., pg. 256; en una lógica similar DEL REY GUANTER, S.: “Movilidad funcional...”, cit., pg. 197, habla de “límites de clara raíz constitucional”.

¹³⁰⁵ La STSJ Cataluña 3 julio de 1.998, AS 3183, admite que no se extiende aquélla al derecho a la formación y promoción profesional (art. 4, núm. 2.b)), que puede sacrificarse mediante causa suficiente, como puede ser la de no ser incluido el afectado por la novación contractual en un expediente de regulación de empleo tendente a obtener la autorización para un despido colectivo; GÁRATE CASTRO, J.: “La movilidad funcional (en torno al artículo 39)”, cit., pg. 849.

Se puede modificar por acuerdo la prestación laboral, tanto en un sentido meliorativo como peyorativo¹³⁰⁶. Lógicamente, esta nueva prestación no podrá disfrutar, en cualquier caso, de un régimen jurídico inferior al que derive del convenio colectivo aplicable, que deberá ser respetado por el acuerdo novatorio¹³⁰⁷, puesto que si en el convenio aplicable se regula la movilidad funcional señalando situaciones cuya modificación habrá de ser considerada sustancial, el acuerdo novatorio debe respetarlas, ya que lo contrario significa desconocer la eficacia normativa del convenio colectivo¹³⁰⁸.

En este sentido, el convenio colectivo se configura, aparte los límites generales de orden constitucional o civil, como el único límite concreto del pacto novatorio, es decir en la eficacia constitucional legalmente garantizada a los convenios y pactos colectivos, si lo que se pretende modificar es la delimitación de las funciones, alterando el sistema de encuadramiento profesional pactado colectivamente, puesto que la autonomía colectiva prevalece sobre la individual¹³⁰⁹.

Ahora bien, el acuerdo novatorio siempre operará sin alterar ni vulnerar el sistema de clasificación profesional colectivamente pactado de referencia¹³¹⁰, al igual que no debe olvidarse que la no impugnación por el trabajador del cambio de funciones unilateralmente decidido por la empresa no implica, por sí solo, la aceptación tácita de la modificación

¹³⁰⁶ Cfr. GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica...*, cit., pg. 379, donde señala que la modificación consensual de la prestación puede comportar tanto el pacto de cambio a categorías superiores como inferiores a la pactada.

¹³⁰⁷ Véase, en esta lógica, MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, cit., pg. 135 y ss. Igualmente MAGNO, P.: *La vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, cit., pgs. 297 y ss.

¹³⁰⁸ Opinando que el acuerdo novatorio sólo es posible en defecto de pacto colectivo, ROMAN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional...”, cit., pg. 207; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional...*, cit., pg. 119. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado repetidamente manteniendo la prevalencia de lo pactado colectivamente sobre la voluntad individual de los trabajadores. Véase SSTC 92/1.992, de 11 de junio(BOE 24 de julio), 105/1.992, de 1 de julio (BOE 24 de julio), y 208/1.993, de 28 de junio (BOE 2 de agosto).

¹³⁰⁹ Véase CASAS BAAMONDE, cit., pg. 203 y 204.

¹³¹⁰ Cfr. STC 208/1.993 donde se afirma que lo contrario supondría lesionar la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. En esta línea, RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional...”, cit., 709; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, cit., pg. 135 y ss.

sustancial y la transformación del supuesto en otro de movilidad funcional por mutuo acuerdo¹³¹¹.

La movilidad funcional sustancial por mutuo acuerdo, como hemos indicado, está sujeta a una serie de limitaciones, puesto que, además de cumplir la exigencia de que el trabajador disponga de la titulación, permiso gubernativo o colegiación que se exija legal o reglamentariamente, debe rendir el obligado respeto a los derechos fundamentales y a las condiciones que pacten las propias partes, debe atender a las limitaciones que se derivan de la aplicación de las reglas de derecho común que regulan las obligaciones y contratos¹³¹², al respeto a las normas de derecho necesario, tanto estatales como colectivas¹³¹³, y a la indisponibilidad de los derechos *ex* artículo 3. 5 LET.

1.5.2. La modificación sustancial de funciones *ex* artículo 41 LET

Si no se consigue el acuerdo novatorio para el cambio de las funciones asignadas al trabajador, nada impide que se pueda llevar a cabo esa modificación funcional, ya que la empresa puede acudir al mecanismo subsidiario y supletorio de la autonomía individual previsto en el artículo 39.5 *in fine* LET: la posibilidad de acudir a los procedimientos modificatorios del artículo 41 LET, y adoptar la decisión de forma unilateral, organizando

¹³¹¹ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: “Clasificación profesional...”, cit, pg.849. En el mismo sentido, SAMPER JUAN, J.: “Clasificación profesional objetiva y subjetiva y movilidad funcional”, en AA.VV. *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (Dir. MARTÍN EZ EMPERADOR, R.), CGPJ, 1996, pg. 65.

¹³¹² GARATE CASTRO, J.: “La movilidad funcional (En torno al artículo 39)”, cit., pg. 847, afirma que “ello significa que el acuerdo no puede acusar defectos de consentimiento (art. 1.256 CC), ni resultar abusivo, como ocurriría si dejase la determinación de la prestación de trabajo a la exclusiva voluntad del empresario (art. 1256 CC); la abusividad podría surgir si el trabajador se comprometiera a realizar las funciones decididas en cada momento por la empresa, al margen de cualquier equivalencia). Asimismo, aquél debe responder a una concreta causa (no es preciso que aparezca fijada expresamente; art. 1277 CC), cuya ausencia comportaría la ineficacia de la novación contractual (su nulidad; art. 1275 CC), como ha tenido ocasión de señalar alguna sentencia”, como la STSJ Cataluña de 3 de julio de 1998, AS 3183, que admitía inicialmente el pacto novatorio en el que a cambio de la exclusión del trabajador de un expediente de despido colectivo éste aceptaba el cambio de categoría profesional, con las funciones y salario correspondientes a ésta. Finalmente considera nulo el pacto porque el expediente no llegó a ser tramitado.

¹³¹³ GÁRATE CASTRO, cit., pg. 848, señala que “tiene aquí plena aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imposibilidad de que el ejercicio de la autonomía individual sirva para eludir la fuerza vinculante de los convenios colectivos”.

así la mano de obra de la forma más adecuada para satisfacer las necesidades de su organización productiva. Esta modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a diferencia de la consentida por el trabajador, habrá de adoptarse con sujeción plena a lo dispuesto en el artículo 41 LET o a las reglas que pudiera contener el convenio colectivo aplicable, como se desprende del tenor literal del artículo 39.5, al señalar que se “requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”.

Como acabamos de señalar, en defecto de acuerdo hay que acudir a las otras alternativas ofrecidas por el artículo 39.5 LET, la primera de las cuales es la decisión de la modificación de forma unilateral por la empresa con sujeción a las reglas del artículo 41 LET. Este procedimiento legal presenta unas reglas específicas en el caso de las modificaciones funcionales sustanciales, especificidades que han llevado a un sector doctrinal a identificar la existencia de un “*ius variandi* especial”¹³¹⁴.

En primer lugar debe resaltarse, como ha hecho la mayoría de la doctrina¹³¹⁵, que si bien el criterio de diferenciación establecido por el artículo 41 LET entre las modificaciones individuales y las colectivas para la aplicación o no del procedimiento del artículo 41.4 LET es un criterio cualitativo, en cuanto depende básicamente del origen normativo de la condición que se quiera modificar, en cambio para los supuestos de modificaciones funcionales y de horarios, el criterio de diferenciación entre las modificaciones individuales y las colectivas, para la aplicación o no del procedimiento del artículo 41.4,

¹³¹⁴ Véase RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional...”, op. cit., pg. 718, donde señala que “respecto de estos cambios funcionales instrumentados por el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo, no parece técnicamente inadecuado identificar la existencia de un *ius variandi* “especial”.

¹³¹⁵ Entre otros ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional...” op. cit. pg. 208; HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: “Clasificación profesional, movilidad y cambios organizativos en las empresas: su fiel reflejo en el Derecho del Trabajo”, Economía y sociología del trabajo, núm. 21-22/1.993, pg. 141. Sin embargo cierta doctrina ha defendido el carácter exclusivamente individual de las modificaciones sustanciales funcionales, como DE SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación laboral”, op. cit. pg. 50; y DEL REY GUANTER, S.: “Movilidad funcional...”, op. cit., pg. 203.

pasa a ser esencialmente cuantitativo, en cuanto depende del número de trabajadores afectados según el volumen de la plantilla¹³¹⁶.

La tercera vía modificatoria de funciones ofrecida por el artículo 39.5 LET es el recurso a las reglas que la negociación colectiva haya estipulado para llevar a cabo las modificaciones, como alternativa al procedimiento modificatorio del artículo 41, en defecto del prioritario acuerdo entre trabajador y empresario.

El estudio de esta vía modificativa¹³¹⁷ nos emplaza ante la problemática que la modificación sustancial funcional plantea en relación con la movilidad funcional regulada en el artículo 39 LET, que se puede resumir en dos cuestiones: una, conocer si las reglas previstas en el artículo 41 de LET para la modificación sustancial de condiciones de trabajo pueden ser sustituidas completamente por otras establecidas en un convenio colectivo; la otra, descubrir la especificidad del procedimiento aplicable a la modificación sustancial funcional respecto del previsto en el artículo 41 LET. Estas dos cuestiones se pueden resumir en un solo problema interpretativo, que es dilucidar si las reglas de procedimiento del artículo 41 son dispositivas para la negociación colectiva o por el contrario son normas imperativas que imponen a la regulación convencional el mantenimiento o la mejora de los derechos de los trabajadores¹³¹⁸. Además, debemos

¹³¹⁶ Para esta distinción, véase lo dicho *supra* a propósito del tratamiento de las llamadas modificaciones plurales.

¹³¹⁷ Para CAMPS RUIZ, J.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit. pg. 36, “la determinación del alcance de esta remisión a las reglas eventualmente pactadas al efecto en convenio colectivo plantea alguna dificultad (...) Si con ello se quiere indicar que el convenio colectivo puede establecer garantías adicionales en favor de los trabajadores, estaríamos ciertamente ante una cláusula de virtualidad estrictamente declarativa y, por tanto, perfectamente superflua”. Para VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional...*”, op. cit. pgs. 333 y 334, esta remisión que el 39.5 hace a los procedimientos del artículo 41 o pactados en convenio colectivo es “una regla oscura que exige una interpretación subsanadora de posibles confusiones”.

¹³¹⁸ GÁRATE CASTRO, *ibidem*, pg. 847. “Así se deduce de los términos del artículo 39, número 5 ET que, en cambio, deja sin resolver cuál es la relación existente entre las indicadas fuentes supletorias de regulación, aunque parece que la misma no puede ser de igualdad y empleo indistinto y que el convenio colectivo habrá de respetar, si desea que sean válidas sus estipulaciones sobre el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (entre ellas, las que afecten a funciones), las reglas del artículo 41 ET, que son imperativas. Por consiguiente, en defecto de acuerdo novatorio entre las partes del contrato, el cambio de funciones se regirá, además de por lo dispuesto en el citado artículo 41, por las normas del convenio colectivo que mejoren o complementen éste”. Véase lo dicho *supra* sobre esta cuestión.

averiguar si el artículo 39, teniendo en cuenta que el 39.5 enlaza los regímenes de los artículos 39 y 41 LET, constituye un mínimo de derecho necesario mejorable para el trabajador¹³¹⁹.

1.5.3. La relación de los artículos 39.5 y 41 LET: ¿Imperatividad o dispositividad?

Como se ha señalado por la doctrina, la estructura normativa de los artículos 39 y 41 LET está prevista para su aplicatividad inmediata, es decir, para producir efectos inmediatos sin necesidad de acudir a la negociación colectiva para establecer los mecanismos de aplicación. No obstante, el legislador ha optado por la potenciación de la autonomía de la voluntad, tanto individual como colectiva, como medio para alcanzar su plena operatividad, puesto que la regulación del artículo 39 se sustenta sobre la negociación colectiva acerca de la aplicatividad de los artículos 22 y 24 LET¹³²⁰.

En este sentido, la lógica de la regulación legal es la instar a la negociación colectiva “a funcionar con la elasticidad suficiente como para concebir esa movilidad extraordinaria o sustancial”, que supera el marco legal de los cuatro primeros apartados del artículo 39, para introducirnos en el ámbito de las modificaciones sustanciales¹³²¹.

La reforma laboral de la Ley 11/1.994 continuó un camino ya iniciado¹³²², que admitía la existencia de procedimientos convencionales de modificación funcional sustancial¹³²³,

¹³¹⁹ En esta disputa, ya antigua, la jurisprudencia se mantuvo contradictoria y frente a sentencias que entendían que los anteriores artículos 39 y 23 del Estatuto, reguladores del poder de dirección y del *ius variando*, eran normas imperativas mínimas (por todas STS 28 abril 1986, Ar. 2260), existían otros pronunciamientos jurisprudenciales que entendían lo contrario, es decir, que se trataba de normas dispositivas de cara a la negociación colectiva (por todas STCT 10 noviembre 1987, Ar 24477).

¹³²⁰ En esta lógica, cfr. CASAS BAAMONDE, “Sistemas de clasificación profesional...”, cit., pg. 199.

¹³²¹ Cfr. CASAS BAAMONDE, *ibidem*, pg. 202.

¹³²² El RD 696/1980 de 14 de abril, sobre expedientes de regulación de empleo, despidos, suspensiones y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en su artículo 2.4 señalaba que “en los convenios colectivos podrán establecerse pactos de movilidad funcional, cuya aplicación no requerirá incoar expediente (administrativo) al efecto”, lo que suscitó un amplio debate doctrinal con diversidad de interpretaciones. Sobre esta cuestión véase DE SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación laboral”, op. cit., pg. 50.

¹³²³ véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, op. cit., pgs. 229 y ss.

paralelos a los previstos en el 41 LET y que podían llegar a establecer reglas diferentes, como la supresión de la necesidad de expediente administrativo¹³²⁴, sin que estos procedimientos convencionales transgrediesen los límites impuestos por el artículo 41, por ser sus procedimientos de orden público, ni empeorar los límites del artículo 39, que se configura como una norma de carácter mínimo mejorable¹³²⁵.

La reforma de 1.994 incidió en la dispositivización colectiva del artículo 39 a través de dos vías, una indirecta, que no nos interesa ahora¹³²⁶, y otra directa, la modificación del contenido del precepto que, a su vez, nos muestra dos vertientes: una primera, la posibilidad de negociación colectiva de períodos temporales distintos de los expresados por la norma legal a efectos de reclamación de cobertura de vacante en caso de movilidad ascendente, recogida en el 39.4, *in fine*; otra segunda, reconocida en el 39.5, consiste en permitir que “el cambio de funciones distintas de las pactadas, no incluido en los supuestos previstos” del artículo 39 LET, en defecto de acuerdo entre las partes, se sujete a las reglas previstas convencionalmente para la modificación de condiciones sustanciales de trabajo como procedimiento alternativo y, por tanto, equiparable al procedimiento legal del artículo 41 LET.

Este planteamiento lleva también a preguntarse si el artículo 39.5 lo que hace es dispositivizar las reglas de procedimiento previstas por el artículo 41 en los supuestos de modificación sustancial funcional, aunque parece evidente que la literalidad del artículo 39.5 se refiere única y exclusivamente a la posibilidad de pactar reglas distintas a las establecidas en el artículo 41 LET para la movilidad funcional mas allá del artículo 39 por medio de un convenio colectivo; esta idea excluye, como ha sido acertadamente señalado,

¹³²⁴ Cfr. GARATE CASTRO, J.: “Movilidad funcional en la empresa”, op. cit., pgs. 637 y ss.

¹³²⁵ En esta lógica, véase SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en AA.VV. *Comentarios...* op. cit., pg. 45; MONTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”, op. cit., pg. 183; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pgs. 187 y ss.; SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, op. cit., pg. 119; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *Comentarios...*, op. cit., pg. 197; GARCIA FERNÁNDEZ, M.: “Movilidad funcional”, op. cit., pg.228.

¹³²⁶ Por ejemplo, a través de la modificación de otros preceptos íntimamente relacionados con él y que condicionan su plena operatividad, como sucede con la incidencia del artículo 26.3 ET en materia de estructura salarial, permitiendo a la negociación colectiva disponer acerca del carácter consolidable o no de algunos complementos salariales, entre otras cuestiones.

la posibilidad de que esas reglas convencionales afecten a la modificación sustancial de otras condiciones de trabajo ni a los demás supuestos de movilidad funcional contemplados en los demás números del 39 LET¹³²⁷, aunque lo cierto es que, no sólo no pasaría nada, sino que sería conveniente y acorde con las necesidades de adaptación a los requerimientos organizativos, extender este régimen modificativo al resto de las condiciones laborales¹³²⁸.

Sin embargo, a pesar de esta aparente simplicidad se plantean algunos problemas interpretativos. El primero de ellos reside en la posibilidad de que los convenios colectivos configuren grupos profesionales o de equivalencias entre categorías, es decir, hagan cambios en el tipo de encuadramiento profesional, ya sea mediante la introducción de nuevas categorías, la supresión de otras o el cambio de un sistema categorial por otro, etc. En principio, con la restrictiva e inequívoca redacción del artículo 39.5 LET, se puede entender que no es viable¹³²⁹, ya que la formulación literal del precepto, únicamente, permite al convenio el pacto de reglas de procedimiento distintas a las previstas en el artículo 41 para su aplicación a la movilidad funcional que traspase los límites del 39 LET. Sin embargo, no debiera haber obstáculo alguno¹³³⁰, al igual que sucedía con la regulación del artículo 2.4 del RD 696/1980, para que el convenio colectivo regulase esta materia, sin que deba olvidarse que el artículo 84 LET, al regular la concurrencia de convenios, señala como no negociables los grupos profesionales en ámbitos inferiores si han sido regulados en convenio de ámbito superior¹³³¹.

¹³²⁷ Cfr. en esta lógica, por todos, a CAMPS RUÍZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 36, donde señala que “estamos, pues, ante un precepto que remite a reglas colectivamente paccionadas alternativas al régimen legal de la modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de movilidad funcional -pero no de otras condiciones de trabajo-; y al régimen legal de la movilidad funcional de mayor intensidad -aunque no de otras modalidades de movilidad funcional”.

¹³²⁸ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 86, señala que no se entiende que las demás materias modificables “tengan que tener un tratamiento distinto, siendo así que todas están sometidas al mismo régimen jurídico-legal (el del art. 41), precisamente”.

¹³²⁹ MARTÍN EZ ABASCAL, V.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit., pg. 138.

¹³³⁰ En este sentido, p.e. VALLE MUÑOZ, cit., pg. 336.

¹³³¹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, op. cit., pg. 230; RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad...”, op. cit., pg. 707.

Otra de las cuestiones que se plantean, ésta más importante, es saber si a través del convenio colectivo se puede establecer un régimen diferente con respecto a las causas justificativas de la modificación, que según el 41.1 LET pueden ser económicas, técnicas, organizativas o de producción, a los efectos de esta modificación sustancial funcional, es decir, causalidad, procedimiento, normas distintas para las impugnaciones judiciales, indemnizaciones, rescisiones contractuales, etc.

Las opiniones no son unánimes, puesto que junto a quienes admiten esta posibilidad¹³³² están aquellos otros que rechazan su admisión, argumentando que admitir lo contrario supondría la paradoja de que “estaríamos ante un régimen legal que habría establecido garantías inmodificables *in peius* para las modalidades menos intensas de movilidad funcional y, por el contrario, garantías modificables *in peius* precisamente para la modalidad mas grave de movilidad funcional”¹³³³.

¹³³² En esta lógica, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional...", cit., pg. 260, señala que “la previsión es de especial trascendencia, pues supone habilitar al Convenio Colectivo para que pueda establecer reglas que permitan el “cambio de funciones distintas de las pactadas no incluidas en los supuestos de este artículo”, lo que implica que las reglas establecidas en la ley tienen simplemente el valor de normas de derecho supletorio en defecto de las que se establezcan en Convenio Colectivo, que pueden ser mas laxas que las establecidas en la Ley”; igualmente, ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional...*, op. cit., pg. 120; DE SOTO RIOJA, S.: “El contenido de la prestación...”, op. cit., pg. 50; A su vez, SALA FRANCO, T.: “La reforma del mercado de trabajo”, op. cit., pg. 195, también suscribe su carácter dispositivo: “a tenor de lo dispuesto en el art. 39.5, y en relación con la aplicación de los procedimientos modificatorios a las funciones, cuando dichas modificaciones excedan los límites del art. 39, “es posible concluir que el art. 41 del ET posee naturaleza dispositiva a efectos de la negociación colectiva respecto de la modificación sustancial de las funciones del trabajador”, aunque matizaría posteriormente su posición, ofreciendo una doble posibilidad interpretativa al decir que “o se trata de una norma imperativa mínima o se trata de una norma plenamente dispositiva de cara a la negociación colectiva”, y lo hace depender de “cómo se interprete el alcance del art. 39.5 del ET. De entenderse que dispositiviza totalmente el art. 41 del ET, habrá que entenderse que dispositiviza también el art. 39 del ET, ya que “*quién puede lo más puede lo menos*”. De entenderse, por el contrario, que tan sólo dispositiviza las reglas de procedimiento del art. 41 del ET, cabría defender el carácter mínimo imperativo del art. 39 del ET de cara a la negociación colectiva” (“Puntos críticos de la nueva regulación de la clasificación profesional y de la movilidad funcional”, en *Puntos críticos de la reforma laboral* (dir. R. Martínez Emperador), ed. Ceura, Madrid, 1.996, pg. 107; igualmente “Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”, cit., pg. 125.

¹³³³ CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación...*, op. cit., pgs. 36 y 37, dirá que “tal paradoja no puede resolverse mediante una comunicación de esa dispositividad a todo el régimen jurídico de la movilidad funcional, -para lo que habría sido necesario una declaración legal expresa e inequívoca- sino negando de plano la posibilidad de que las reglas convencionales puedan significar una reducción de las garantías concedidas por ley a los trabajadores afectados por una decisión empresarial que implique su movilidad funcional más allá de los supuestos generales regulados en el artículo 39”. Igual afirmación en CAMPS RUIZ, L.M.: *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pgs. 190-

Igualmente, se ha basado el rechazo en la propia literalidad del 39.5 LET, entendiendo que cuando propone como procedimientos modificatorios alternativos al acuerdo de las partes, las reglas del artículo 41 y las reglas convencionales, está exigiendo unas reglas similares y equiparables para los tres procedimientos. En este sentido, no se puede admitir la modificación o, incluso, la supresión, de aspectos que no sean procedimentales, como las causas o las indemnizaciones, puesto que colisionarían abiertamente con los principios del sistema, toda vez que las decisiones empresariales en cuestiones modificativas son, en realidad, una especie de denuncia modificativa impropia¹³³⁴.

Abundando en la misma idea, otra doctrina piensa que, si bien la regulación legal queda dispositivizada para el convenio colectivo, lo es con carácter relativo, “pues a la autonomía colectiva no le es dable desconocer los límites legalmente impuestos a su ejercicio”, puesto que el convenio, cuando entra a regular subsidiariamente la movilidad funcional sustancial, lo hace con sometimiento a “los límites genéricos establecidos para la movilidad funcional unilateral: y en especial los derechos profesionales del trabajador”¹³³⁵.

La conclusión a que debemos llegar es que no se debe entender que el artículo 39.5 LET dispositivice para la negociación colectiva las reglas de procedimiento en materia de causas y efectos previstas por el artículo 41, puesto que constituyen normas de derecho necesario¹³³⁶, incluso aunque entendamos que éste sea relativo¹³³⁷.

191. En cambio, CASAS BAAMONDE, cit. pgs. 202 y 203 señala que “el carácter plenamente dispositivo del art. 41 para la autonomía individual, en su aplicación a la modificación sustancial de las funciones convenidas, es perfectamente identificable en el art. 39.5”, lo que se configura como una “consecuencia lógica de las determinaciones del legislador en esta materia sobre el reparto de poderes y atribuciones entre la autonomía de la voluntad individual, la negociación colectiva y el poder organizativo empresarial”.

¹³³⁴ Cfr., en esta lógica, RAMIREZ MARTÍN EZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación de condiciones de trabajo”, op. cit., pg. 57. Véase, sobre esta cuestión, lo dicho *infra*.

¹³³⁵ Cfr. MARTÍN EZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad...*, op. cit., pg. 137.

¹³³⁶ Sobre el carácter imperativo de la regulación del artículo 41 LET véase *supra*.

¹³³⁷ Véase SALA FRANCO, T: “La movilidad funcional”, en AA.VV. La reforma..., op. cit., pg. 75; En el mismo sentido CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación...*, cit., pg. 37; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional...*, op. cit., pg. 120; RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad

En cambio, lo que sí está al alcance del convenio colectivo es mejorar el régimen de garantías legales previstas para el trabajador. La doctrina ha señalado diversas opciones como, por ejemplo, el establecimiento de un plazo que identifique el tiempo imprescindible para la movilidad vertical¹³³⁸ o la forma en que debe comunicarse la decisión modificatoria a los representantes de los trabajadores, la imposición de comisiones de participación en la decisión empresarial, la instauración de procedimientos arbitrales cuando se trata de modificaciones de carácter colectivo¹³³⁹ o supliendo, vía de negociación, la indefinición de los términos del artículo 41 LET¹³⁴⁰, aunque el mecanismo mas importante posiblemente sea el previsto en el artículo 85.1 LET, por el cual los convenios colectivos podrán “incluir procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consultas previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 de esta Ley”.

Finalmente, se puede reseñar como alguna doctrina ha entendido que la referencia del artículo 39.5 al convenio colectivo debiera entenderse como una concesión realizada por el legislador a la negociación colectiva, para que pudiese regular el régimen jurídico del mutuo acuerdo entre empresario y trabajador en los casos en que estos pactasen una modificación sustancial funcional¹³⁴¹. Esta idea nos acerca a la ya caduca polémica doctrinal acerca de si el convenio puede establecer no sólo reglas, sino directamente las modificaciones individualizadas¹³⁴².

funcional...”, op. cit., pg. 208; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, op. cit., pg. 379; y GARCIA FERNÁNDEZ, M.: “Movilidad funcional”, op. cit. pg. 228. En esta misma lógica se pronunció también la jurisprudencia, entendiendo que los procedimientos del artículo 41 eran materia de orden público, luego de inexcusable cumplimiento aunque existieran pactos de movilidad funcional en el convenio colectivo (Véase, p.e., STCT 13 abril 1988 (Ar. 5423).

¹³³⁸ Véase RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional...”, op. cit., pg. 707.

¹³³⁹ En este sentido, SALA FRANCO, T.: “La movilidad funcional” en AA.VV. *La reforma...*, op. cit. pg. 75.

¹³⁴⁰ ROMAN DE LA TORRE, M.D.: “Clasificación profesional...”, op. cit., pg. 209.

¹³⁴¹ Cfr. ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, op. cit. pgs. 339 y ss.

¹³⁴² Como señaló CONDE MARTÍN DE HIJAS, cit., pgs. 260 y 261, en esta cuestión la doctrina se dividía “entre los que entendían que el Convenio Colectivo no podía disponer de derechos individualizados del trabajador” para lo que se precisaba inexcusablemente el consentimiento del interesado, y aquellos otros que pensaban que “si el artículo 41 permitía en definitiva a los representantes

Sin embargo, con el nuevo texto normativo los términos de la antigua disputa, la modificación del contrato sin el consentimiento del trabajador, han desaparecido, puesto que la modificación puede llevarse a cabo, ahora, por la única voluntad del empresario en aplicación de los procedimientos previstos en el 41 LET, al que remite el 39.5, en defecto de acuerdo individual o regulación pactada en convenio, sin que la falta de consentimiento expreso del trabajador, ni de sus representantes ni, por supuesto de la desaparecida autorización administrativa, puedan paralizar el proceso modificativo.

1.6. LAS REMISIONES DE LOS ARTÍCULOS 36 Y 37 LET Y 26 LPRL A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 39 Y 41 DEL ESTATUTO. SU INCIDENCIA EN LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES

Existen otros supuestos particulares de alteración sustancial de condiciones de trabajo. El primero, calificado de peculiar¹³⁴³ o de interesante y complejo¹³⁴⁴, es el previsto en el artículo 36.4.2º *in fine*¹³⁴⁵, en relación con los trabajadores que realicen su actividad en régimen de nocturnidad a los que se les haya reconocido problemas de salud derivados de ello, con independencia de que su carácter de trabajadores nocturnos lo sea de modo

de los trabajadores disponer de derechos individuales de éstos, pues tal era el significado del consentimiento de la modificación sustancial de una condición de su contrato, no existía ningún inconveniente para que ese consentimiento de los representantes pudiera emitirse en Convenio Colectivo”.

¹³⁴³ RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, cit., pgs. 74 y 75, hace derivar esa peculiaridad de la posibilidad de que sea el trabajador el que pueda ejercitar tal derecho, aunque como veremos posteriormente también puede instarse por el empresario.

¹³⁴⁴ GARCIA NINET, J.A.: “Ordenación del tiempo de trabajo”, en VV.AA. *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1994, tomo I, vol. 2º, pgs. 88 y 94, no entiende muy bien la pretensión del legislador con estas remisiones, “salvo que se nos pretenda decir que esta razón de protección de la salud puede ser una causa más de las que justifiquen (...) la intervención” del empresario. “En suma, un añadido normativo, al menos inicialmente, complejo, sobre el que la jurisprudencia deberá pronunciarse en su momento, o esperar a un posterior desarrollo reglamentario”

¹³⁴⁵ El artículo 36.4.2 LET dice que “los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo conforme con lo dispuesto en los artículos 39 y 41, en su caso”.

temporal o permanente¹³⁴⁶. Éstos tendrán “derecho a ser destinados en puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos”; esta previsión normativa no supone más que la transposición del artículo 9.1.b) de la Directiva 93/104, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹³⁴⁷, si bien con ciertos antecedentes en el artículo 196 de la LGSS¹³⁴⁸ y en las normas reglamentarias reguladoras de las enfermedades profesionales, con carácter general¹³⁴⁹, y determinadas normas sectoriales que establecen el derecho del trabajador a ocupar un nuevo puesto de trabajo cuando su trabajo habitual le ocasione perjuicios fisiológicos, aun sin merma de su capacidad laboral¹³⁵⁰. Esta normativa, al igual que sucede con los artículos 39, 40 y 41 LET, es directamente aplicable¹³⁵¹.

¹³⁴⁶ Véase GARCIA NINET, J.A.: “Ordenación del tiempo de trabajo”, op. cit., pg. 94, señalará que “basta que de modo periódico tengan que realizar dicho turno, pues si se fuera nocturno por ser el trabajo solamente nocturno no cabría el derecho a ser destinado a un puesto de trabajo diurno, pues posiblemente éste no exista (...) El derecho, por tanto, afecta a los trabajadores nocturnos en sentido amplio, tal y como los define el ya analizado artículo 36.1, párrafo tercero”.

¹³⁴⁷ ALARCON CARACUEL: “Tiempo de trabajo en la reforma laboral”, RL, núm. 17-18/1.994, pg. 65. Igualmente es de interés sobre este tema el trabajo de FERRANDO GARCÍA, F.M^a: “Sobre la directiva 93/104/CEE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, Aranzadi Social, núm. 26/1.994, pg. 5 y ss.

¹³⁴⁸ El artículo 196 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social Aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio de 1994). que en su párrafo tercero señala que “las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos”. Sin embargo, el artículo 52.a LET dice que, frente a que esta situación sea la causa de una posible extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, el trabajador debe tener derecho a una especie de segunda oportunidad, pasando a trabajar del turno de noche al de día (véase GARCÍA NINET, cit., pg. 91).

¹³⁴⁹ Artículos 24 y 25 del Decreto de 13 de abril de 1961, y artículos 43 y 45 de la O.M. de 9 de mayo de 1962, sobre enfermedades profesionales y determinadas normas sectoriales.

¹³⁵⁰ Puede verse un planteamiento similar al aquí mantenido en el Derecho francés, p.e., en ADOM, K.: “La modification du contrat de travail du fait de l'état de santé du salarié”, Droit Social, núm. 5/1.995, pg. 461 y ss.

¹³⁵¹ Véase GARCÍA NINET, J.A., cit., pg. 91, donde, aunque se planteaba que el tema no estaba del todo claro, concluye afirmando su aplicabilidad inmediata, aunque tiene sus reservas por la falta de desarrollo reglamentario de la regulación de los reconocimientos médicos. Esta cuestión hoy está resuelta por cuanto el artículo 22 LPRL regula la obligatoriedad de tales reconocimientos. Sobre esta cuestión puede verse RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios* (dir. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a.N. dir.), Comares, Granada, 2.004, pg. 202 y ss.

Enteramente similar es la situación que se crea cuando una trabajadora embarazada, en situación de parto reciente o de lactancia, desempeña un puesto de trabajo cuyas condiciones de desempeño pueden influir negativamente en su salud o en la salud del hijo y así lo certificase el médico que asistiese a la trabajadora¹³⁵². En este caso, la empresa está obligada, al igual que en el caso anterior, a movilizarla funcionalmente a un puesto compatible con su estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 26.2 y 3 de la Ley 31/1.995, de Prevención de Riesgos, en la redacción proporcionada por el artículo 10 de la Ley 39/1.999, de conciliación de la vida familiar y laboral, movilización que se tendrá que llevar a cabo, en ambos casos, de acuerdo con los artículos 39 y 41 LET.

Las dos situaciones son enteramente similares y prácticamente todo cuanto se diga, respecto al trabajador nocturno, es aplicable al supuesto de la mujer embarazada que desempeña un trabajo que puede conllevar riesgos para su salud o del hijo¹³⁵³. No obstante, debe precisarse que, como señala el artículo 26 LPRL, es el empresario el que está obligado *ex* 16 LPRL a realizar los exámenes médicos que procedan, dentro del plan de prevención y evaluación de riesgos en la empresa, y si de éstos se desprende que existe una posible repercusión, sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, debe adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a ese riesgo, “a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada”.

Si esta adaptación es imposible o insuficiente, el empresario, previa certificación del médico de la Seguridad Social acerca de la influencia negativa de tales riesgos en la salud de la madre o el hijo, deberá proporcionarle otro “puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”, de entre los catalogados sin riesgo por el empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores.

¹³⁵² Véase, p.e., la STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2.003, AS 2.004/1171.

¹³⁵³ Sobre la protección de la maternidad en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, véase GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “Artículo 26. Protección de la maternidad”, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios* (dir. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a.N. dir.), Comares, Granada, 2.004, pg. 259 y ss.

Ahora bien, si no existiese puesto de su categoría que pudiese desempeñar podrá ser destinada a otro no correspondiente a su categoría o grupo profesional, aunque conservará el derecho a las retribuciones de su puesto de origen¹³⁵⁴, sin olvidar que el cambio de puesto de trabajo o función se llevará a cabo, ex 26.2 LPRL, de acuerdo con las reglas y criterios existentes para la movilidad funcional, es decir, el artículo 39 LET, y se mantendrá mientras se mantengan las razones que lo han motivado.

Igualmente, el artículo 37 LET, en sus apartados 4 y 5, recoge la posibilidad de reducción de jornada para la lactancia o cuidado de un menor de ocho años o disminuido, que se llevará a cabo, como dice el 37.6 concretando el trabajador el horario y la reducción de jornada, que habrá de desarrollarse dentro de la jornada ordinaria, con la finalidad de que el menor reciba la mejor atención y se concilie la vida familiar y laboral, no en balde este precepto fue introducido en base a lo dispuesto en la Ley 39/1.999, de conciliación de la vida familiar y laboral, en cumplimiento, aparte de lo establecido en el 39.1 CE, como trasposición de las Directivas 92/85 (LCEur 1.992/3598) y 96/34 (LCEur 1.996/1756)

Otra situación es la recogida en el 37.7 LET, redacción incorporada en virtud de la disposición adicional 7.1 de la L.O. 1/2.004, de 28 de diciembre, Ley integral de violencia de género, concede a la trabajadora víctima de la violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, la posibilidad de reducción de jornada y salario o la reordenación del tiempo de trabajo, “a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo”, de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos de empresa o convenio aplicables o por acuerdo entre la trabajadora y la empresa, pudiendo, en su defecto, ser concretado por la trabajadora.

La particularidad principal de estos supuestos de movilidad es que son un derecho del trabajador y un deber del empresario, que aquí no dispone de poder modificatorio unilateral, sino sólo de cumplimiento de esta imposición legal, en caso de afectación de la salud, o de la voluntad de la trabajadora que desea adaptar su horario a su situación familiar. Ahora bien, el problema reside en la búsqueda de un puesto u horario de trabajo

¹³⁵⁴ Véase, p.e., la STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2.003, AS 2.004/1171.

adaptado a esos requerimientos, porque en bastantes ocasiones hay que desplazar a otros compañeros para obtener la vacante, y para esto habrá que llevar a cabo una modificación funcional o una modificación sustancial sobre esos trabajadores, esta vez a instancia del empresario.

La peculiaridad de estos supuestos modificativos se manifiesta en diversas situaciones y problemas que iremos analizando a continuación. En primer lugar, señalar que este derecho se ha denominado por la doctrina como “movilidad por razones objetivas” y lo que se pretende con él no es más que poder mantenerle el empleo y no despedir al trabajador¹³⁵⁵ o, en el caso de la protección de la maternidad, no tener que suspender el contrato de trabajo mientras se mantenga la situación de riesgo¹³⁵⁶ o, en los demás supuestos, colaborar a la conciliación entre la vida familiar y laboral. Como esta movilidad responde a razones objetivas, su naturaleza no es discrecional, sino obligatoria¹³⁵⁷, aunque su ejercicio está condicionado a la existencia de la vacante de un puesto de trabajo adecuado para las condiciones de salud del trabajador¹³⁵⁸.

En realidad estamos ante una modificación del horario de trabajo por una causa muy concreta, como son los problemas de salud del trabajador. Éste es quién, en primer lugar, puede solicitar, más bien exigir, al empresario que se proceda a esta movilidad. En este sentido, esta modificación sustancial no responde a la lógica del artículo 41 LET, estructurado para servir los intereses de la organización empresarial que puede, por tanto, imponer las modificaciones cuando le convengan¹³⁵⁹. Este derecho a que la modificación se inste por el trabajador, aunque nada obsta que también puede caber a instancia del empresario, a quién la afectación de la salud del trabajador enfrenta ante un derecho-

¹³⁵⁵ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TORRUELLA MARTÍN EZ, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, cit., pgs. 151 y ss.

¹³⁵⁶ Véanse los artículos 26.3 LPRL y 45.1.d) LET.

¹³⁵⁷ Véase GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, : *Comentarios a la Ley 31/1.995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1.996, pg. 175, donde ponen de relieve que ésta es una obligación de inexcusable cumplimiento para ambas partes y que el posible pacto entre trabajadora y empresario sería totalmente nulo.

¹³⁵⁸ SALA FRANCO: “Movilidad funcional”, en AA.VV. *Comentarios...*, cit., pg. 57.

¹³⁵⁹ En esta lógica, GARCIA NINET, *ibidem*.

deber¹³⁶⁰ que deriva de su obligación contractual mas genérica de seguridad y salud laboral, lo que hace perfectamente inteligible la remisión que el artículo 36.4.2º hace a los artículos 39 y 41 LET¹³⁶¹ y que también puede hacerse extensiva a la situación de aquellos otros trabajadores a los que se constata una afectación real o futura por el desempeño de su puesto de trabajo, porque en este caso también la empresa debe, si le es posible, trasladar a otro puesto inocuo y si no proceder a la extinción contractual por causas objetivas.

Por esto, se puede decir que estamos ante un derecho cuya titularidad pertenece al trabajador, pero “cuyo ejercicio o es por concierto con el empresario o será ejercido unilateralmente por éste último”¹³⁶², en el caso de enfermedad, mientras que en los demás casos, prima el componente de obligación modificativa para el empresario si no se ejercita de común acuerdo¹³⁶³. La remisión a lo dispuesto en los artículos 39 y 41 responde a la necesidad de impedir que el empresario sortee, en el momento de asignación del nuevo puesto, los límites y derechos que ordenan la modificación, haciendo una interpretación excesivamente laxa y afín a sus intereses de la expresión “para los que sean profesionalmente aptos”, además de indicar el procedimiento que deba seguirse para la modificación de las condiciones de otro trabajador, si el problema se soluciona imponiendo una permuta entre ellos. En este caso, por razones organizativas se modifica a un trabajador para dejar libre el puesto que ocupará el enfermo, embarazada, lactante, cuidadora o maltratada.

¹³⁶⁰ Derecho-deber un tanto relativo, puesto que como señala RODRIGUEZ PASTOR, G.: *La modificación del horario de trabajo*, cit., pg. 81 y ss, “el derecho al cambio no es absoluto ni el cambio automático, sino que está condicionado a que el puesto de trabajo exista y que el trabajador sea apto para ese puesto”.

¹³⁶¹ MARTÍN VALVERDE, A.: “Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmos de trabajo”, en AA.VV. *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo* (Dir. MARTÍN EZ EMPERADOR), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pg. 91.

¹³⁶² RODRÍGUEZ PASTOR, *ibidem*.

¹³⁶³ A este propósito SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Ley 39/1.999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social*, t. V/1.999, pg. 294, dirá que “se está ante un auténtico derecho (el cuál debe ser soportado por el empresario) pues su ejercicio no pende del acuerdo con la empresa, aunque ésta pueda poner objeciones a los términos en que se ejercite”.

Por todo esto se puede afirmar que estamos ante una nueva causa habilitante de la movilidad funcional, de la modificación horaria y de otras condiciones de trabajo, además de las consignadas en los artículos 39 y 41, como es la defensa de la salud del trabajador nocturno¹³⁶⁴, de la mujer embarazada y lactante o de persona cuidadora y de la maltratada, que por sus particulares circunstancias conlleva, en bastantes casos, dos modificaciones, una la motivada por la salud o necesidad de conciliación y otra, la provocada por ésta en otro trabajador para dejar su puesto vacante.

En cuanto a como implementar estas modificaciones se deben hacer algunas precisiones. El primero de los requisitos exigidos por el artículo 36.4.2 LET para poder ser cambiado de puesto es ser un trabajador nocturno¹³⁶⁵, de acuerdo con lo dispuesto en el 36.1.3, es decir, “aquél que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquél que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual”. El segundo requisito, la existencia de problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno, supone que, la instancia o la entidad gestora de la salud constate la existencia de problemas de salud agudizados o derivados del trabajo nocturno.

El artículo 9.1.b) de la Directiva 93/104/CE alude a los problemas de salud, cuya relación con la prestación de un trabajo nocturno esté reconocida, se supone que por un servicio médico oficial¹³⁶⁶. Falta por precisar cuál será el grado de afectación de la salud a partir del cual procederá plantear el derecho al cambio del horario; el artículo 36.4.2 LET se refiere a la existencia de “problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno”, lo que conlleva los típicos problemas del uso de un concepto indeterminado e impreciso como éste. En cualquier caso, esa posible afectación de la salud habrá de determinarse

¹³⁶⁴ Como indican ALFONSO MELLADO, C.L. y GARCÍA ORTEGA, J. en *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, pg. 74.

¹³⁶⁵ Sobre el concepto de trabajador nocturno, véase GARCIA NINET, J.A.: op. cit., pgs. 81 y 82 y lo dicho *supra*.

¹³⁶⁶ En cambio, en cuanto a la protección de la maternidad, el artículo 26.2 LPRL expresamente señala que esta posibilidad de afectación de la salud debe ser certificada por “los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora”.

médicamente, sin que sea preciso que su capacidad vital y/o laboral se puedan ver afectadas seriamente, en cuyo caso más que el cambio de puesto lo que procedería será la declaración de incapacidad laboral, que es otra cuestión diferente¹³⁶⁷. Enteramente similar es el supuesto del artículo 26 LPRL con respecto a la mujer embarazada o lactante, que deberá ser certificado por el facultativo de la Seguridad Social determinando el grado de afectación y la necesidad de cambio de puesto de trabajo. En cuanto a los demás casos, una vez demostrada la realidad del hecho causante, lo que documentalmente no debe resultar difícil, es la voluntad del trabajador la que inicia el proceso modificativo.

El tercer requisito necesario es la existencia de un puesto de trabajo diurno vacante, puesto que sin él se torna imposible el ejercicio de este derecho. Si existe esta vacante tendrá derecho preferente a su ocupación el trabajador, independientemente de cuál sea el origen del puesto, ya sea una nueva vacante o se haya quedado libre al permutarlo con otro trabajador de la empresa que prestaba sus servicios en horario diurno y que se lleva al puesto libre en horario nocturno¹³⁶⁸. En caso de existir varios puestos en los que podría reasignarse al trabajador, corresponde al empresario la decisión entre ellos¹³⁶⁹, procurando, al igual que en el caso de la permuta, anteriormente señalado, el menor perjuicio para los trabajadores terceros eventualmente afectados por la modificación.

Cuando hablamos de puesto de trabajo existente en la empresa empleamos este término, tanto si ésta sólo tiene un centro de trabajo, como si dispone de una pluralidad y el puesto disponible está en otro centro, pudiendo en este caso el trabajador ser destinado a cualquiera de ellos, en cuyo caso a la problemática que comentamos se sumará la derivada de un supuesto de movilidad geográfica, entrando en juego el artículo 40 LET, supuesto que se complica si la movilidad geográfica afecta a las dos partes de la permuta, lo que puede plantear graves problemas personales a los trabajadores que harían aconsejable la

¹³⁶⁷ GARCÍA NINET, cit., pg. 92, donde recuerda que no obsta a la declaración de esta posible afectación de la salud el que se hayan superado satisfactoriamente las pruebas y requisitos médicos exigidos para su incorporación al trabajo nocturno.

¹³⁶⁸ Cfr. RODRIGUEZ PASTOR: *La modificación...*, cit., pgs 81 y 82, quién señala que esta permuta genera, inevitablemente, otros problemas con respecto al trabajador diurno.

¹³⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *Ibidem*, pg. 91.

búsqueda de otra alternativa¹³⁷⁰. El problema es que las alternativas son pocas, puesto que si no se hace uso de la única posibilidad de mantener el trabajador en la empresa a través de una permuta y la consiguiente modificación sustancial que proceda, sólo queda el mantenimiento del trabajador en el horario que le perjudica la salud o su despido por ineptitud sobrevenida al desempeño del puesto de trabajo. Pero es que, además, esta situación puede complicarse aún más si todo este problema se desarrolla en un grupo de empresas¹³⁷¹.

Por otra parte, debe recordarse que el R.D. 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos, en su artículo 3.2 nos dice que “cuando la empresa tenga varios centros de trabajo y la vacante que exista implique cambio de residencia, el trabajador podrá optar entre ocuparla o esperar a que exista plaza en el centro de trabajo donde tenga establecida su residencia. En el primer supuesto mantendrá su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el centro de trabajo originario”. Por eso, si el puesto no existe en la empresa o el trabajador no es apto para ninguno de los puestos existentes, como se ha señalado, no existe obligación de crearlo. En este caso, “el trabajador al que se diagnostican problemas de salud derivados del trabajo nocturno mantiene la expectativa de su derecho y si en un futuro se crea el puesto de trabajo y persisten los problemas de salud reaparecerá el derecho. Si, por el contrario, ante la imposibilidad del cambio horario la gravedad de los problemas de salud se agravan se podría llegar a la extinción del contrato *ex* artículo 49.1.e) LET”¹³⁷², aunque, por la dicción

¹³⁷⁰ En este sentido, RODRIGUEZ PASTOR, G.: *Ibidem*.

¹³⁷¹ Sobre la problemática de los grupos de empresas, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, REDT, núm. 21, 1.985.

¹³⁷² RODRIGUEZ PASTOR, G.: *op. cit.* pg. 82. SALA FRANCO, T: *op. cit.*, pg. 310: Esta idea viene subrayada de modo especial por el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto de 13 de abril de 1961: “Las empresas vienen obligadas a cumplir los dictámenes médicos en sus propios términos. De no llevarlo a efecto y si la enfermedad progresara, serán inmediatamente responsables de la reparación económica de los incapacitados o muertos que pudieran producirse. Si no fuese posible el cambio de puesto de trabajo por no existir en la empresa otro puesto exento de peligro o por otra razón, a juicio del empresario y de la Inspección de Trabajo, la empresa podrá darle de baja en la plantilla, pasando a la situación de desempleo mediante inscripción preferente en las Oficinas de Empleo y realizando cursos de reentrenamiento profesional (art. 48 de la O.M. de 9 de mayo de 1962). La empresa deberá abonar al trabajador el salario íntegro durante los 12 primeros meses. En cuanto a los salarios a percibir en el caso de serle asignado al trabajador un puesto compatible con su estado de menor retribución que la que venía disfrutando en su anterior trabajo, el artículo 45.4 de la O.M. de 9 de mayo de 1962 establece que “se le abonará el salario

del artículo 25.1, segundo LPRL¹³⁷³, donde se viene a decir que el empresario no puede permitir que un trabajador, que no reúna los requisitos psicofísicos necesarios, pueda desempeñar un puesto de trabajo que le perjudique, pensamos que el empresario tiene la responsabilidad de permitir o no ese trabajo, con lo que, una vez que el examen médico constata que el trabajador sufre problemas de salud directamente relacionados con su puesto de trabajo, debe cambiarlo, si se puede, o proceder a extinguir la relación, sin demoras que le expondrán a una posible reclamación por infracción del deber seguridad y salud laboral con respecto a sus trabajadores. En cambio, en los demás supuestos analizados, la reducción de jornada sólo se podrá ejercer dentro de la jornada ordinaria de trabajo *ex* 37.6 y 7 LET, lo que significa que, dentro de esa jornada, el trabajador seleccionará el horario que le parezca más conveniente, lo que supone, en sistemas de trabajo por turnos, elegir turno, normalmente el de mañana, con los desplazamientos consiguientes para los demás trabajadores¹³⁷⁴.

La última exigencia del artículo 36.4.2 LET es que el trabajador deber ser profesionalmente apto para el puesto diurno disponible que se le ofrece, es decir que sea capaz de desarrollar satisfactoriamente las funciones inherentes a ese puesto de trabajo. En la mayoría de las ocasiones el cambio únicamente será de horario, pasando de trabajar de noche a hacerlo de día en un puesto funcionalmente equivalente, en el sentido de la regulación del 22 LET, si no igual al desempeñado. Sin embargo, en otros

que anteriormente venía percibiendo, excepto las retribuciones ligadas directamente a la producción que fueran exclusivas de puesto de procedencia". Los criterios son, pues, similares a los aplicables a la movilidad del personal por disminución de la capacidad, teniendo en cuenta que en los casos de silicosis rigen normas especiales.

¹³⁷³ El párrafo 1, segundo, del artículo 25 LPRL dice que “los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, las demás trabajadores u otras personas relacionadas con a empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

¹³⁷⁴ En esta lógica la STCo de 15 de enero de 2.007, STCo. 3/2.007, afirma que entender de otro modo constituye desconocer las previsiones de los artículos 14 y 39 CE, que han de “prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”. Anteriormente este mismo planteamiento había sido seguido por la STS, unif. de doctrina, de 20 de julio de 2.000, Ar 7209 y por la SAN de 28 de febrero de 2.005, Ar 620. Asumiendo esta interpretación, p.e., la Sentencia núm. 265/2.008 del Juzgado de lo Social, núm. 1, de Granada. Con un planteamiento similar SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Ley 39/1.999, de conciliación de la vida familiar y laboral...”, cit., pg. 294 y 295, señala que la opción de la jornada por el trabajador puede ser alterada o revocada por el mismo, con sujeción, únicamente, a los límites de la buena fé y el abuso de derecho.

casos sí puede implicar un cambio de funciones que lo desplacen fuera del grupo o la categoría, hacia arriba o hacia abajo, que se tendrá que llevar a cabo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 LET, e incluso puede llevar aparejado un desplazamiento geográfico, con lo entrará en juego el artículo 40 LET, además, por supuesto, de implicar en ocasiones la realización de cursos de entrenamiento que le permitan adaptarse al desempeño del nuevo puesto de trabajo.

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo la modificación, como se ha dicho, en caso de afectación de la salud, la iniciativa para la modificación puede partir tanto del trabajador como del empresario, aunque algún autor entiende que debe ser expresamente solicitado por el trabajador¹³⁷⁵, sin embargo parece mas correcto que puedan pedirlo ambos por igual, el trabajador porque es su derecho y el empresario porque tiene un deber con respecto a la protección de la salud de sus trabajadores. En cambio, en los demás supuestos es el trabajador el que inicia el procedimiento modificativo, como interesado directo en el mismo y el empresario, simplemente, asume la petición y organiza su implementación.

En el primer caso, cuando el trabajador inicia el procedimiento solicitando el cambio, la aceptación del empresario conduce a un acuerdo entre ambos, en el que el juego de la remisión del artículo 36 al 39 y 41 LET se entenderá únicamente hecha con respecto a los límites y derechos que contienen, no con respecto al procedimiento¹³⁷⁶. En cambio, cuando la iniciativa parta del empresario estamos ante un supuesto típico de modificación sustancial de condiciones contractuales, al que puede añadirse una movilidad funcional ordinaria, lo que obliga a acudir a lo dispuesto en los artículos 39 y 41 LET y, en su caso, del 40 LET, tanto respecto al trabajador solicitante, como con respecto a aquel otro que

¹³⁷⁵ RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 74.

¹³⁷⁶ En este sentido, ALFONSO MELLADO, C.L. y GARCÍA ORTEGA, J.: Jornada y ordenación del tiempo de trabajo, cit. pg. 73, al igual que MURCIA CLAVERÍA, A.: “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmos de trabajo”, en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL RÉ), *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994, pg. 316.

pudiese verse afectado, si el problema se ha solucionado con una permuta de puestos o funciones¹³⁷⁷.

En cuanto a concretos aspectos procedimentales, únicamente hacer una referencia acerca de cuales sean los plazos para que el trabajador solicite el cambio de horario, para que el empresario conteste a su petición y, si lo hace negativamente, para impugnar su decisión. De entrada hay que señalar que no están especificados, aunque, en lógica, deberá ser a la mayor brevedad posible. Se puede utilizar como guía la referencia del artículo 3.1 del RD 1451/1.983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, que dispone de un mes de plazo, cuando tengan derecho a ser readmitidos en la empresa, para comunicarlo a la empresa y a los representantes de los trabajadores, corriendo ese plazo en nuestro caso a partir del reconocimiento médico de la afectación de su salud por el trabajo nocturno, o de la petición de los interesados en los demás casos, aunque podrá ser fijado, lo que sería muy conveniente, por la negociación colectiva.

En cuanto a la impugnación judicial de la decisión denegatoria empresarial se presenta la duda de cuál sea el procedimiento adecuado, si el previsto para la impugnación de las modificaciones sustanciales del artículo 138 LPL, o bien el procedimiento ordinario, así como las consecuencias derivadas de la sentencia que pueda recaer, o si sólo cabe la opción extintiva, etc. Naturalmente la opción que parece más lógica, si estamos ante una modificación sustancial de condiciones será acudir a la vía del 138 LPL, como argumentaremos extensamente más adelante, aunque en los supuestos del 37.5 y 7, la norma remite expresamente al procedimiento del 138 bis LPL, que es un procedimiento urgente y sumario, para la impugnación, en el plazo de veinte días, del rechazo empresarial a la petición del trabajador.

Los efectos de la modificación son diferentes en función del procedimiento por el que se haya materializado el cambio, puesto que si ha sido a través del acuerdo entre trabajador y empresario es claro que la modificación surtirá plenos efectos en las condiciones pactadas, mientras que si no ha habido acuerdo y se ha implementado a través de la imposición

¹³⁷⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: “Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo”, cit. pg. 91.

empresarial el trabajador podrá ejercer los derechos reconocidos en los artículos 39, 40 y 41 LET. Contrariamente, el empresario no podrá alegar, de acuerdo con el 39.3, la falta de adaptación o la ineptitud sobrevenida como causa de despido objetivo si las funciones encomendadas son diferentes a las que desempeñaba habitualmente¹³⁷⁸.

Otra cuestión interesante es si estas modificaciones afectan al umbral numérico del artículo 41.2.4 LET, que nos permite distinguir entre modificaciones plurales o colectivas ante cambios de funcionales o de horarios. Cierta doctrina opina que sí debe computarse a estos efectos¹³⁷⁹, aunque no parece tan correcta esa opción, sobre todo en aquellas ocasiones en que la modificación se haga a instancia del trabajador, e incluso si se adopta por el empresario en base a su deber de seguridad para con sus trabajadores, debiendo, en nuestra opinión, excluirse dichas modificaciones del cómputo del 41.2.4 LET.

Si la norma obliga al cambio de puesto del trabajador afectado, la empresa puede materialmente hacerlo y el trabajador es apto para desempeñar las nuevas funciones, la consecuencia debe ser la obligatoriedad para el trabajador de aceptar el cambio. Sin embargo, se ha planteado si el trabajador nocturno, que compatibiliza este trabajo con uno diurno en otra empresa, está obligado a modificar su horario o puede basar su rechazo en el trabajo diurno. Lógicamente, debe prevalecer la protección de la salud del trabajador, aunque se ha dicho¹³⁸⁰ que, dado que se siguen las prescripciones del artículo 41 LET, el trabajador podrá acogerse a las previsiones del apartado tercero del mismo, indemnizaciones o acudir a la opción rescisoria del artículo 50 LET. Sin embargo no parece, en una primera aproximación, que la opción más correcta sea trasladar al empresario, que ofrece la alternativa de cambio de puesto, el coste de la opción del trabajador, aunque también deba tenerse en cuenta cuál de los puestos de trabajo se comenzó a desempeñar con anterioridad.

¹³⁷⁸ RODRIGUEZ PASTOR, *ibidem*, pg. 85.

¹³⁷⁹ RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, pg. 74.

¹³⁸⁰ RODRIGUEZ PASTOR, *cit.*, pgs. 84 y 85.

1.7. EXCLUSIONES LEGALES POR RAZONES LÓGICO-JURÍDICAS Y DE POLÍTICA LEGISLATIVA

De acuerdo con los razonamientos que aquí se van exponiendo, todas las modificaciones de condiciones de trabajo que puedan calificarse como sustanciales se deberían llevar a cabo a través de los procedimientos que para ello están dispuestos en el artículo 41 LET. Sin embargo esto no es así, puesto que existen algunas modificaciones, que pueden calificarse, sin duda alguna, como modificaciones sustanciales, pero que por imperativo legal, no por su naturaleza, deben someterse a lo dispuesto en otro precepto del Estatuto de los trabajadores, sin que por ello dejen de ser, en estricto sentido, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y sin que dejen de serles aplicables la práctica totalidad de cuanto aquí se ha expresado acerca de las modificaciones sustanciales, con la excepción del procedimiento para llevarlas a cabo, que es donde difiere su régimen legal.

Estas excepciones al tratamiento del artículo 41 LET son la modificación del lugar de trabajo, la disminución del salario establecido en convenio colectivo y la conversión de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial o viceversa.

1.7.1. Traslados y desplazamientos

El lugar de la ejecución del trabajo es una de las condiciones del contrato de trabajo que puede sufrir variaciones en el desarrollo de la relación, variaciones que pueden ser leves, como, por ejemplo, un cambio de puesto o de lugar de trabajo dentro del mismo centro o a otro centro de trabajo dentro de la misma localidad¹³⁸¹, aunque también pueden ser de más entidad, como el cambio de lugar geográfico de ese centro que, en determinados casos, puede llegar a implicar un cambio del domicilio del trabajador. En esta segunda situación es evidente que nos encontramos ante cambios que, sin duda

¹³⁸¹ Acerca de las diferencias entre los referentes locativos del trabajo puede verse, p.e., SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, domicilio, movilidad geográfica*, CES, 2.000, pg. 52 y ss.

alguna, pueden ser calificados de sustanciales y que son denominados como movilidad geográfica, que debe someterse en su ejercicio a lo dictado por el artículo 40 LET¹³⁸².

La modificación del lugar de trabajo que implica cambio de residencia del trabajador es el presupuesto que nos introduce en el campo de las modificaciones sustanciales y, por ende, en el ámbito de aplicación del artículo 40 LET¹³⁸³, diferenciándose dos situaciones: una, los desplazamientos, en que el cambio es temporal, y otra, indefinida, en que el cambio es definitivo, entendiéndose como tal si la duración supera el año. Esta distinción es importante, puesto que sobre ella se articula el régimen jurídico y el procedimiento de cada tipo de movilidad geográfica. En cambio, las modificaciones del lugar de trabajo que no impliquen cambios de residencia se consideran no sustanciales y forman parte de las variaciones de condiciones contractuales modificables en virtud del *ius variandi* empresarial *ex* artículo 5.c) y 20.1 LET.

Sin entrar en el concreto régimen jurídico de la movilidad geográfica¹³⁸⁴, cuyo ámbito excede el de este trabajo, se puede observar que las propias especificidades de la movilidad geográfica son las que han provocado su tratamiento a través de un precepto diferente al 41 LET, que es el previsto para la regulación de las modificaciones sustanciales en general, puesto que su inclusión en éste hubiera añadido complejidad y prolijidad a lo que ya es un precepto complejo y de difícil lectura. En cualquier caso, su regulación, aunque tratada en el artículo 40 LET, podría estar perfectamente incluida en el 41, añadiéndole a éste las exigencias concretas del tratamiento de la movilidad

¹³⁸² Para MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, cit., pg. 75, la consideración de la movilidad geográfica como modificación sustancial se demuestra con un breve razonamiento: 1º) el lugar de trabajo es, sin duda, una condición de trabajo, incluso en la acepción más estricta de la expresión; 2) la decisión de cambio del lugar de trabajo es una modificación de condiciones de trabajo; y 3) la modificación será sustancial siempre que implique cambio de residencia.

¹³⁸³ En este sentido, p.e., STS de 7 de julio de 1.987, Ar. 5106; de 16 de marzo de 1.989, Ar. 1867; de 5 de junio de 1.990, Ar. 5018.

¹³⁸⁴ Sobre la movilidad geográfica véanse entre la extensa bibliografía existente, por ejemplo, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit.; AGIS DA SILVA, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999; GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: *La movilidad geográfica. Un análisis teórico jurisprudencial*, Comares, Granada, 2.002; SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, domicilio, movilidad geográfica*, cit..

geográfica, puesto que las exigencias causales, distinción entre modificaciones individuales y colectivas, etc., son iguales, incluso el recurso a una modalidad procedimental específica del artículo 138 LPL para su impugnación judicial. Ahora bien, haciendo una valoración de conjunto, se puede decir que es lógica su exclusión del artículo 41 para pasar a ser regulada minuciosamente en un precepto distinto, el 40, en una decisión que no parece tener más fundamentación que facilitar su exposición normativa.

1.7.2. La minoración del salario establecido en convenio colectivo. Las cláusulas de descuelgue salarial ex artículo 82.3 y 85.3 LET

La modificación de la cuantía salarial es otro de los tipos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo excluidos del ámbito de regulación del artículo 41 LET. La alteración de la cuantía salarial es, probablemente, junto con la disminución o aumento de la jornada de trabajo, la más importante de las alteraciones que puede sufrir el contrato de trabajo. Anteriormente, a propósito de la posibilidad de modificación de los sistemas salariales, nos hemos pronunciado indubitadamente por la inclusión dentro del campo del artículo 41 de la alteración directa de la cuantía salarial, como otra condición de trabajo más, aunque haya sido acordada en un convenio estatutario, posición que hoy es normativamente imposible¹³⁸⁵.

Actualmente, la única posibilidad de modificar directamente la cuantía salarial, establecida en un convenio colectivo estatutario supraempresarial, es acudir a la aplicación de las llamadas cláusulas de descuelgue salarial, previstas en los artículos 82.3 y 85.3 LET, puesto que el recurso a los procedimientos del artículo 41 LET están vedados para esa modificación directa de la cuantía salarial¹³⁸⁶. Las cláusulas de descuelgue salarial son una más de las técnicas de flexibilidad interna potenciadas por el

¹³⁸⁵ Véase lo dicho *supra* a propósito de esta cuestión.

¹³⁸⁶ Las cláusulas de descuelgue se pueden prever no sólo para la inaplicación total o parcial del incremento salarial previsto, sino también para la propia reducción del salario, dependiendo de la extensión que den los propios convenios colectivos a esa cláusula, en opinión de GALA DURÁN, C.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial”, cit., pg. 2475. En el mismo sentido, véase, DEL REY GUANTER, S.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.994*, cit., pag. 206. sobre el tratamiento legal de las cláusulas de inaplicación salarial véanse pgs. 195 a 228.

reforma laboral y se sitúan “en la dialéctica existente entre desestructuración y descentralización de la negociación colectiva”¹³⁸⁷.

Esta cláusulas, en realidad de inaplicación salarial del contenido convencional, sirven para no tener que aplicar el régimen salarial previsto en un convenio supraempresarial, cuando una empresa alega y demuestra que su estabilidad económica puede verse gravemente afectada por su aplicación. La inaplicación consistirá en afectar, disminuyendo en mayor o menor medida, el salario a percibir por los trabajadores, pudiendo incidir sobre la totalidad del régimen salarial sin excepción, es decir sobre el grupo de normas que regulan el salario y su estructura¹³⁸⁸, dependiendo su mayor o menor extensión del ámbito que el propio convenio cuya inaplicación se pretende le deje o, en su defecto, lo que acuerden los representantes de los trabajadores y la empresa o a lo que considere oportuno la comisión paritaria del convenio, a la que se deja, en caso de desacuerdo, la admisión o no del descuelgue salarial¹³⁸⁹.

Este procedimiento es bastante más restrictivo y riguroso que si se llevara a cabo a través del acuerdo de empresa exigido por el 41 LET para la modificación de condiciones convencionales, puesto que, en principio, se exige la intervención de los sujetos negociadores del convenio supraempresarial, que son los capacitados para admitir la inaplicación del régimen convencional¹³⁹⁰, sin que sea suficiente la intervención de los representantes de los trabajadores de la empresa afectada y con exclusión absoluta de que la decisión dependa de la voluntad unilateral del empresario, puesto que la regulación legal obliga al uso exclusivo de la vía negociada colectiva¹³⁹¹.

¹³⁸⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, cit., pg. 128.

¹³⁸⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, *ibidem*, pg. 128 y 129.

¹³⁸⁹ Véase artículo 82.3 LET.

¹³⁹⁰ RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones...”, cit., pg. 15.

¹³⁹¹ MONEREO PÉREZ, *ibidem*, pg. 129.

La diferencia básica entre el proceso modificativo del artículo 41 LET y las cláusulas de descuelgue salarial estriba en que el legislador ha considerado insuficientes, para esa alteración pura y dura de la cuantía salarial, la fundamentación en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por el artículo 41 para la validez de una modificación sustancial, admitiéndose únicamente el descuelgue salarial previa demostración de la inestabilidad económica de la empresa. Esta justificación lo que en puridad exige es un juicio de adecuación entre la medida propuesta, la modificación *in peius* del régimen salarial convencional aplicable y la mejoría de la situación económica de la empresa¹³⁹², que debe estar en crisis o, al menos, en dificultades¹³⁹³.

Todo cuanto acabamos de exponer se refiere a la inaplicación, a una empresa concreta, de las condiciones salariales recogidas en un convenio supraempresarial¹³⁹⁴, siendo diferente la solución si las disposiciones salariales que se quieren inaplicar están contenidas en un convenio de empresa¹³⁹⁵. En este caso no existe posibilidad alguna de

¹³⁹² MONEREO PÉREZ, *ibidem*, pg. 130.

¹³⁹³ El artículo 83.3 LET se refiere a “empresas cuya estabilidad pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación”(párrafo segundo) y “cuando así lo requiera la situación económica de la empresa” (párrafo tercero). Como se puede observar la indeterminación de estas causas permitiría darle una gran amplitud. A este propósito, BAYLOS GRAU, A.: “Cláusulas de descuelgue...”, cit. pg. 329, califica estos términos como “ambiguos y vaporosos”, debiendo exigirse que el daño a la estabilidad económica sea real, concreto, demostrable documentalmente y que produzca una situación de dificultades económicas reales; en similar sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa...”, cit., pg. 93, exige que la empresa se encuentre o llegue a pérdidas, no que el descuelgue permita mejorar su posición competitiva en el mercado, de modo que las causas del descuelgue salarial se acercan más a las del despido colectivo del artículo 51 que a las de las modificaciones sustanciales del 41 LET.

¹³⁹⁴ Véase ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T.: “Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial”, RL, 1.995, t. II, pg. 1441, donde señalan que el planteamiento del descuelgue “se predica de la empresa, entendida como unidad económica o aglutinante del total conjunto de sus elementos. Es la empresa –y no un centro o unidad autónoma de la misma- la que ha de ser dañada en su estabilidad económica para que resulte posible la aplicación del mecanismo legal en este sentido”.

No obstante, existen pronunciamientos, como la STSJ de Andalucía de 25 de abril de 1.997, AS 3856, que admiten la posibilidad de que el descuelgue se refiera a un centro de trabajo de los varios de que dispone la empresa, o como la STS de 20 de mayo de 1.997, Ar 4275, aceptando el descuelgue de una empresa perteneciente a un grupo empresarial, argumentando que “las pérdidas comprobadas de la empresa no desaparecen por la obligación de presentar cuentas consolidadas que no afecta a la personalidad jurídica autónoma de la misma no sustituible por la personalidad laboral del grupo en su cómputo cuando claramente aparecen patrimonios, direcciones, actividades y trabajadores separados”. Igualmente la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2.006, AS 283.

¹³⁹⁵ Sobre esta cuestión véase *supra*.

inaplicación de ese régimen salarial, salvo la eventualidad una negociación *ante tempus* del convenio aplicable.

1.7.3. La conversión de un contrato a tiempo completo en tiempo parcial o viceversa

La tercera situación que no está dentro del ámbito de aplicación del artículo 41 LET, a pesar de ser claramente una modificación sustancial del contrato de trabajo, es la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, situación que podría incluirse perfectamente en la modificación de jornada del 41.1.a), pero que el artículo 12.4.e) LET excluyó de ese ámbito, al disponer que “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo”, matizando, a continuación, que la negativa a la transformación no podría servir de justificación para ser despedido ni sufrir ningún tipo de sanción o perjuicio alguno, salvo concurrencia de las situaciones previstas en los artículo 51 y 52 c) LET.

Esta previsión legal ha cerrado el debate existente acerca de la posibilidad de transformar el contrato, que acabó siendo admitida jurisprudencialmente a pesar de que los tribunales de suplicación mantenían posiciones diversas¹³⁹⁶. La cuestión se ha planteado especialmente en lo referente a la reducción de jornada, con la proporcional reducción salarial y en la conversión de contratos a tiempo completo en tiempo parcial, especialmente la transformación de contratos anuales en fijos discontinuos. Para unos, no eran posibles estas transformaciones al entender vigente el artículo 6 del RD 1.991/1.984, de 31 de octubre, que exige para tal cambio el pacto individual con

¹³⁹⁶ P.e., la STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2.001, AS 443, dice que “no desconoce esta Sala la polémica suscitada en los supuestos de la transformación de un contrato de trabajo a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo”, para concluir que admite la modificación. En cambio, la STSJ de Baleares de 20 de octubre de 1.995, AS 3631, la rechaza después de argumentar que “la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores e interpretación del art. 41, produjo conocidas controversias en orden a su aplicación para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tanto individuales como colectivas, y en especial en relación a condiciones pactadas en Convenio Colectivo”.

sometimiento a lo previsto convencionalmente. A falta de acuerdo sólo quedaba abierta la vía del artículo 51 y el sometimiento a la previa autorización administrativa, rechazando, incluso, que se lleve a cabo previo acuerdo con los representantes¹³⁹⁷. Hoy, sólo podríamos admitir como alternativa la vía extintiva de los artículos 51 y 52 LET, en función del número de trabajadores afectados¹³⁹⁸.

Una argumentación muy interesante en contra de la posibilidad del uso del artículo 41 LET y su inclusión como una simple materia de jornada para esta transformación contractual, es que la menor duración del contrato a tiempo parcial “no sólo afecta al contenido de la prestación sino que incide en la causa misma del contrato”, afectando por ello “la naturaleza misma del contrato”¹³⁹⁹. De aquí es fácil concluir que la única vía posible para esta transformación sería el mutuo acuerdo de los contratantes a través de la oportuna novación contractual¹⁴⁰⁰. Sin embargo, parece más conveniente seguir otra argumentación, la de que la causa del contrato de trabajo sigue siendo la misma, puesto que la función económico social del contrato se mantiene inalterada y la jornada no es un elemento esencial del contrato de trabajo, como recoge alguna jurisprudencia¹⁴⁰¹, lo

¹³⁹⁷ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones...”, pg. 432 y 433, donde hace referencia a la SSTSJ de Baleares de 22 de marzo de 1.995, AS 1170, y de 20 de octubre de 1.995, AS 3651, que se pronuncian en este sentido.

¹³⁹⁸ P.e. la STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2.001, AS 443: “Haciendo un recorrido por la doctrina y la jurisprudencia vemos que en contra de esta posibilidad se ha manifestado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, básicamente arguyendo que la transformación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial constituiría no una novación modificativa sino una novación extintiva, esto es, no la transformación de un mismo tipo contractual sino el cambio de tipo. La reducción de la jornada y consiguiente reducción salarial y de cotización de la Seguridad Social de modo definitivo -ha dicho el TSJ de Baleares en S. 22 de marzo de 1995, AS 1170- «implica una extinción de la primitiva relación laboral y constitución de una nueva que no goza en la actualidad de un procedimiento específico y que a falta del mismo... si no se llega a un acuerdo individualizado con cada trabajador, sólo cabe la vía indirecta del art. 51 ET”.

¹³⁹⁹ Véase ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T.: “Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial”, RL, t. 2, 1.995, pg. 1385. igualmente, STCT de 2 de noviembre de 1.988, Ar. 7219, señala que “no se está ante un supuesto de novación modificativa de la relación laboral (...) sino ante una novación extintiva de la anterior relación laboral y su sustitución por la últimamente convenida”.

¹⁴⁰⁰ ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T.: *ibidem*, pg. 1387, donde, una vez admitida su posibilidad, rechazan la validez de este acuerdo novatorio se ha sido acordado en el contrato inicial aunque con proyección de futuro, puesto que, seguramente, implicará una renuncia de los derechos del trabajador e, incluso, una asunción de los riesgos propios de la empresa.

¹⁴⁰¹ Las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 de septiembre de 1.998, AS 3814, y de 25 de enero de 1.999,

que nos permite admitir la posibilidad de modificación de la jornada por la vía del artículo 41.

Mientras, para otros¹⁴⁰² sí parecía posible su admisión, puesto que el señalado artículo 6 del RD 1991/1.984 había sido derogado expresamente por la disposición derogatoria del RD 2317/1.993, de 29 de diciembre, que desarrolla los contratos de prácticas, aprendizaje y de tiempo parcial, y por la Disposición Derogatoria única j) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, que deroga la Ley 10/1.994. Además, este tipo de supuestos pueden ser encuadrados sin problema en una modificación de jornada del artículo 41.1.a) LET, por dos razones: una, que “de otro modo no se entendería la diferenciación legal entre modificación de “jornada de trabajo” y de “horario”; otra, que como el vínculo contractual continúa vigente, a pesar de la reducción de jornada, no puede incluirse esta transformación contractual en el supuesto de extinción del contrato de trabajo del artículo 51 LET¹⁴⁰³.

No obstante, la verdad es que el artículo 12.4.e) LET dispone que la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa “tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones” ex 41.1.a) LET. Sin embargo, a pesar de la claridad y contundencia de este planteamiento, la jurisprudencia,

AS 235, afirman que “la jornada es, en efecto, una condición laboral que no forma parte de la estructura básica de la relación laboral, cuya variación supone la modificación del contrato, y su transformación a tiempo parcial provoca reajustes salariales y contributivos, pero la «función económico-social del contrato» permanece inalterada. La prestación de trabajo y el salario que constituyen el objeto del contrato de trabajo -y que, dicho sea de paso, pueden ser objeto de afectación a través del procedimiento del art. 41 ET- permanecen en este caso y como consecuencia de la transformación operada inalterados”.

¹⁴⁰² Cfr. CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 433. *Ídem* : “Art. 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 507.

¹⁴⁰³ Véanse, en esta lógica, admitiendo la posibilidad de que la decisión empresarial de reducir, al menos en una tercera parte, la jornada, al amparo del artículo 41, ya fuese temporal o definitivamente, constituía situación legal de desempleo, las SSTS de 24 de febrero de 1.997, Ar 1579, de 22 de octubre de 1.997, Ar 7549, de 7 de noviembre de 1.997, Ar 8090, y de 11 de mayo de 1.998, Ar 4327. Más modernamente, la STS de 5 de mayo de 2.004, Ar 5017, señala claramente que no procede el desempleo parcial por dos razones: una, porque la reducción de jornada no se produce en un “período de regulación de empleo” y, otra, porque la disminución de jornada se llevó a cabo extinguiendo un contrato a tiempo completo y sustituyéndolo por otro a tiempo parcial”. En línea similar, también rechaza esta posibilidad con argumentación en parte coincidente la STC 213/2.005, de 21 de julio, con lo que el tema parece cerrado.

tanto de los Tribunales Superiores¹⁴⁰⁴ como del Supremo admiten la vía del 41 para esta modificación, acudiendo al subterfugio de que no se está ante una conversión contractual, sino ante una simple reducción de jornada, que si puede llevarse a cabo a través de una modificación sustancial del 41 LET¹⁴⁰⁵. La verdad es que, dada la dificultad para deslindar cada una de estas situaciones, no parece una mala solución al problema, puesto que la otra alternativa aboca irremisiblemente a la extinción contractual, siendo preferible, en la lógica de la conservación del contrato, la opción por una novación modificativa en lugar de la novación extintiva¹⁴⁰⁶.

También se ha argumentado a favor de esta posibilidad modificatoria la reforma del contrato a tiempo parcial realizada por el Real Decreto-ley 18/1993 que ha hecho del contrato de trabajo a tiempo parcial un contrato de trabajo ordinario con jornada reducida, unido a que basta para que se entienda celebrado el contrato a tiempo parcial que su jornada sea inferior a la habitual en la actividad de que se trate. De aquí se concluye que “si el contrato a tiempo parcial es un contrato de trabajo con jornada inferior a la normal, la reducción de la jornada de un contrato de trabajo a tiempo completo por la vía del art. 41 ET supone la transformación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial”¹⁴⁰⁷.

Por otra parte, algunos han admitido la posibilidad de acudir al procedimiento del artículo 41 LET para llevar a cabo una reducción de jornada con la proporcional

¹⁴⁰⁴ SSTSJ de Galicia de 9 de febrero de 2.001, AS 443, y de Castilla-La Mancha de 25 de enero de 1.999, AS 235, y 3 de septiembre de 1.998, AS 3814.

¹⁴⁰⁵ Como ejemplo de esta manera de pensar, la STS de 14 de mayo de 2.007, Ar 5084, dictada en unificación de doctrina, argumenta que “la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requerente de la voluntad concorde del trabajador”.

¹⁴⁰⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de enero de 1.999, AS 235.

¹⁴⁰⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de enero de 1.999, AS 235.

reducción de salario, aunque manteniendo la cotización inicial a la Seguridad Social¹⁴⁰⁸, lo que exige mantener clara la distinción entre un contrato con jornada reducida y un contrato a tiempo parcial, pues el primero exige el mantenimiento de la cotización completa¹⁴⁰⁹, aunque con el inconveniente de que la reducción de jornada a través del 41 LET no concede derecho alguno al trabajador salvo los derivados de la resolución contractual del 41.3 LET¹⁴¹⁰, o, si la reducción es de al menos una tercera parte de la jornada, solicitar la prestación por desempleo ex artículo 208.3 LTLGSS y normas reglamentarias al efecto¹⁴¹¹. Igualmente, se ha admitido la posibilidad de acudir al artículo 41 LET para llevar a cabo una reducción de jornada con reducción de salario de carácter temporal, no considerándose imprescindible la vía de la novación contractual, además del recurso de los artículos 47 y 51 LET¹⁴¹².

¹⁴⁰⁸ En este sentido, MERINO SENOVILLA, H.: *El trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1.994, pg. 351.

¹⁴⁰⁹ Véase STS 3 de junio de 1.994, Ar. 4750.

¹⁴¹⁰ Véase STSJ de Extremadura de 23 de mayo de 1.994, AL, núm. 38/1.994, ref. 1413.

¹⁴¹¹ Cfr. ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., cit., pg. 1388.

¹⁴¹² ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., cit., pg. 1389.

2. LA NECESARIA CAUSALIDAD DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES

2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL. DE LA NECESARIA CRISIS DE LA EMPRESA AL EFECTO BENEFICIOSO DE LA MEDIDA: LA POTENCIACIÓN DE LOS PODERES EMPRESARIALES

El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores permite al empresario el ejercicio de una facultad modificativa, configurada aparentemente como extraordinaria¹⁴¹³, con el fin de adecuar las condiciones laborales a las necesidades económicas, organizativas, técnicas o de producción, siempre que la o las modificaciones propuestas contribuyan a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, de modo que favorezcan su posición competitiva en el mercado o le permitan una mejor respuesta a las exigencias de la demanda¹⁴¹⁴.

Esta facultad modificativa empresarial viene a romper la regla, vigente en el Derecho Común, por la que no cabe la modificación unilateral del objeto contractual¹⁴¹⁵, en cuanto que permite al empresario modificar las condiciones en que se desarrolla el trabajo pactado, a veces incluso el propio trabajo. Ahora bien, esta facultad modificatoria unilateral no se configura como una facultad empresarial absoluta¹⁴¹⁶, sino que se supedita a la existencia de una justa causa, en cuanto que deben existir “probadas razones”¹⁴¹⁷

¹⁴¹³ Véase RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (En torno al artículo 41)”, cit., pg. 871, donde se refiere al poder modificadorio *ex* artículo 41 LET “como una normalización de cambios temporales o permanentes que exceden de la prestación debida, aunque su ejercicio precise siempre de una justificación causal”.

¹⁴¹⁴ Cfr. el artículo 41.1. LET.

¹⁴¹⁵ Art. 1256 Código Civil: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. y 1901 CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

¹⁴¹⁶ Esta exigencia es lo que caracteriza a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del simple ejercicio del poder directivo mediante el *ius variandi*, que no está sujeto a causa alguna. Véase *supra* el capítulo anterior.

¹⁴¹⁷ El precepto utiliza los términos “razones” y “causas” como sinónimos, lo que es correcto, puesto que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua dice que un motivo es “la causa o razón que mueve para algo”. El artículo 41 usa tanto “razón” como “causa” (41.1 y 41.3, respectivamente). Aclarando el uso

económicas, técnicas, organizativas o de producción”¹⁴¹⁸. Esta exigencia de causa justificativa de la decisión modificatoria funciona realmente como un límite a la facultad empresarial de modificación unilateral de condiciones de trabajo, especialmente en el caso de lo pactado en convenio colectivo¹⁴¹⁹.

Por otra parte, estas cuatro causas justificativas de la modificación de condiciones se caracterizan por su objetividad finalista, por cuanto no deben responder a la mera conveniencia personal del empresario, sino al interés objetivo de la organización de la empresa. Por eso, el propio artículo 41.1 LET, cuando habla de “mejorar la situación de la empresa”, se está refiriendo clara e indubitadamente a que las causas justificadoras de la modificación contractual se refieren a la empresa, excluyendo cualquier otro interés subjetivo del empresario ajeno al estrictamente empresarial¹⁴²⁰.

Ahora bien, el modo de entender las causas que permiten justificar las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo y de las demás vicisitudes contractuales no siempre ha sido el mismo, por lo que puede ser conveniente hacer un poco de historia de este

jurídico del término se ha dicho que por “razones jurídicas” se puede entender “el motor en virtud del cual un sistema jurídico (mas o menos complejo) se organice de forma coherente y adecuada para garantizar ciertos fines”. Véase ARNAUD, A.J.: *Critique de la raison juridique. Oú va la sociologie de droit?*, LGDJ, París, 1.981. Por su parte, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 249, afirma que el hecho de que la Ley hable de *razones* y no de *causas* es una “variante que puede imponer matices en cuanto a la aplicación de los hechos determinantes, pero que no significa carencia de objetividad de las primeras”.

¹⁴¹⁸ Véase el párrafo primero del artículo 41.1 LET.

¹⁴¹⁹ Cfr. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit. pg. 70 y ss., señala, además, que esta exigencia causal actúa como una garantía de la excepcionalidad de la alteración de lo pactado en convenio colectivo estatutario, que de otro modo podría cambiarse simplemente por un simple acuerdo entre las partes legitimadas. A su vez, ALFONSO MELLADO, C; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pgs. 96 y ss., afirman que la causalidad es uno de los elementos que distinguen el pacto colectivo previsto en el art. 41.2 y 4 ET de los procesos negociales ordinarios del Título III ET.

¹⁴²⁰ En este sentido, véase, p.e., la SJS de Navarra de 20 de enero de 2.000, AS 3, donde se dice que “estas cuatro causas vinculan la modificación de las condiciones de trabajo al interés de la organización empresarial, lo que significa que se caracterizan por su objetividad, no pudiendo responder a la mera conveniencia particular del empresario”, siguiendo otras, como las SSJS núm. 33 de Madrid de 16 enero 1996, AL, núm. 23, 1996, ref. 946, o la del Juzgado núm. 5 de Valencia, de 4 de mayo 1995, AL, núm. 28, 1995, ref. 1054: “la decisión empresarial debe vincularse a criterios estrictamente objetivos: la mejora de la posición en el mercado; debiendo eliminarse las razones de tipo subjetivo que persigan finalidades de carácter particular o ajenas al devenir de la actividad empresarial”.

recorrido, que nos lleva desde la exigencia de una situación de crisis irreversible de la empresa hasta la actual búsqueda de la mejora de la situación de la empresa y de su posición competitiva en el mercado.

2.1.1. Antecedentes históricos

La Ley de Contrato de Trabajo de 1.935 ya contemplaba la situación de crisis¹⁴²¹ como causa para los despidos¹⁴²² y, derivadamente, para las modificaciones sustanciales¹⁴²³, que así aparecieron en nuestro derecho como medida alternativa al despido en cuanto que permitían mantener la estabilidad laboral y, en definitiva, conservar el contrato de trabajo, aunque únicamente en los casos en que *faltase* el trabajo.

Ahora bien, si Ley de Contrato de Trabajo de 1.944 sigue básicamente la regulación de 1.935, las novedades aparecen con el Decreto de 26 de enero de 1.944, que introduce un régimen homogéneo para las suspensiones, extinciones y modificaciones contractuales

¹⁴²¹ Del Diccionario de la Lengua Española, cit., podemos citar como acepciones de crisis, de entre las varias reseñadas, la cuarta: momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes; la sexta: escasez, carestía; y la séptima: situación dificultosa o complicada. Cualquiera de estas acepciones nos da la idea de una situación difícil y dura o muy dura, negativa en suma, que atraviesa la empresa.

¹⁴²² Anteriormente la Ley de Jurados Mixtos, de 27 de noviembre de 1.931, en primer lugar, la Ley de 25 de junio de 1.935, de Medidas transitorias contra el paro obrero, y el Decreto de 29 de noviembre de 1.935 que la desarrolla, contemplan ya la situación de *crisis de trabajo* como justificadora del despido, dentro de una corriente de pensamiento que se fundamenta en los efectos de la crisis mundial de 1.929 y sus efectos sobre las empresas y el empleo. Obviamente, el concepto de crisis que se maneja es el de crisis grave equiparada casi siempre al cese de la actividad o a aquella situación en que éste es prácticamente ineludible si no se actúa adecuadamente, si bien ya se considera como un suceso que puede presentarse de modo ordinario en las empresas. Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, 1.975, pg. 207 y ss. y PALOMEQUE, M.C.: “Crisis económica y regulación de empleo”, en AA.VV. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, 1.984; DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo por causas...*, cit., pgs. 47 a 50.

¹⁴²³ Este “mecanismo elusivo de los despidos” (Cfr. PALOMEQUE, M.C.: “Crisis económica...”, cit. pg. 253) sólo podía ser usado en supuestos de “despido parcial de obreros por falta de trabajo”, en los cuales el despido puede ser sustituido, si a juicio de los Jurados Mixtos y del Ministerio de Trabajo era factible, por el “establecimiento de turnos o la reducción de días semanales de labor”, es decir por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. A este respecto, señala MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje*, cit., que “la estrategia de permitir *modificaciones laborales* como medio de evitar despidos está ya presente en el viejo Decreto de 29 de noviembre de 1.935”(pg. 166) y que “La modificación de condiciones no era pura y simple alteración de un derecho del trabajador, sino alternativa al despido, favorecedora en definitiva del propio trabajador”(pg. 167).

derivadas de la concurrencia de una situación de crisis¹⁴²⁴ en lo que ya es una auténtica gradación de los efectos de la crisis, entendida, obviamente, como supuesto negativo, pero ahora con distintas consecuencias en función de su gravedad, en lo que ya es una consideración dinámica y superable de la crisis¹⁴²⁵, aunque sometidas siempre todas estas vicisitudes contractuales a la preceptiva autorización administrativa¹⁴²⁶. La novedad estriba en que, ahora, se pueden llevar a cabo modificaciones de las condiciones contractuales por “cualquier concepto”, con lo que se desvincula formalmente la situación de crisis de la modificación contractual¹⁴²⁷, que puede afectar a cualquier condición siempre que suponga “alguna variación en el contrato de trabajo existente”, es decir una modificación de las condiciones contractuales de trabajo, y que las modificaciones se puedan plantear por sí mismas, sin que necesariamente tengan que ser vistas como un mal menor frente a la extinción contractual, pasando a contemplarse como supuestos autónomos y normales en la dinámica del contrato¹⁴²⁸. Desde este punto de vista debe considerarse positivamente,

¹⁴²⁴ Art. 1: Toda empresa para suspender o cesar en sus actividades y, por consiguiente, para dar por suspendidas o extinguidas, según los casos, sus relaciones laborales con el personal, habrá de obtener la previa autorización de los organismos competentes del Ministerio de Trabajo, salvo cuando la suspensión o cese derive de venta, traspaso u otro negocio jurídico que origine la continuidad de la misma por los nuevos titulares, en que se estará a lo dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo.

Art.2.: Asimismo se requerirá, previa autorización para modificar, por cualquier concepto, las condiciones en que se desenvuelvan las relaciones laborales entre los elementos de la producción, tales como reducciones de plantilla, jornada de trabajo, establecimiento de turnos, o cualquier otra que implique alguna variación en el contrato de trabajo existente.

¹⁴²⁵ Así, aparece ya una visión de la crisis que ya no se configura únicamente como un “hecho irreversible y definitivo”. Véase, DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible*, cit. pg.52.

¹⁴²⁶ Con respecto a esta exigencia de autorización administrativa se ha dicho que “el Estado detentó los poderes empresariales, impidió la libre negociación colectiva y actuó como verdadero poder tuitivo de los trabajadores, a los que protegía sin necesidad de audiencia previa (...). Las declaraciones que, en pro de la libertad de empresa, se contenían, acá y allá, (...) no impidieron a los poderes públicos definir a voluntad las causas justas de extinción del contrato de trabajo por motivos vinculados a la marcha de las empresas, y controlar la salida y entrada de los empresarios en el mercado”. Véase DEL VALLE, J.M.: *La extinción del contrato...*, cit., pg. 52.

¹⁴²⁷ Véase, PALOMEQUE, M.C.: “Crisis económica...”, cit. pg. 256.

¹⁴²⁸ Cfr., en este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Sobre las crisis económicas o laborales: concepto”, en AA.VV. *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad Complutense, Madrid, 1.970, pg. 143: “en el Decreto de 26 de enero de 1.944 se contemplan situaciones que no pueden calificarse como crisis; en especial las modificaciones del contrato de trabajo”. Cita, además, la STS de 6 de octubre de 1.964 que “dice textualmente que el decreto 44 “prevé su aplicación a casos que no son de crisis en sentido estricto”.

puesto que supuso “la apertura de una camino para la modernización de las empresas españolas”¹⁴²⁹.

A partir del año 1.950 se da un crecimiento económico, sobre todo industrial, que llevaba aparejado una importante renovación tecnológica¹⁴³⁰ y que evidenció que las pérdidas de empleo no sólo derivaban de crisis económicas sino también de los procesos de renovación tecnológica y modernización de la estructura productiva, de modo que el Decreto de 16 de junio de 1.954, creador de la Caja Nacional del Seguro de Paro Tecnológico, desarrollado por la Orden de 31 de marzo de 1.955¹⁴³¹, amplía los motivos de extinción de la norma de 1.944, señalando que podían acceder al subsidio de paro tecnológico los trabajadores despedidos, con autorización oficial, “por haberse introducido en la empresa mejoras de carácter técnico o de nuevos métodos de trabajo que den lugar a un incremento de la productividad”¹⁴³². Así, se desvincula el concepto negativo de crisis de las situaciones en las que aparecen modificaciones tecnológicas, admitiéndose como motivos válidos para las extinciones contractuales las mejoras técnicas, la introducción de nuevos métodos de trabajo y la búsqueda del aumento de productividad.

En esta lógica continúa el desarrollo normativo. Así el Decreto 2082/59, de 21 de julio, sobre Ordenación económica, pretende instalar en nuestra realidad los “valores económicos de la libertad, la flexibilidad, el pragmatismo y la eficacia”¹⁴³³ y ya no habla

¹⁴²⁹ Véase BARRIONUEVO PEÑA, J.: “La nueva regulación de los expedientes de crisis”, en RPS, núm. 97/1.973, pgs. 69 y 70, quién considera “inevitable una referencia elogiosa a dicho Decreto” así como a las “funciones” que éste había desempeñado.

¹⁴³⁰ Sobre esta cuestión puede verse, por todos, TAMAMES GÓMEZ, R.: *La República. La era de Franco*, Alfaguara, t. VII, 1.980, pg. 437 y ss.

¹⁴³¹ Véanse los artículos 1 al 4.

¹⁴³² Véase el artículo primero del Decreto de 16 de junio de 1.954, que señala que “la Caja Nacional del Seguro de Paro Tecnológico, que tendrá por objeto conceder temporalmente subvenciones a aquellos trabajadores fijos cuyo cese al servicio de una empresa no agrícola se hubiese autorizado oficialmente por haberse introducido en la misma mejoras de carácter técnico o de nuevos métodos de trabajo que den lugar a un incremento en su productividad”. Igualmente, el artículo dos de la Orden de 1.955 dice: “Toda empresa que, consecuencia de haber introducido en la misma mejoras de carácter técnico o nuevos métodos en el trabajo que puedan dar lugar a un incremento en su productividad, se vea precisada a reducir sus plantillas de personal fijo, podrá solicitar de los organismos competentes de este Ministerio la autorización necesaria para acordar el cese de los trabajadores a quienes pudieran afectar tales medidas, completando su petición con los informes y datos necesarios que justifiquen su demanda”.

de crisis económica, sino de “dificultades de orden económico”, lo que implica claramente una expansión del concepto para así extenderse a supuestos, no referidos sólo a crisis definitivas, sino que abarquen a toda la organización productiva empresarial¹⁴³⁴. Poco después, la Orden de 9 de marzo de 1.960, en su artículo uno, usa por primera vez la expresión “causas económicas o tecnológicas”¹⁴³⁵. Además, el artículo 12 utiliza la expresión “dificultades de orden económico o circunstancias de reorganización de carácter tecnológico” como sinónimo de “causas económicas o tecnológicas”, acentuando así el carácter dinámico y, a veces, coyuntural de dichas causas, establecidas claramente al servicio de la continuidad de la empresa, mas allá de su posible incidencia sobre la vida de los concretos contratos de trabajo que puedan afectar. A su vez, el Decreto 3090/1.972, de 2 de noviembre, que sustituyó al Decreto de 1.944, sistematizó y reguló los supuestos de modificaciones de condiciones de trabajo junto con las suspensiones y extinciones contractuales, a la vez que lo incardinaba, al menos formalmente, en el marco de la política de empleo¹⁴³⁶. Así, el artículo 7 incluye, junto a la extinción, la suspensión y la modificación contractual en los supuestos de “regulación sectorial de empleo”. De este modo se consagra la expresión y la idea de que las causas tecnológicas y económicas pueden generar una diversidad de vicisitudes en los contratos de trabajo.

Posteriormente, ya en la Transición, aparece la Ley de Relaciones Laborales de 1.976¹⁴³⁷ que aporta como novedad la expresión “modificaciones sustanciales” y “probadas razones

¹⁴³³ Véase MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje...*, cit., pg. 378.

¹⁴³⁴ Véase el artículo primero de la Orden de 11 de diciembre de 1.959 que profundiza en esta idea diciendo que “se considerarán causas justificadas de las dificultades producidas por situaciones coyunturales económicas las siguientes: defectos de estructura, inadecuadas provisiones de materias primas, mala situación financiera y demás de análoga naturaleza”.

¹⁴³⁵ Dice RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible*, cit., pg. 57, que este cambio semántico y de planteamiento “supone una posición bastante avanzada del Derecho del Trabajo español, desde una perspectiva comparada, teniendo en cuenta que sólo en 1.970 se recoge una expresión paragonable en el *Statuto dei Lavoratori* italiano, art. 13 (2.103 del *Codice Civile*), que habla de probadas razones técnicas, organizativas o productivas”.

¹⁴³⁶ Señala RIVERO LAMAS, J.: “La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa”, en AA.VV. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, Zaragoza, 1.982, pgs. 323 y ss., que esta inserción lo era en términos relativos, por cuanto fué “más retórica que real”.

¹⁴³⁷ Esta norma ha sido calificada como fruto de concepciones laborales y políticas muy ideologizadas pertenecientes al pasado puesto que representó el “momento culminante del proteccionismo de la

técnicas, organizativas o productivas”¹⁴³⁸ para llevar a cabo modificaciones de horarios de trabajo.

A continuación, el Real Decreto-ley 17/1.977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, aporta las “necesidades de funcionamiento de la empresa” como causa justificadora del despido objetivo, enunciando una idea sustancialmente equiparable a la de causas tecnológicas o económicas. Esto supone una clara conexión entre las necesidades derivadas del funcionamiento ordinario de la empresa, sin vinculación única con crisis o adversidades, y los supuestos de alteración de contenidos contractuales, que se encuentran entre sí en relación causa-efecto. Además, cuando nos referimos a las necesidades de funcionamiento de la empresa ya no lo hacemos pensando sólo en causas económicas o tecnológicas¹⁴³⁹.

En resumen, que se amplía la exigencia de causalidad a los distintos supuestos de alteración de la vida normal del contrato, homogeneizando en cierto modo el tratamiento de los despidos colectivos, las suspensiones y las modificaciones del contrato de trabajo, en lo que es un proceso expansivo de la incidencia de las causas o razones tecnológicas y económicas sobre el contrato, en un *iter* que se inicia en su consideración *crítica* que afecta únicamente a la extinción contractual, desempeñando una clara función anticrisis y de

estabilidad en el empleo” obviando la profunda crisis económica existente. Véase MARTÍN VALVERDE, A.: “El Derecho del Trabajo de la crisis en España”, REDT, núm. 26/1.986, pg. 165 y ss; igualmente MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje...*, cit., pg. 412; OJEDA AVILÉS, A.: “El final de un “principio (la estabilidad en el empleo)”, cit., pg. 469; DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, en RPS, núm. 117/1.978, pg. 75.

¹⁴³⁸ Estas expresiones que han hecho fortuna en las sucesivas regulaciones, como el Estatuto de los Trabajadores de 1.980, se encuentran recogidas en los artículos 18 y 24, respectivamente.

¹⁴³⁹ Véase el artículo 45.2 y 45.3 LET. Como reconoció PALOMEQUE LÓPEZ, M.: “Crisis económica...”, cit., pg. 258, esto “supuso un paso adelante en la modernización de nuestras instituciones”, una vez que se reconocen con carácter general las necesidades de adaptación de las empresas, al mismo tiempo que permitía las posibilidades de ajuste del Derecho del Trabajo español a las consecuencias de la crisis económica. Véase, en este sentido, MARTÍN VALVERDE, A.: “Las transformaciones...”, cit., pgs. 17 y 18, que señala, que las nuevas líneas directrices del Derecho del Trabajo de la crisis serían el fomento del empleo, el reparto del trabajo, la facilitación de la movilidad en la organización y la flexibilidad del mercado de trabajo. Igualmente reseñable es que el RDLRT abre la posibilidad de que la suspensión o extinción de contratos derivadas de dichas causas “pueda tener lugar por pacto entre empresario y trabajadores”, lo que concede un nuevo e importante papel a la negociación colectiva para el establecimiento de los criterios generales a seguir en las reestructuraciones por causas tecnológicas o económicas.

lucha contra el paro¹⁴⁴⁰, hasta la aceptación por el legislador de una ampliación y gradualización de esos efectos, incluyendo ahora la suspensión y la modificación de condiciones contractuales basada en esas mismas circunstancias objetivas que afectan a la organización productiva, ya al servicio de la modernización e innovación de las empresas para su adaptación a las circunstancias mudables del entorno¹⁴⁴¹, integrada en una política de empleo. Así, las vicisitudes del contrato ya desde antes de 1.980 possibilitaban la adaptación de la organización productiva a las exigencias del mercado de trabajo.

Este paso se pudo dar, entre otras cosas, gracias a la introducción normativa de nuevos conceptos, “causas, razones y motivos económicos y tecnológicos”, en sustitución de los de “crisis económica o laboral”, para enfrentarse a nuevas circunstancias, distintas de la idea de crisis, que habrían de ser conceptualizados con la máxima precisión para que la norma cumpliera las funciones pretendidas con ella. Sin embargo, esta delimitación conceptual no fue fácil, toda vez que los supuestos de hecho subsumibles en la norma no estaban especificados claramente por ésta y habrán de ser los interpretes jurídicos, jueces, autoridades laborales y doctrina quienes la lleven a cabo, integrando el concepto, tanto en la teoría del contrato, como en el conjunto de intereses afectados.

¹⁴⁴⁰ Al principio, se contraponía a esa función anticrisis, únicamente, “la defensa del trabajo” o la “defensa de las rentas del trabajo”, es decir la defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo (véase ALONSO OLEA: *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, IEP, Madrid, 1.957, pg. 98). En este sentido se pronuncia la STS de 6 de mayo de 1.967, Ar 2761, para quién “la estabilidad en el empleo está por encima de las previsiones de futuro y del deseo de mejorar las condiciones de futuro de las empresas”. Igualmente, las SSTS de 16 de abril de 1.969, Ar 1946, de 31 de enero de 1.972, Ar 231, de 13 de abril de 1.973, Ar 2283, señalan que los “conceptos en pugna son los principios sociales requirentes de estabilidad en el empleo y otros económicos que vedan la subsistencia de la empresa carente de medios para mantener su liquidez”. En parecido sentido la STS de 23 de octubre de 1.975, Ar 4339, se pronuncia en defensa de la estabilidad en el empleo.

¹⁴⁴¹ Cfr. DE LA BORBOLLA, op. cit. pg. 67 y ss, donde señala que “la función enriquecida de la norma queda patente en algunas sentencias de este mismo período. Así, las SSTS de 6 de marzo de 1.968, Ar. 2127, de 9 de marzo de 1.970, Ar. 1457, y de 16 de diciembre de 1.971, Ar 5048”. Por su parte, RIVERO LAMAS habla de “adecuación al contexto económico”, en “Modificaciones de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 145. De “necesidades mudables” hablan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, en *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.989, 11ª ed., pg. 343.

2.1.2. La justificación causal en la redacción original del Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores de 1.980 mantuvo las causas “económicas y tecnológicas” como la forma genérica para referirse a las circunstancias que pueden originar una alteración en el contrato de trabajo no achacable al trabajador, si bien los artículos 40 y 41 hablaban de “razones técnicas, organizativas y productivas”, mientras que los artículos 45.1.j), 47.1 y 49.9 se refieren a “causas tecnológicas y económicas” y el artículo 51.2 habla de “causas económicas o motivos tecnológicos”. A pesar de esta diferencia terminológica la doctrina entendió que, aunque se hablara de *razones, causas o motivos*¹⁴⁴² siempre se hacía referencia a las “necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”¹⁴⁴³, justificadas siempre en la persecución de la mejoría económica de la organización productiva empresarial¹⁴⁴⁴.

Fiel a la tradición, el Estatuto de los Trabajadores no ofrecía una definición de las causas económicas o tecnológicas ni precisaba los distintos supuestos de hecho que podían integrarse en estas causas. No obstante esta indefinición expresa, se puede decir que “el concepto *existe* en la Ley, desde el momento en que la Ley recoge el término o la

¹⁴⁴² La verdad es que se han tenido siempre por sinónimos, a pesar de alguna decisión judicial que estableciera una posible distinción al entender que las *causas* se refieren mas bien a la situación global de la empresa mientras que las *razones* tienen una incidencia más restringida (STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de enero de 1.990. Sin embargo, el Diccionario de la Lengua Española, op. cit., señala, en la acepción segunda de *causa* que ésta es el “motivo o razón para obrar”. A este respecto, señala VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en AA.VV, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1983, t. IX, vol I. pg. 127, que se puede hablar de “un género de causas”. En esta lógica, los pronunciamientos jurisprudenciales más extendidos consideran las razones y las causas como manifestaciones de un mismo género de causas (p.e. STCT de 17 de febrero de 1.981, Ar 1066.

¹⁴⁴³ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Las modificaciones...”, cit., pg. 122 y ss; LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación...*, cit. pg. 99; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 301; SALA FRANCO y LÓPEZ-TARRUELLA: *La modificación de la prestación de trabajo*, cit., pg. 42.

¹⁴⁴⁴ Véase DEL VALLE VILLAR, J.M.: “Dificultades económicas de la empresa y derechos de los trabajadores en el ordenamiento jurídico español”, en DL, núm. 33, 1.991, pg. 143.

expresión de referencia”¹⁴⁴⁵, por lo que el problema consistirá en dilucidar el significado y el contenido del concepto. En cualquier caso, se evidencia que la expresión “causas económicas o tecnológicas” no puede referirse ya únicamente a idénticos supuestos que cuando hablamos de “crisis económica o laboral”, puesto que *crisis* hace referencia a desequilibrio grave y negativo, mientras que *causa* no tiene connotación alguna negativa por sí misma¹⁴⁴⁶, aunque puede provocar efectos que, a su vez, podrán ser tanto negativos como positivos, por lo que *crisis* y *causa* no son en absoluto términos equivalentes para el Estatuto, como no lo son conceptual ni lexicológicamente.

Lo que está claro es que el Estatuto de 1.980 y el RD 696/1.980 de desarrollo del anterior ordenaban las vicisitudes del contrato de trabajo en una línea de flexibilización del sistema¹⁴⁴⁷, claramente continuadora de la tendencia de adaptación a las exigencias empresariales de la normativa anterior¹⁴⁴⁸. En cualquier caso, las “causas o razones tecnológicas y económicas” se configuran como el hilo conductor y sistematizador de todos los supuestos de movilidad, modificación, suspensión y extinción de los contratos de trabajo¹⁴⁴⁹, pudiéndose afirmar que las razones y las causas o motivos, fueran de origen económico, tecnológico, organizativo o productivo, configuraban, un amplio elenco de circunstancias que, consideradas conjuntamente por el ordenamiento, posibilitaban una pluralidad de efectos derivados del uso de los diversos instrumentos puestos a disposición

¹⁴⁴⁵ Véase DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez...*, cit., pgs. 74 y 75.

¹⁴⁴⁶ Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, cit., causa es “aquello que se considera como fundamento u origen de algo” o el “motivo o razón para obrar”.

¹⁴⁴⁷ Esto es especialmente evidente si se utilizan criterios de Derecho comparado. Véase RIVERO LAMAS, J.: “La modificación de condiciones...”, ct., AL, 1.989, pgs. 347 y 348.

¹⁴⁴⁸ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “La crisis económica...”, cit., pg. 332.

¹⁴⁴⁹ Esto se hace especialmente evidente en la regulación de las reconversiones industriales, cuya declaración será considerada “como causa tecnológica o económica, o, en su caso, técnica u organizativa”(véase el artículo 5.1 de la Ley 21/1.982). Señala DURAN, F.: “legislación de empleo y reconversiones industriales”, en RPS, núm. 137/1.983, pg. 53, que la legislación de reconversión industrial fue una vía para “facilitar la modificación, suspensión o extinción de las relaciones de trabajo y la movilidad geográfica de los trabajadores”. Véase, especialmente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del trabajo*, quién señala que “la reconversión remite a la insoslayable necesidad de alterar los elementos de una determinada estructura industrial haciéndola más competitiva y eficiente”(pg. 15).

de la empresa para satisfacer sus necesidades de adaptación a las mudables circunstancias del entorno en que se desenvuelve¹⁴⁵⁰.

Desde esta perspectiva, el derecho del trabajo español parecía suficientemente flexible¹⁴⁵¹ en cuanto permitía la adaptación de las empresas y los contratos de trabajo en “muy diversos supuestos de alteración de circunstancias”¹⁴⁵². Pero esta idea de flexibilidad que se podía deducir de la redacción original del Estatuto se contradice con la interpretación que se hizo, tanto por la doctrina¹⁴⁵³ como por la autoridad laboral¹⁴⁵⁴ y los tribunales¹⁴⁵⁵ de las causas económicas y tecnológicas¹⁴⁵⁶, basada excesivamente en “conceptos y realidades ligadas a una situación superada”¹⁴⁵⁷, como era la identificación

¹⁴⁵⁰ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificaciones de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 145, habla de “adecuación al contexto económico”; igualmente, ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE: *Derecho del trabajo*, 11ª ed., 1.989, habla de “necesidades mudables”.

¹⁴⁵¹ En este sentido se expresan MARTÍN, F.A. y SANTOS, J.: “Proyecto del Gobierno sobre reforma del mercado de trabajo: garantismo *versus* desregulación”, en *Sociología del Trabajo*, núm. 20/1.993-94, pgs. 117-149.

¹⁴⁵² Cfr. p.e., SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en *Comentarios a las leyes laborales*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), t. VIII, 1.982, pg. 20., señala que las razones tecnológicas pueden dar lugar a supuestos del artículo 39 o del 41 y que es muy tenue la frontera divisoria entre los mismos.

¹⁴⁵³ Véase, p.e., DEL VALLE, J.M.: *La extinción del contrato...*, pg. 65. Desde esta visión, mayoritaria en la doctrina, lo que se hace es una “reconducción de la causa económica –en la que quedaba comprendida la tecnológica- a la situación de “crisis irreversible” de la empresa, traducida en algún caso como “fuerza mayor” –aunque, siempre, con muchos titubeos–”.

¹⁴⁵⁴ Cfr. ORTIZ LALLANA, M.C.: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, MTSS, Madrid, 1.985, pgs. 119 a 129, donde señala que las resoluciones administrativas dictadas en aplicación de las Leyes de 1.944 y 1.980, en general, conceptuaban la crisis como dificultad económica grave de la empresa, y que la autorización de la medida resolutoria de los contratos se hacía depender de su carácter grave, suficiente, es decir insuperable e irreversible, actual y objetivo. No obstante, hacía constar que también existían algunos pronunciamientos administrativos sobre la crisis tecnológica donde se aceptaba la resolución de contratos por razones vinculadas a la obsolescencia de puestos de trabajo y a la modernización de las instalaciones productivas”.

¹⁴⁵⁵ Los Tribunales han interpretado sistemáticamente las dificultades empresariales con criterios enteramente semejantes a etapas anteriores al Estatuto de los Trabajadores, exigiendo para la admisión de las causas económicas o tecnológicas la identificación de la situación empresarial con la existencia de una situación crítica que se concreta en una situación de déficit económico. Acerca de esta idea, véase DE LA BORBOLLA, cit., pg. 123 y ss.; Para un recorrido jurisprudencial, véase GARCÍA TENA, J y ALARCÓN BEIRA, M.: *Regulación de empleo: Jurisprudencia*, MTSS, Madrid, 1984.

¹⁴⁵⁶ Basándose en esta realidad interpretativa, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo”, RL, t. I/1.993, pg. 28, ha afirmado que la rigidez que se atribuía al mercado de trabajo era consecuencia más de la interpretación que se hacía de la ley y de la aplicación práctica de los preceptos legales que de la ley misma.

de causa económica con crisis. Esta idea condujo a una restricción del campo de aplicación de la norma¹⁴⁵⁸ y a que, en lugar de considerar la causa económica como motivo suficiente para la modificación, suspensión o extinción contractual, únicamente se considerase relevante si era el origen de una crisis económica, pasándose así de conceder relevancia a la causa, como debía ser, a otorgársela a la crisis provocada por la causa, en un razonamiento que hacía de la crisis el único criterio, la *última ratio*, con fuerza decisoria¹⁴⁵⁹. El problema resultaba agravado porque se exigía que la crisis fuese “suficiente, real, objetiva y actual”, lo que ya son unos criterios rígidos de por sí, de modo que únicamente se admitía la existencia de crisis casi terminales, obstaculizando así gravemente el que las empresas pudieran adoptar medidas modificativas o extintivas que les permitieran, precisamente, no caer en esa crisis final.

Además, existía una indefinición y confusión acerca del papel que debía representar tanto la Administración¹⁴⁶⁰ como los jueces, de tal modo que no quedaba claro si su función, para valorar la corrección de la decisión empresarial y su incidencia sobre los contratos de trabajo, consistía en hacer un mero juicio, “con criterios de estricta

¹⁴⁵⁷ Véase, DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio ...*, cit., pg. 132.

¹⁴⁵⁸ A esa realidad contribuyó también de manera importante el que la concurrencia de dichas causas fuera vista como un supuesto de imposibilidad sobrevenida o de excesiva onerosidad de la prestación, con lo que se refuerza la idea de que la concurrencia de la crisis implica una situación excepcional y muy grave. En este sentido, puede verse ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, sexta ed. cit., pg. 283 y ss. Por su parte, ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit., pgs. 514 y 515, donde fundamenta la modificación contractual en la “alteración de circunstancias”, de la “equivalencia inicial”, en suma, en un “fallo en la base objetiva de la relación” entendida al modo de Larenz”. Sobre la teoría objetiva de la interpretación, véase LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pg.52 a 56.

¹⁴⁵⁹ Esta visión es la que expone la Resolución de la Dirección General de Empleo de 6 de febrero de 1.981 cuando afirma que “se precisa quede acreditada en el expediente, de modo indubitado, la situación de crisis por causa económica, tecnológica o de fuerza mayor”. La Ley, 1.981, RE-45, en GARCÍA TENA, J y ALARCÓN BEIRA, M.: *Regulación de empleo: Jurisprudencia*, cit., pg. 28. En similar sentido, la STS (III) de 6 de abril de 1.984, Ar 1899, remitiéndose a las SSTs de 3 de julio y 11 de diciembre de 1.978, Ar 2836 y 134, de 23 de mayo de 1.979, Ar 2572, y 4 de noviembre de 1.981, Ar 4162, lleva el razonamiento anterior al extremo admitiendo únicamente las causas en cuanto causantes de crisis cuando proclama que “las causas que suscitan la situación de crisis responden a cualquier modalidad de un estado desequilibrado y crítico en la estructura económica y financiera de la empresa”.

¹⁴⁶⁰ Véase DURÁN LÓPEZ, F.: “Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España”, en DL, núm 22/1.987, pgs. 57-89, esp. 71 y 72, donde, a propósito del papel jugado por la Administración, dice que atendió a los criterios de verificar la “relación de causa a efecto entre la situación de crisis y las medidas que se tratan de fundar en la misma”; la valoración de las medidas adoptadas “desde un punto de vista técnico (...) colocándose en alguna medida la autoridad laboral en el lugar del empresario”; y utilizar criterios de “utilidad económica general” o de “utilidad social”.

objetividad”¹⁴⁶¹, limitarse a constatar la existencia de una causa económica o tecnológica¹⁴⁶² o hacer un juicio de oportunidad sobre la decisión organizativa adoptada por la empresa¹⁴⁶³.

La consecuencia es que esta rigidez práctica derivaba en gran medida de la actuación llevada a cabo por la Administración laboral, puesto que de ella dependía, en la mayoría de los supuestos, la autorización necesaria para que se diera lugar a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción de contratos, puesto que la autoridad laboral intervenía preceptivamente tanto en los supuestos de extinción, despidos por causas económicas o tecnológicas, como en aquellos en que el vínculo contractual pervivía, como sucede con las modificaciones sustanciales, la movilidad geográfica y las suspensiones, con independencia de si el ámbito de afectación era individual o colectivo.

La amplitud con que se configuraba la exigencia de autorización administrativa suponía un claro sobredimensionamiento de la defensa de los intereses públicos y de los trabajadores, negando la obviedad de que la empresa y unos determinados puestos y funciones sólo perviven si su mantenimiento es rentable, no por una decisión administrativa que, además, parecía responder en cierta medida a criterios paternalistas, que no deben tener cabida en este tipo de decisiones y que en bastantes ocasiones producen el efecto contrario al perseguido¹⁴⁶⁴, puesto que las nuevas necesidades de la economía, que debían ser

¹⁴⁶¹ Estos eran los términos en que se expresaban las Instrucciones de Gobierno de 20 de junio de 1.981 (BOE de 27 de junio).

¹⁴⁶² P.e., la STS de 28 de abril de 1.978, Ar 2883, afirmaba que “la Administración ejerce una actuación verificable de la realidad de los hechos determinantes o condicionantes de la modificación y extinción de las relaciones laborales”.

¹⁴⁶³ La STSJ Andalucía (Cont-Admvo.) de 18 de septiembre de 1.988 afirma que la actuación de la Administración “se limita a comprobar y verificar la existencia de razones técnicas, organizativas o productivas que justifican la actuación empresarial, estándose vedado entrar sobre la valoración técnica, adecuación de las modificaciones o preferencias de otras alternativas”, con lo que se rechaza claramente esta posibilidad.

¹⁴⁶⁴ La no consideración de esta idea lo que propició no fue una mayor protección del trabajador, sino que “una invitación al deterioro, a dejar que las situaciones se pudriesen, con grave perjuicio, por cierto, de la movilidad de recursos aún salvables y disponibles y de los mismos intereses públicos”. Cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial”, AL, núm. 5/1.995.

satisfechas por la norma, eran evidentes ya a finales de los años setenta tras las crisis del petróleo y su fuerte influjo en la dinámica económica y empresarial, porque esta insoslayable y fatal realidad había provocado un cambio en la perspectiva de observación de la realidad económica, haciendo ver que debía primarse la mejora del funcionamiento de la economía en detrimento de la defensa de la estabilidad en el empleo¹⁴⁶⁵.

Así, además de provocar un desequilibrio en la protección de los distintos intereses en juego, se dio lugar a un sin fin de dificultades y trabas para la adaptación de las empresas y de las condiciones contractuales a la realidad exigida por el mercado económico, que se hubiesen podido aminorar si se hubiese obviado este requisito para las decisiones empresariales menos graves, como son las modificaciones de condiciones de trabajo o la movilidad geográfica e, incluso, para las suspensiones contractuales, medidas todas en las que no se cuestiona la permanencia del vínculo contractual¹⁴⁶⁶.

No obstante, también es verdad que el creciente protagonismo de la autonomía colectiva, como alternativa a la exigencia de autorización administrativa, que sólo era necesaria cuando no se alcanzaba el acuerdo entre la empresa y los trabajadores, comenzó a relegar el excesivo intervencionismo administrativo a un papel instrumental garantizador de la defensa de los posibles intereses públicos afectados. Sin embargo, el tratamiento de la intervención de la autonomía colectiva no era uniforme, puesto que, para los supuestos de modificaciones sustanciales del artículo 41 LET, sólo en defecto de acuerdo se producía la intervención administrativa. En cambio, para los traslados regulados por el artículo 40 LET no estaba prevista, mientras que para los despidos colectivos era preceptiva la autorización administrativa¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁵ En este mismo sentido véase DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido por circunstancias objetivas y la nueva regulación del despido”, cit., pgs. 77 y 78.

¹⁴⁶⁶ Cfr. DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible*, cit., pg. 88.

¹⁴⁶⁷ Esta diferencia de trato parece responder, obviamente, a la diferente gravedad y repercusión de la medida empresarial. Véase, DE LA BORBOLLA, cit., pgs. 87 a 89, donde dice que “desde estos puntos de vista, la ordenación resultante del Estatuto de los Trabajadores no resultaba muy coherente, ni muy flexible, ni muy equilibrada. Podría ser más sistemática, más flexible y más equilibrada una ordenación en la que se regularan diferenciadamente, por un lado, los supuestos de incidencia “no extintiva” de las causas económicas y tecnológicas y, por otro, los supuestos extintivos; y en la que tuvieran regulación diferenciada, de una parte, aquellos supuestos, de una y otra índole, en los que resultaran afectados sólo uno o muy pocos trabajadores, y,

Ante este estado de cosas y ante la evidencia de que la globalización de los mercados estaba influenciando gravemente la competitividad de la economía del país debido a la rigidez del sistema, se hizo inevitable actuar para flexibilizarlo y proteger la viabilidad del sistema económico y empresarial, de modo que éste permitiese a las empresas adaptarse a las circunstancias sin excesivos problemas y sin tener que esperar a una situación que fuese prácticamente irreversible, porque la norma laboral no puede ni debe desconocer las necesidades organizativas de la empresa, por cuanto su desconocimiento supone poner en peligro la existencia misma de la empresa y, lógicamente, de sus puestos de trabajo¹⁴⁶⁸, sino que debe atenderlos. En esta lógica, la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1.994, de 19 de mayo, modificando diversos artículos del Estatuto de los Trabajadores, incidió muy especialmente en el juego de las causas justificativas tanto de las modificaciones sustanciales como de las extinciones o suspensiones contractuales.

2.1.3. Influencia de la Reforma Laboral de 1.994

Las novedades más importantes aportadas por la reforma laboral de 1.994 en esta materia consisten, en primer lugar, en la supresión de la anteriormente exigible autorización administrativa y la ampliación de las causas alegables, de modo que se hace común la causalidad de modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales. Ahora bien, aunque la nueva redacción del Estatuto continúa sin definir las causas, sí recoge un conjunto de criterios de aplicación que, correcta y adecuadamente interpretados, deben impedir el anquilosamiento y la rigidez práctica constatados en períodos anteriores. Así, con respecto a los artículos 40 y 41 “se entenderá que

de otra, aquellos supuestos en que las causas económicas o tecnológicas tuvieran incidencia sobre colectivos más amplios de trabajadores. Con ello seguramente se haría posible la consecución de un doble objetivo: la dotación de una mayor flexibilidad al sistema junto con una ponderación más equilibrada de los distintos intereses en presencia.” (pg. 89).

¹⁴⁶⁸ En este sentido, véase MONTROYA MELGAR, A.: “Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)”, en RMTAS, núm. 8, 1998, cit., pg. 56 y 57, aunque se refiere a “requerimientos económicos”, y precisa más al decir que “lo contrario –querer mantener incólume la protección social, incluso de espaldas a los problemas económicos de la empresa- pondría en peligro a la empresa... y, de modo inevitable, a las relaciones laborales que en ella se desenvuelven”.

concurrer las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”¹⁴⁶⁹.

Esta nueva redacción expresa la necesaria conexión entre las iniciativas empresariales y la diversa gravedad de las situaciones que atraviesa la empresa¹⁴⁷⁰, que pueden ser: “mejora de la situación de la empresa”, “situación coyuntural”, “situación económica negativa de la empresa” o necesidad de “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo”, bastante alejados algunos de la situación de *crisis* exigida antes de modo uniforme. A la vez, estas situaciones conforman los criterios de aplicabilidad o de apreciación de las causas que, sin ser propiamente las causas, son utilizados para admitir que, ante un supuesto de hecho concreto, la modificación de circunstancias económicas, tecnológicas, organizativas o productivas debe considerarse suficientemente relevante como para producir determinados efectos¹⁴⁷¹.

Así, sin tener que esperar a situaciones catastróficas o casi, la Ley 11/1.994 posibilita que la concurrencia de las causas, como justificadoras de diversas vicisitudes contractuales, pueda ser estimada siempre que sean susceptibles de producir un conjunto de consecuencias positivas para la posición y los intereses productivos de la empresa, como son la mejoría de su posición competitiva y de su respuesta a las

¹⁴⁶⁹ Por lo que se refiere a la suspensión de contrato del artículo 47, “la autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa”; en cuanto al despido del artículo 51, “se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

¹⁴⁷⁰ Siguiendo esta línea de pensamiento, y basándose en criterios literales, vid., RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA J.: *De la rigidez al equilibrio...*, op. cit., pgs. 144 y ss., sostiene la tesis de la conexión “gradual y graduada” de las distintas iniciativas a emprender por el empresario con la diversa gravedad de los momentos por los que puede atravesar la empresa, es decir, existiría una gradación en la utilización de las diferentes medidas a adoptar por el empresario basándose en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

¹⁴⁷¹ Véase, DE LA BORBOLLA, cit., pgs. 144 y 145.

exigencias de la demanda, la superación de situaciones coyunturales o garanticen la más adecuada organización de los recursos productivos o la viabilidad futura de la empresa.

Esta formulación propicia, en una primera lectura desde la lógica de la gestión empresarial, que lo que se entienda es que se podrán llevar a cabo modificaciones de condiciones sustanciales de trabajo, como parte de una estrategia de actuaciones razonablemente convenientes para la empresa, sin justificación causal alguna¹⁴⁷², porque de la lectura de la norma parece desprenderse que cualquier estrategia empresarial, mientras sea razonable y conveniente a la empresa, puede ser admitida como válida, máxime si tenemos en cuenta que, como una de las novedades de la esta regulación reformada de los artículos 40 y 41 LET, ha desaparecido la obligatoriedad de someterse, en defecto de acuerdo con los representantes, a la discrecionalidad de la Administración Laboral, que se demostró bastante renuente a conceder las preceptivas autorizaciones.

Ahora, en cambio, el empresario puede decidir por sí mismo la conveniencia o no de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo que, sin necesidad de autorización administrativa previa, pasan a ser automáticamente ejecutivas, sin perjuicio de la posible impugnación judicial de la medida y de la necesidad de acudir al preceptivo período de consultas con los representantes de los trabajadores en las modificaciones colectivas. Sin embargo, esta idea no se corresponde exactamente con la realidad, como se verá a lo largo de nuestra argumentación, aunque no nos parezca en absoluto descabellado que debió optarse decididamente por ella.

Ahora bien, a pesar de la identidad causal de las medidas reorganizativas adoptables por la empresa, la opción se debe llevar a cabo en relación directa con la gravedad de la causa alegada y, dado que las causas son las mismas para cualquiera de las decisiones posibles, ante situaciones de mayor gravedad podrán adoptarse por el empresario bien las medidas menos graves, modificaciones sustanciales, bien las de mayor entidad como el despido¹⁴⁷³.

¹⁴⁷² Acerca de esta idea puede verse GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Razones económicas, técnicas, organizativas ...”, cit., pg. 74.

¹⁴⁷³ Véase RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (En torno al artículo 41)”, cit., pg. 880, donde señala muy acertadamente que “hay obvias razones, prácticas y de economía jurídica, para sugerir que habría sido preferible integrar los procedimientos modificatorios en

Esta gradación en la selección de la medida reorganizativa más apropiada debe venir condicionada, tanto por el principio de conservación del contrato, como por el principio de estabilidad en el empleo, cuya observancia nos explica que las mismas causas que permitirían extinguir el contrato en casos graves, nos permitan, en casos menos graves, satisfacer las necesidades organizativas con una modificación contractual como medida suficiente para llevar a cabo las adaptaciones necesarias.

Por eso, debe hacerse uso antes de la movilidad interna, de menor gravedad para el trabajador, que de la externa, por cuanto en la primera únicamente se flexibilizan y modifican las condiciones contractuales y la relación laboral se mantiene, mientras que en la segunda, desaparece el contrato. En este sentido, siempre serán preferibles las medidas de flexibilidad interna a las externas, que podemos considerar como la *última ratio* a la que acudir en caso de necesidades reorganizativas de la empresa, especialmente el despido colectivo¹⁴⁷⁴. Así, en este juego los artículos 51 y 52 LET aparecen claramente

un contexto económico común –la reorganización laboral de las empresas por razones económicas-, lo que habría permitido dar una mayor cohesión a la regulación jurídica, articular un uso escalonado de las medidas a adoptar y disponer de unas figuras jurídicas comunes para afrontar las situaciones extintivas y los supuestos de resarcimiento de daños. Así, se habría evitado la actual desconexión entre supuestos normativos que responden a una etiología común y los instrumentos jurídicos que el ET ha previsto par su regulación”.

¹⁴⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 105. Igualmente, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, en AA.VV, *La Reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1.994, pg. 403, piensa que el ejercicio de los poderes empresariales está sometido a un principio de jerarquía en el sentido de que el despido colectivo es la *última ratio*; GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pgs. 51, 52 y 87. Según RODRIGUEZ PIÑERO, J.: “Lo individual y lo colectivo...”, op. cit., pgs. 5-6: “ Las reformas de 1994, al permitir un ámbito más extenso de movilidad funcional y geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo, también han introducido medidas alternativas al despido, que tratan de enmarcar a éste en la batería de decisiones que puede adoptar el empresario ante ese tipo de causas, de modo que el mayor margen de decisión empresarial en la administración del contrato puede operar como mecanismo para asegurar la continuidad del contrato, aunque modificado”. En la doctrina italiana, p.e. SCOGNAMIGLIO, R.: “La politica sindacale tra mobilità e controllo”, en AAVV, *Crisi e riforma dell'impresa*, De Donato, Bari, 1977, pg. 298, habla del mismo como “última arma de salvación”.

Entre la jurisprudencia pueden verse, p.e., la STS de 17 de mayo de 2.005, Ar 9696, cuando dice que “la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»)). En igual sentido la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, señala que “el rigor exigido en los casos de extinción contractual por causas económicas, organizativas, productivas o técnicas, no se requiere en los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo basada en aquellas causas”; también la STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2.007, AS 891,

como subsidiarios de los artículos 40 y 41¹⁴⁷⁵, constituyéndose en el criterio clave para la adopción de unas medidas mas o menos drásticas la adecuada fundamentación de razonabilidad que debe probar la relación causa-efecto de la propuesta empresarial¹⁴⁷⁶.

2.2. LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN COMO RAZONES LEGITIMANTES DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES

2.2.1 El elemento teleológico como criterio aplicativo

Como se ha señalado, las causas que justifican y conceptualizan a efectos jurídicos las modificaciones sustanciales en nuestro ordenamiento son: económicas, técnicas, organizativas y de producción, habiéndose añadido la primera, la económica, por la Ley 11/1994 de Reforma del mercado de trabajo, en lo que es una novedad aparente por cuanto implícitamente se entendía incluida en las causas productivas¹⁴⁷⁷, y por esta vía siempre

señalando claramente que se debe dar “siempre preferencia para lograr este objetivo a otras medidas alternativas, configurándose tal autorización como de máximos e instando a la empresa a conseguir sus fines por otras vías, por lo que se condiciona la amortización total de 215 puestos de trabajo a la imposibilidad de lograr los objetivos por otros medios”. En parecido sentido se pronuncian las SSTSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2.002, AS 1267, y de 14 de enero de 2.003, AS 447, y del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 2.007/1187, entre otras; igualmente, aunque anterior, se puede citar la SJS núm. 20, Madrid, 10 enero 1996, donde se hace una defensa del despido colectivo como *última ratio*: “Una interpretación sistemática y razonable de los arts. 40, 41, 51 y 52.c ET, impone una vertebración jerárquica entre tales artículos, de modo, que sólo cabe acudir a los dos últimos cuando no sea posible el uso de las técnicas de los arts. 40 y 41 ET”.

¹⁴⁷⁵ La propia Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 señala que la modificación de la prestación laboral “puede ser en muchos casos un mecanismo preventivo frente al riesgo de la pérdida de empleo”. Igualmente, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo”, cit., pg. 17, considera que la norma del artículo 41 LET “está provisto con el valor de regulación común y subsidiaria respecto de otros mecanismos jurídicos para la adaptación de las condiciones laborales”.

¹⁴⁷⁶ NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo”, AL, núm. 43/1.996, pg. 829.

¹⁴⁷⁷ Cfr., en este sentido, p.e., RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, op. cit., pg. 247; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pgs. 465-466; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 368; CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 57 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pg. 76 y ss.. En cambio, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit. pg. 119, entiende que la inclusión de la causa económica no debe verse “como irrelevante pues amplía sustancialmente el abanico

había podido justificar modificaciones sustanciales¹⁴⁷⁸, si bien es claro que esta inclusión expresa toma su razón de ser y cobra coherencia en vistas al objetivo flexibilizador del mercado de trabajo que inspiró la reforma laboral de 1.994, por lo que sólo en cierta manera vino a romper la tradición¹⁴⁷⁹ al igualar la causalidad de toda medida reorganizativa, de modo que ahora es común a modificaciones, suspensiones y extinciones de contrato la posibilidad de fundarse en una causa económica, técnica, organizativa o de producción, entendida del mismo modo¹⁴⁸⁰. Por eso, la verdadera novedad consiste en la introducción de los nuevos criterios aplicativos flexibilizadores.

Como se ha puesto de relieve, el común denominador del factor causal es la modificación o alteración sobrevenida de circunstancias que determina ciertas necesidades objetivas de la organización productiva¹⁴⁸¹, válido igualmente para las modificaciones sustanciales de

de circunstancias que permiten la introducción de causas justificativas”, puesto que “se realza la primacía de los condicionantes económicos de la empresa frente a la defensa de las condiciones laborales disfrutadas hasta el presente”; en similar sentido, GONZÁLEZ VELAZCO, J.: "Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la reforma procesal (I)", AL, núm. 33, 1995, pg. 561. LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación sustancial...*, cit., pg 103 y ss. se mostraba contrario a que la causa económica por sí sola pudiese justificar las modificaciones sustanciales.

¹⁴⁷⁸ Por ejemplo, la STS (CA) 1 febrero 1994, Ar. 896, señala como ejemplo de causas técnicas, organizativas y productivas, entre otras, “disminuir el número de paradas y puestas en marcha, con el ahorro consiguiente”.

¹⁴⁷⁹ El Estatuto de 1.980 mantenía la diversidad causal, exigiendo para la movilidad geográfica y modificaciones sustanciales (arts. 40 y 41) la concurrencia de “razones técnicas, organizativas y productivas”, mientras que para las suspensiones y extinciones contractuales (arts. 45.1.j), 47.1, 49.9 y 51) se exigían las “causas tecnológicas y económicas” y de “causas económicas o motivos tecnológicos”.

¹⁴⁸⁰ En PÉREZDE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R.: “Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”, en *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (Rafael Martínez Emperador, dir.), CGPJ, Madrid, 1.996, pg. 84: “La definición jurisprudencial de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas de los arts. 40, 41 y 51 ET viene, en efecto, siendo la misma.

¹⁴⁸¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido Colectivo en el Derecho Español*, cit, pg. 89. En esta línea, véase STSJ de Madrid de 13 de mayo de 1.998, AS 1718: “Catorce años después, es obvio que las circunstancias han cambiado, por lo que la empresa ha de adaptarse a los nuevos hechos (...) no puede la empresa unilateralmente suprimir o dejar ineficaces pactos colectivos, salvo en supuestos de alteración sustancial de la base del negocio. (...) la cláusula “*rebus sic stantibus*”, admitida como principio general del derecho, exige que en un contrato de tracto sucesivo se acomoden las condiciones y cláusulas reguladoras de tal situación, de manera que no se genere una ruptura del equilibrio de los elementos tenidos en cuenta en su día para acordar determinadas condiciones o beneficios”.

En similar sentido, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (En torno al art. 41)”, cit., pg. 872, señala que “cabe pensar más adecuadamente que el instituto modificadorio del artículo 41 es el trasunto en el ordenamiento laboral de la mencionada cláusula (*rebus sic stantibus*),

condiciones de trabajo, la suspensión del contrato de trabajo o las extinciones contractuales, en cuanto que son coincidentes, como ha sido puesto de relieve por la doctrina, ya que comparten la identidad de las causas, así como la lógica y la técnica de la flexibilidad¹⁴⁸², comunes a modificaciones, suspensiones y extinciones, con una diversidad en las finalidades perseguidas por cada una de estas instituciones y el servicio prestado a la organización y gestión empresarial, puesto que en los dos primeros casos, modificaciones sustanciales y movilidad geográfica se pretende mejorar¹⁴⁸³ la situación de la empresa, entendida esta mejoría en un sentido amplio, puesto que incluye desde las medidas encaminadas a evitar una *crisis* hasta la mejora de resultados, que pueden ser buenos e incluso muy buenos¹⁴⁸⁴, mientras que en el caso de los despidos lo que se pretende es justificar la extinción de los contratos.

Es decir que, aunque exista identidad causal, puesto que todas estas argumentaciones y justificaciones causales contribuyen a una mejor “gestión empresarial ante los cambios económicos o técnicos”¹⁴⁸⁵, no existe identidad en el resultado buscado, aunque nada impide que se presenten juntas, formando parte de un conjunto de medidas que buscan solucionar los problemas empresariales¹⁴⁸⁶.

moderándose la exigencia de la prueba de alteración radical de las circunstancias por la justificación causal prevista para la actualización del procedimiento modificadorio por decisión unilateral del empresario.

¹⁴⁸² Véase sobre esta cuestión, por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit., pg. 101 y ss.

¹⁴⁸³ No debe olvidarse que, literalmente, mejorar la empresa es pasarla a una situación mejor, pues para la Real Academia de la Lengua mejorar es “ponerse en lugar o grado ventajoso respecto al que antes se tenía”.

¹⁴⁸⁴ En este sentido pueden citarse, entre otras muchas, la STS de 17 de mayo de 2.005, Ar 9696, cuando dice que “no es la “crisis” empresarial sino la “mejora” de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas”. Igualmente la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, o la de Cataluña de 16 de marzo de 1.999, AS 386.

¹⁴⁸⁵ ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, pg. 24.

¹⁴⁸⁶ En este sentido, la STSJ de Madrid de 9 de junio de 1.999, AS 2189, se refiere a las modificaciones sustanciales como la última medida de un conjunto que se aplica a la totalidad del entramado de la empresa. Igualmente la STS de 17 de mayo de 2.005, Ar 9696, seguida, entre otras, por la STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.007, AS 1187, señala que “la razón sustantiva de un tratamiento legal

Por eso, este elemento finalista, contemplado desde el ámbito de las modificaciones sustanciales, nos explica por qué el legislador no las ha reducido a cumplir, únicamente, una labor superadora de situaciones empresariales difíciles, sino que las ha extendido a todas aquellas situaciones, en que la adopción de una medida de este tipo, permita mejorar su posición competitiva en el mercado por relación exclusivamente a sí misma¹⁴⁸⁷, sin necesidad de que la empresa se encuentre en una situación de crisis irreversible, que si no se exige ahora para la aplicación del artículo 51 LET mucho menos es aplicable para el juego del 41 LET¹⁴⁸⁸. Por eso se ha podido decir que ha cambiado la perspectiva desde la que se contempla la situación de la empresa, sustituyéndose la visión “patológica” de la misma por una lectura “fisiológica”¹⁴⁸⁹ enteramente acorde con la lógica de la flexibilidad. Este planteamiento es el que configura ahora estas medidas como ordinarias¹⁴⁹⁰,

diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional”.

¹⁴⁸⁷ Véanse, por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit. pg. 120; CAMPS RUIZ, L.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit. pg. 57; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, cit., pg. 400 y ss; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., ROQUETA BUJ, F.: “Las llamadas causas económicas, organizativas, técnicas y productivas”, cit., pg. 81 y ss.

¹⁴⁸⁸ Sobre esta cuestión ya indicó MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales...*, op. cit. pg. 110, que “el concepto de “excesiva onerosidad” sobrevenida en las prestaciones del empresario se queda corto -en estos casos- para apreciar el trasfondo de las “exigencias” o “necesidades” de la organización productiva”. Igualmente, RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “Lo individual y lo colectivo...”, op. cit., pg. 4, señala que “las causas objetivas se alejan de la idea de imposibilidad o de la fuerza mayor impropia, y no cabe sostener ya que las necesidades de la empresa equivalgan a un proceso de crisis irreversible”.

¹⁴⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto ...”, cit., pg. 120. Entre la jurisprudencia, p.e., la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2.000, JUR 2.001/34314, señala que “el carácter fisiológico de la modificación sustancial es, por tanto, indiscutible y debe impregnar el control judicial sobre la exigencia de las causas justificadoras de la modificación”. Igualmente la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2.001, AS 4635, afirma que “el carácter fisiológico de la modificación sustancial es, por tanto, indiscutible y debe impregnar el control judicial sobre la exigencia de las causas justificadoras de la modificación”.

¹⁴⁹⁰ Sin embargo, la jurisprudencia continuamente se refiere a que estas medidas constituyen un “poder excepcional” usando una terminología heredada del pasado y que contrasta con su razonamiento, puesto

perfectamente adoptables y alejadas de la antigua etiqueta de medidas únicamente válidas y permitidas en casos extraordinarios de crisis de extrema gravedad¹⁴⁹¹, en cuanto encaminadas razonablemente al logro del fin legalmente prefijado: la mejoría de la situación de la empresa, lo que no se ve disminuido por el requisito de la concurrencia de unas determinadas causas para su materialización.

Y si esto es así para los despidos colectivos, con mayor motivo para la modificación de condiciones de trabajo de los artículos 40 y 41 LET, puesto que las situaciones que contemplan son vicisitudes normales en el desenvolvimiento empresarial, que no necesitan para su adopción la existencia de crisis seria o patología alguna. Lo importante es que la modificación contribuya a la mejoría de la empresa o de sus perspectivas de futuro¹⁴⁹², no

que, a continuación, dice que es “únicamente ejercitable cuando su adopción pueda contribuir, real y efectivamente, a mejorar la competitividad de la empresa” (Cfr. p.e. STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 1.999, AS 386, aunque es un lugar común en la argumentación de las sentencias de dicho tribunal). En cualquier caso, no parece casar bien la excepcionalidad con que sea válido su ejercicio si contribuye a la mejoría de la empresa, incluso si la empresa no se encuentra ante peligro alguno, de modo que parece que este carácter excepcional responde más bien a un recurso semántico y su aplicación es más ordinaria que excepcional. Idéntico razonamiento hace la STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 1.996, AS 3911, para después admitir como fundamentación causal que “la empresa ha logrado acreditar la necesidad de incrementar la producción para cubrir un paralelo crecimiento de la demanda externa (...) la razonabilidad de la medida parece acreditada”, sin alegarse siquiera formalmente causa alguna. Igualmente la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, se refiere a “poder excepcional, únicamente es ejercitable cuando esa adopción pueda contribuir efectivamente a mejorar la competitividad de la empresa”, al igual que la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2.000, AS 2.001/884.

¹⁴⁹¹ En esta línea de pensamiento, CRUZ VILLALÓN, J.: "Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales", en AA.VV *Los despidos por causas económicas y empresariales*, (CRUZ VILLALÓN, J. Coord), Tecnos, Madrid, 1.996, pg. 25, advierte que la causa suficiente no viene constituida por la que hace imprescindible la medida, sino la que la hace razonable o coherente con el fin propuesto.

¹⁴⁹² VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en AA.VV, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T.II, Edersa, Madrid, 1.994, pg. 19, pone de relieve cómo parece que el legislador quiere introducir en estos supuestos de hecho “no sólo hechos “negativos”, por decirlo de algún modo, que afecten a la empresa de un modo inmediato, sino también acontecimientos “positivos”, esto es, decisiones empresariales sobre cambios en la empresa, organizativos, técnicos o productivos fundamentalmente, que no se basen en acontecimientos obstativos o de “excesiva onerosidad”, debidos, en suma, a malos “resultados” empresariales; decisiones que sirvan para “aumentar la competitividad de la empresa”, facilitar su puesta al día, su renovación, y -quizá sobre todo- facilitar su capacidad de adaptación y la reducción del coste del factor trabajo (que es, dígame lo que se diga, el fundamental motivo de la Reforma entera)”. En esta línea, MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit. pg. 726: afirman que “puede tratarse de medidas positivas de mejora de la empresa y su rentabilidad, no sólo de medidas de respuesta a una situación de crisis”.

que la empresa se encuentre en un momento crítico o que su situación sea positiva¹⁴⁹³. Por eso, se puede afirmar que todas las finalidades perseguibles a través de las medidas amparadas por las causas reorganizativas, incluida la económica, una vez que no se exige la situación de crisis, constituyen una actividad ordinaria de carácter claramente preventivo, que se basa en los análisis y previsiones empresariales que reiterativamente aconsejan la adopción de medidas reorganizativas del factor trabajo en la empresa, entre otras, para mantener así los niveles de competitividad exigidos para su permanencia en el mercado.

Esta perspectiva nos emplaza de lleno en el terreno de la conveniencia de la empresa como motivo justificante o desencadenante de las modificaciones sustanciales, a pesar de alguna doctrina que afirma que las modificaciones sustanciales no deben responder, por definición basada en la propia dicción del artículo 41 LET, a la mera conveniencia de la empresa¹⁴⁹⁴.

Frente a esta idea parece bastante más lógico admitir claramente que la mayoría de las propuestas modificativas responden, en exclusiva, a la mera conveniencia de la empresa¹⁴⁹⁵. Esta afirmación se puede mantener con la única apoyatura del artículo 41.1, *in fine*¹⁴⁹⁶, cuando permite que se adopten medidas que contribuyan a “mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos”¹⁴⁹⁷, porque a una empresa, a una organización, no se le puede obligar a mejorar ni en situaciones de crisis y mucho menos si su posición productiva y competitiva es decorosa o, incluso, muy

¹⁴⁹³ En este mismo sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., ROQUETA BUJ, F.: “Las llamadas causas económicas...”, cit., pg.95.

¹⁴⁹⁴ Véase, p.e., ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 28.

¹⁴⁹⁵ En esta lógica, MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, cit., pg. 80, dirá que “además de por el anterior elemento causal –la conveniencia de la empresa- los actos o medidas modificativos regulados en los artículos 40 y 41 ET se caracterizan por la referencia a las “condiciones de trabajo”.

¹⁴⁹⁶ Esta misma idea se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1.994.

¹⁴⁹⁷ La STSJ de Galicia de 26 de marzo de 1.996, AS 604, expone que “el legislador ha articulado esta facultad [de llevar a cabo modificaciones sustanciales] –que se define por criterios de rentabilidad empresarial- como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una optimización de sus recursos productivos”; igualmente, la STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 1.996, AS .

buena, pero si decide reorganizarse lo hace, evidentemente, porque conviene a sus intereses.

En verdad, en circunstancias adversas, la propia lógica de la supervivencia de los organismos, y la empresa lo es, impone la lucha por mejorar sus condiciones frente al mercado y la competencia y como una de sus estrategias de superación es la reorganización de sus recursos humanos, ya sea por la vía de las extinciones, las suspensiones o las modificaciones contractuales, lo justificará aduciendo la existencia de disfunciones organizativas, en sentido amplio, que se han materializado en las diferentes causas aducibles admitidas por la norma. Ahora bien, si las circunstancias en que se desenvuelve esa organización empresarial no son adversas, sino todo lo contrario, la exclusión de la conveniencia implicaría el rechazo de cualquier tipo de modificación sustancial, lo que no sucede, puesto que se admite sin problema alguno tanto por la doctrina¹⁴⁹⁸ como por la jurisprudencia¹⁴⁹⁹ que reiteradamente admite las modificaciones sustanciales sin que la empresa se encuentre en situación crítica, siendo suficiente que le permita una mejor adecuación a los criterios de concurrencia al mercado¹⁵⁰⁰. ¿Qué sucede

¹⁴⁹⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit., pg...., rechazan su aplicación a los supuestos de los despidos colectivos pero no a supuestos menos graves como las modificaciones sustanciales cuando mantienen que “la comprensión de la “mera conveniencia” como excluyente de la funcionalidad del elemento causal en el nuevo marco legal pasa por su asimilación a situaciones en las que la necesidad económica o reorganizativa sea de escasa relevancia o entidad”. En similar sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Razones económicas...”, cit., pg. 79.

¹⁴⁹⁹ De “estrategias de mera conveniencia” habla la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2.001, AS 4635.

¹⁵⁰⁰ La STS de 17 de mayo de 2.005, Ar 9696, señala que “La interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la “crisis” empresarial sino la “mejora” de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas”. Igualmente la STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2.007, AS 3483, dice que “se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, o la STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2.006, AS 2984. A su vez la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2.000, JUR 2.001/34314, dice que “dichas estrategias son el ámbito propio de las modificaciones sustanciales contempladas en el art.41.1 ETT, en el que se atiende a criterios de competitividad y rentabilidad empresariales, tal como viene a confirmar la lectura de la propia Exposición de Motivos de la L 11/1994”. Por esto la posibilidad de imponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “no se limita a las empresas en crisis y puede ser adoptada aunque la marcha de la empresa puede ser positiva o no exista peligro sobre su viabilidad”.

entonces? Sólo lo que ocurre en otras ocasiones, que no se usan correctamente los conceptos o que la norma no se atreve a expresar abiertamente lo que sí se ha expresado en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1.994.

2.2.2. Análisis taxonómico causal

En cualquier caso, se hace necesaria una aproximación al entendimiento material o sustantivo, inexistente desde el punto de vista jurídico-positivo, del ámbito específico de cada causa¹⁵⁰¹, siquiera sea a efectos taxonómicos, para delimitar lo más claramente posible el significado de cada uno de estos cuatro conceptos legales, tarea que no es fácil a causa de su “gran dosis de abstracción y generalidad”¹⁵⁰², puesto que la norma no ofrece definición alguna que los delimite. Esta aparente inseguridad no tiene porque implicar necesariamente connotaciones negativas¹⁵⁰³ frente a las modificaciones contractuales, máxime si lo vemos desde la perspectiva de búsqueda de la flexibilidad laboral, confesada como motivación para la reforma de este grupo normativo¹⁵⁰⁴, o desde la necesidad de impulsar mecanismos de flexibilidad negocial para la predeterminación concertada de la concurrencia causal e incluso desde la perspectiva del principio de conservación del contrato, que se supone es también el interés del trabajador, puesto que, precisamente, la operatividad de la modificación lo que hace es salvaguardar la supervivencia del nexo contractual.

"El legislador ha articulado esta facultad -que se define por criterios de rentabilidad empresarial - como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una optimización de sus recursos productivos, para dar respuesta a las exigencias necesarias para mantener o aumentar los niveles de competitividad”.

¹⁵⁰¹ Véase sobre esta cuestión, por todos, MONEREO-FERNÁNDEZ-AVILÉS: *El despido colectivo...*, cit., pgs. 90 y ss. y la bibliografía que cita.

¹⁵⁰² Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia, de 15 marzo 1995, AL, t. 1995- III, ref. 1828.

¹⁵⁰³ Igualmente, para MARTÍN EZ EMPERADOR, es positiva esta inconcreción legal de los cuatro conceptos, entendiendo que su exacta y concreta delimitación conllevaría un indeseable elemento de rigidez. Cfr.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en AA VV, *Puntos críticos de la reforma laboral* (R. MARTÍN EZ EMPERADOR, dir.), Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996, pg. 122.

¹⁵⁰⁴ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley 11/1.994, cit.

En cambio, lo que sí hace la Ley 11/1.994 es aportar unos criterios que nos permitan deducir cuando concurren dichas causas, si bien, al no estar conceptualadas claramente las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales, es claro que seguimos estando en presencia de conceptos jurídicos indeterminados, aunque ahora dispongamos de una referencia legal y de unos criterios identificadores que nos permiten, sino conceptualarlas indubitadamente, sí verlas de un modo menos difuso y más encuadrado en su contexto al acompañarse de las pautas para su apreciación¹⁵⁰⁵ y, sobre todo, porque las causas no se regulan en abstracto sino en relación con la consecución de determinados fines, con el cumplimiento de determinadas funciones o con la protección de determinados intereses¹⁵⁰⁶.

No obstante esta menor oscuridad legal, la dificultad conceptual que deriva del hecho de regular unos principios de orden organizativo con repercusiones en lo económico, que se refieren al uso alternativo y óptimo de los recursos disponibles, pero sin asumir plenamente la lógica económica¹⁵⁰⁷ y la carencia de una auténtica definición de las causas dificulta una rigurosa distinción técnico-jurídica entre las mismas, toda vez que lo técnico, lo organizativo, lo productivo y lo económico están recíprocamente interrelacionadas, hasta el punto de que se puede decir que normalmente las causas “se presentan estructuralmente imbricadas”¹⁵⁰⁸, puesto que usualmente no son de un sólo tipo, sino que se suelen presentar unas acompañadas de otras: una deficiente organización de los recursos en la empresa, la falta de innovación y renovación tecnológica o la pérdida de mercados y una situación económica negativa o manifiestamente mejorable suelen ir de la mano.

¹⁵⁰⁵ Véase, en esta lógica, p.e., la STSJ de Castilla y León de 25 de mayo de 2.006, AS 2261, cuando dice que “para paliar la inseguridad que genera la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, aunque no define cada una de dichas causas, apunta los criterios determinantes para considerar concurrentes las mismas”; igualmente las SSTSJ de La Rioja de 15 de octubre de 1.996, AS, 3674, y de 14 de diciembre de 1.999, AS 4783.

¹⁵⁰⁶ Véase DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez...*, cit., pg. 146.

¹⁵⁰⁷ Esta falta de asunción completa de la lógica económica es la responsable de que a los pronunciamientos y filosofías de las “exposiciones de motivos” pueda seguirles, como sucedió con la formulación original del Estatuto de 1.980, una aplicabilidad que niegue o atenúe esas declaraciones de principios. Verdad es que hay que tener siempre presentes los intereses de los trabajadores y de la misma sociedad para conjugarlos con los de la empresa. Cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, cit., pg. 74.

¹⁵⁰⁸ Véase MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit., pgs. 95 y 96.

En primer lugar, las causas económicas son aquellas relacionadas con “acaecimientos en virtud de los cuales ocurra o fundadamente se prevea la ocurrencia de producción con pérdidas sostenidas, faltando los recursos, o siendo inútil la inversión de los que se obtuvieran, para la prosecución de la actividad productiva”¹⁵⁰⁹. Estas causas tienen una incidencia desfavorable en el seno de la empresa, ya que van a provocar el desequilibrio de su balance, entendiendo ese desequilibrio como coyuntura que supera la circunstancialidad de una mera dificultad transitoria hasta el punto de poner en peligro la subsistencia y el mantenimiento del empleo en la organización productiva¹⁵¹⁰. Aluden “a una situación de crisis o dificultad de tipo económico que puede derivar a su vez de diversos factores: pérdidas reiteradas, dificultades de venta o facturación, dificultad o imposibilidad de aprovisionamiento de materia prima, problemas de financiación o tesorería, disminución de pedidos o restricción de la demanda, anulación o pérdida de encargos y contratos con empresas clientes, etc.”¹⁵¹¹. En resumen, son aquellas que, “atendiendo a los ingresos y gastos de una empresa, producen, de forma no circunstancial, el desequilibrio de su balance”¹⁵¹². Ahora bien, esta es la forma tradicional de entender las causas económicas, ciertamente cercana a la situación de crisis grave, sin embargo, en el contexto actual hay que entender no sólo la situación de pérdidas, sino también cualquier desequilibrio que se refleje en la cuenta de resultados, como una notoria disminución del beneficio empresarial, fuerte reducción de las ventas o aún en situación de beneficios si el pasivo es superior al activo de la empresa¹⁵¹³ e incluso una situación en que los resultados económicos sean positivos, pero puedan ser mejorados, como viene admitiendo reiterada jurisprudencia¹⁵¹⁴.

¹⁵⁰⁹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pg. 389.

¹⁵¹⁰ MARTÍN EZ EMPERADOR, R.: “Despido colectivo...”, op. cit., pg. 3.

¹⁵¹¹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pg. 726.

¹⁵¹² MARTÍN EZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 475.

¹⁵¹³ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: “El nuevo artículo 52.c) del estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 1.996, pg. 2.

¹⁵¹⁴ Por ejemplo puede señalarse la STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 2.007/1187, cuando dice que “en el caso de las causas económicas, la justificación de la medida no se vincula a la superación de situaciones económicas negativas de la empresa, de ahí que no sea necesario que la empresa tenga pérdidas, por lo que puede acordarse aunque el balance económico sea positivo o no exista

En resumen, en cualquier caso se debe admitir como causa económica justificativa de la modificación cualquier “situación económica mejorable”¹⁵¹⁵ o que afecte o pueda afectar a los resultados de explotación¹⁵¹⁶.

En segundo lugar están las causas técnicas, que se refieren a la adopción de medidas tendentes a la racionalización de la organización productiva a través de la incorporación de los necesarios avances tecnológicos, para así mejorar la competitividad de la empresa en el mercado, por lo que se vinculan a los medios o instrumentos técnicos de producción disponibles en la empresa para su quehacer productivo¹⁵¹⁷. En consecuencia, tienden a maximizar la eficiencia productiva de la misma, identificándose con la introducción en la empresa de maquinaria tecnológicamente avanzada, y definen la nueva cualidad de la prestación de trabajo¹⁵¹⁸. Estas novedades, ya sea en materia de mecanización, automatización, informatización, etc., son las que será necesario incorporar a la actividad productiva para evitar su obsolescencia. Es decir, que son todas aquellas que “afectan a los instrumentos de producción” y, lógicamente, a “la función de producción desde la perspectiva del nivel tecnológico existente en cada momento”¹⁵¹⁹. El progreso tecnológico se vincula claramente con estas causas, puesto que las necesidades de movilidad y ajuste

peligro alguno sobre su futura viabilidad”; igualmente SSTs de 17 de mayo 2.005, Ar 9696, y de 14 de junio de 1.996, Ar 5162. Entre las SSTSJ véase, p.e., la de Galicia de 26 de marzo de 1.996, AS 604, y Cataluña de 23 de enero de 1.998, AS 164, de 4 de marzo de 1.998, AS 1828, y de 24 de noviembre de 1.998, AS 4229.

¹⁵¹⁵ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en *Puntos críticos de la reforma laboral* (dir. MARTÍN EZ EMPERADOR, R.), Madrid, 1.996, pg. 55 y ss; GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, cit., pg. 50 y ss. y 11 y ss.; CORTE HEREDERO, N.: *Movilidad geográfica de los trabajadores*, cit., pg. 112 y ss.; MONTOYA MELGAR.A.: “Contrato de trabajo y economía ...”, cit., pg. 61 y 62.

¹⁵¹⁶ STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 2.007/1187, siguiendo la doctrina de la STS de 14 de junio de 1.996, Ar 5162.

¹⁵¹⁷ Igualmente la ya citada STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 2.007/1187.

¹⁵¹⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, AL, t. II, 1.995, pg. 377.

¹⁵¹⁹ Véase DESDENTADO BONETE, A.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control”, DESDENTADO BONETE, R.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control”, en AA.VV. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (Eds.), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1.995, pg. 261.

de personal se generan ante la implantación o renovación de los bienes de equipo de la empresa¹⁵²⁰, sin que implique necesariamente innovaciones tecnológicas, aunque es evidente que la introducción en los sistemas productivos de la informatización, de la microelectrónica y de la robótica han impuesto profundas transformaciones organizativas y estratégicas¹⁵²¹ que han afectado ampliamente a los trabajadores al producir una alteración y reasignación de la importancia del factor trabajo en relación con los demás factores de producción.

El tercer tipo de causas, las organizativas, deben ponerse en conexión con la gestión más eficaz en la utilización de los recursos humanos y su proyección se realiza específicamente en la organización del trabajo, o como ha señalado la jurisprudencia afecta a los “sistemas y métodos de trabajo del personal”¹⁵²². Aunque esta es la visión más común de la causa organizativa, existe otra perspectiva, más amplia, que la relaciona con “la adecuación de la estructura y recursos humanos y materiales de las empresas a sus líneas de producción”¹⁵²³. Desde esta perspectiva cobra pleno sentido nuestra afirmación de que, en realidad, lo organizativo engloba lo económico, lo productivo y lo tecnológico¹⁵²⁴. En consecuencia, mantienen una estrecha relación con el organigrama funcional de la empresa o con los tiempos de trabajo, obedeciendo a una racionalización de los recursos humanos

¹⁵²⁰ En esta línea, GOERLICH PESET, J.M.: “Los despidos colectivos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, t.II, Edersa, Madrid, 1.994, pg. 99.

¹⁵²¹ De transformaciones en la “cultura empresarial” habla SANSONE, M.: *Il sistema de relazioni industriali tra partecipazione e controllo*, Giuffrè, Milano, 1988, pg. 68. Véase, FREEMAN, C., SOETE, L.: *Cambio tecnológico y empleo*, Fundación Universidad-Empresa, 1986; igualmente, RIFKIN, J.: *El fin del trabajo*, Paidós, Barcelona, 1996.

¹⁵²² STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 2.007/1187, siguiendo la doctrina de la STS de 14 de junio de 1.996, Ar 5162.

¹⁵²³ MARTÍN EZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 475.

¹⁵²⁴ En este mismo sentido, véase DESDENTADO BONETE, R.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control”, en AA.VV. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (Eds.), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1.995, pg. 261, donde señala que las causas organizativas se refieren a la “combinación de los factores productivos en general”, además de referirse también “a la gestión y empleo de la propia fuerza de trabajo o la combinación de los factores productivos en general”. Igualmente, la STSJ Madrid de 16 septiembre 1997, AS 3242, define los motivos organizativos como “aquellas situaciones en las que la empresa tiene que adaptar su propia estructura así como los medios personales a su producción y mercado”.

en la empresa. La introducción de innovadores métodos de trabajo, agrupación de instalaciones o del personal para conseguir una mayor productividad, utilización intensiva de las instalaciones mediante el establecimiento de un régimen de trabajo a turnos, reconversión de empleados a trabajadores directos, cambios de puestos de trabajo por saturación de jornada son situaciones englobables usualmente en este tipo causal¹⁵²⁵; por consiguiente, son situaciones que se solventan en la mayoría de las situaciones acudiendo a la movilidad funcional y a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, además de acudir, cuando proceda, a las extinciones contractuales.

Igualmente, se podrán integrar en esta causa las “opciones descentralizadoras de la organización productiva, como la gestación de grupos de empresas, recurso a la subcontratación¹⁵²⁶, externalización de actividades, etc., que justificadamente requieran del acompañamiento de medidas de ajuste de plantilla”¹⁵²⁷. Es evidente la importancia creciente de esta causa hasta el punto de que, en nuestra opinión, sería la causa en la que se subsumen todas las demás, como se muestra cada vez más en las sociedades industriales avanzadas con una estructura económica y del empleo muy terciarizada en las que la clave de la eficiencia empresarial reside por igual en los factores tecnológico y organizativo¹⁵²⁸, eso sí, una vez que la decisión organizativa se ha decantado por la modernización tecnológica del sistema productivo, con lo que primaría la decisión organizativa previa¹⁵²⁹.

¹⁵²⁵ Vid. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pgs. 174 y 175.

¹⁵²⁶ Sobre este tema, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem, Madrid, 1.994, pg. 19 y ss. y 71 y ss.

¹⁵²⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit., pg. 92, donde manifiestan que en estas situaciones hay que tener en cuenta la normativa referente a la sucesión de empresas puesto que en algunos supuestos “será de aplicación el régimen del artículo 44 LET y la normativa sectorial aplicable”, toda vez que si existe una verdadera transmisión de empresas la continuidad de los contratos está garantizada normativamente, luego sólo procederán las medidas de flexibilidad interna.

¹⁵²⁸ La STJS de Pamplona, Navarra núm. 2, de 14 de septiembre de 1.999, AS 3656, p.e., acepta la modificación de jornada que plantea la empresa “obligada por razones técnicas y organizativas recomendadas por una consultora especializada”.

¹⁵²⁹ A esta conclusión puede llegarse leyendo la SJS de Pamplona, Navarra núm. 2, de 16 de junio de 2000, AS 1763, donde se afirma que son “las de carácter organizativo, aquellas que responden a la necesidad de adecuar la propia estructura, así como los medios personales y materiales de que dispone, a las tareas de producción que desarrolla, de forma que produzca una mejor presencia de la empresa en los mercados en que ha de actuar”.

Finalmente, en cuarto lugar, tenemos las causas o razones productivas¹⁵³⁰, que son aquellas que afectan y hacen referencia a los “costes y volumen de aquélla, para adecuarlos a las exigencias del mercado, impidiendo que se ponga en peligro, de mantenerse su desajuste, la actuación competitiva de la empresa”¹⁵³¹, asociándose, por tanto, “a las dificultades que el entorno ocasiona a la capacidad productiva de la organización empresarial y que imponen la transformación o reducción de la producción”¹⁵³², en suma, que hacen referencia “al resultado del proceso de trabajo, a la configuración del bien o servicio producido por la empresa”¹⁵³³ o, como afirma alguna jurisprudencia, cuanto se refiera a los “productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado”¹⁵³⁴.

A estas alturas del discurso es obvio que la regulación actual no define las causas atendiendo a su real significación material y configuración técnica, sino que lo hace de un modo finalista, en interés al resultado, en atención a los "objetivos perseguidos por la adopción de las medidas propuestas", y lo hace aportando normativamente “elementos teleológicos para que el propio interprete proceda a una identificación concreta de las mismas”¹⁵³⁵, como cuando el artículo 41.1,2º, dice que "se entenderá que concurren las

¹⁵³⁰ Como advierte la SJS núm. 33, Madrid, 20 septiembre 1994, las causas productivas: “son una clase diferenciada de las económicas y hacen referencia a las necesidades empresariales de ajustar su capacidad productiva al mercado” sin perder competitividad. Existirían razones productivas que avalarían las extinciones del contrato cuando la retracción del mercado obliga a la empresa a producir menos y, por consiguiente, a reducir proporcionalmente plantilla”.

¹⁵³¹ MARTÍN EZ EMPERADOR, R.: "El despido colectivo", op. cit., pg. 3.

¹⁵³² GOERLICH PESET, J.M.: "Los despidos colectivos", op. cit., pg. 101.

¹⁵³³ DESDENTADO BONETE, A.: “El despido objetivo económico: ámbito...”, cit., pgs. 260 y ss. Este autor procura distinguir entre causa económica y causa productiva, advirtiendo el poco contenido de esta última: "Por causa económica hay que entender la que actúa sobre el resultado de la gestión empresarial en su conjunto, sobre la relación de ingresos y de costes, de beneficios y de pérdidas, es decir, sobre lo que los economistas llaman el equilibrio de la empresa. La determinación de ese equilibrio se vincula a los ingresos obtenidos por la empresa por la venta de los bienes o servicios en cada nivel de producción y a los costes que en ese nivel se generan al producir los bienes y servicios correspondientes, lo que a su vez se relaciona con la situación de la oferta y de la demanda de estos bienes y factores en el mercado. Todos estos elementos en la medida en que repercuten en las decisiones sobre la utilización del factor trabajo se integran en las causas económicas. (...) La necesidad de reducir el volumen de producción para adaptarlo a una caída de la demanda no es causa productiva, sino económica con todas sus consecuencias”.

¹⁵³⁴ STS de 14 de junio de 1.996, Ar 5162 y STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 2.007/1187.

¹⁵³⁵ MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit., pg. 93. Esta renuncia legal a una definición material de las causas muestra una entrega a una “elaboración pragmática y casuística de las mismas”

causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"¹⁵³⁶. La consecuencia de este pronunciamiento es que parece confundirse la causa con los fines, una vez que la finalidad pasa a ser un componente de la propia definición de la causa¹⁵³⁷.

De este modo, la legitimidad de la causa se fundamenta en la idoneidad de los medios puestos en juego para alcanzar el objetivo propuesto, que para las situaciones de los artículos 40 y 41 LET es “mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”¹⁵³⁸. Desde este punto de vista, “la noción causal se sitúa bajo un prisma que no es de orden material, sino finalista o teleológica, en atención a los resultados por ella perseguidos conforme a lo previsto en el programa

enteramente similar a la situación anterior a la reforma de 1.994, de modo que el sistema establecido se acerca al modelo de "cláusula general". Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos...*, op. cit., pg. 51; BLASCO SEGURA, B.: “La suspensión del contrato de trabajo: Los apartados j) y m) del art. 45 del ET”, AL, núm. 28, 1995, pg. 483.

¹⁵³⁶ Para RIVERO LAMAS esta innovación es de gran interés por cuanto la Ley ha introducido un “elemento reglado para valorar la alegación y prueba de las mencionadas causas”, permitiendo “apreciar en positivo” las causas alegadas por el empresario para emprender las modificaciones” (véase “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 247. A esta idea de positividad se refería ya VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, cit., pg. 19, cuando resalta que “el legislador quiere introducir en estos supuestos de hecho [arts. 41, 47 y 51 LET] no solo hechos “negativos”, por decirlo de algún modo, que afecten a la empresa de un modo inmediato, sino también acontecimientos “positivos”, esto es, decisiones empresariales sobre cambios en la empresa, organizativos, técnicos, o productivos fundamentalmente, que no se basen en acontecimientos obstativos o de “excesiva onerosidad”, debidos, en suma, a malos “resultados” empresariales; decisiones que sirvan para “aumentar la competitividad de la empresa”, facilitar su puesta al día, su renovación, y –quizá sobre todo– facilitar su capacidad de adaptación y la reducción del coste del factor trabajo (que es, dígame lo que se diga, el fundamental motivo de la Reforma entera)”.

¹⁵³⁷ Cfr. PÉREZDE LOS COBOS y ROQUETA BUJ, cit., pg. 92. Califican, además, de “semielaborados” los artículos 40, 41 y 51 por vincular la interpretación de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas atendiendo a elementos teleológicos y por ponderar la gravedad de las diferentes causas reorganizativas por medio de términos “prolijos y equívocos”.

¹⁵³⁸ En el caso del artículo 51 LET se exige para su admisión que “la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

legal”¹⁵³⁹. Esto pone de relieve que sólo averiguando la función que cumplen las modificaciones de las condiciones contractuales se puede deducir el sentido intrínseco de las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas en orden a su aplicación, y esa función consiste en posibilitar el desarrollo y perfeccionamiento de la organización a través de la mejora del proceso productivo¹⁵⁴⁰ para conseguir la máxima eficiencia en el uso de los factores productivos implicados en el mismo, entre los que está, evidentemente de modo primordial, el uso eficiente del factor trabajo, con la finalidad última de mejorar la competitividad de la empresa en el mercado, que se manifiesta, en primer lugar, con que la empresa pueda seguir existiendo y concurriendo a ese mercado y, en segundo lugar, con la obtención de la mayor rentabilidad posible de los capitales puestos en juego¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁹ MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, *ibidem*, pg. 93.; igualmente MARTÍN EZ EMPERADOR, R.: "El despido colectivo", op. cit., 1994, pg. 3, a propósito del despido, aunque enteramente aplicable a las modificaciones sustanciales, manifiesta que la norma "más que desvelar la significación de las causas (...) aluden a los efectos que han de derivar de las mismas, situándolos en el plano de la viabilidad de la empresa y de su posición competitiva en el mercado en que opera"; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos...*, op. cit.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Los despidos por causa económica", op. cit., pg. 403.

¹⁵⁴⁰ Véase, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 100, donde señala que "las razones alegadas sólo podrán considerarse causa suficiente para las modificaciones propuestas por el empresario si son imprescindibles para facilitar y optimizar la consecución de la finalidad acogida como bien jurídico y para cuyo logro se ha constituido la empresa. La causa eficiente y final de las modificaciones, como diría un escolástico, son inescindibles, estando aquella en función de ésta"

¹⁵⁴¹ Cuál sea el fin último de la empresa es un tema muy debatido, que en nuestra opinión es la existencia y permanencia de la empresa en el mercado. Sin embargo, en un sentido más general y aparentemente menos conflictivo se puede hablar del "interés de la empresa" o de las "exigencias de la empresa", en cuanto núcleo de intereses ajeno a los intereses subjetivos del empresario, lo que nos remite inmediatamente a las necesidades de estructura organizativa de la empresa, que ya hemos tratado anteriormente. Véase RIVERO LAMAS, J.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo...", cit., pg. 248: "no es el interés privado del empresario lo que la Ley tutela, sino el interés de la empresa, para que con las medidas modificatorias pueda mejorar su competitividad y productividad"; en idéntico sentido, SUPPIEJ: *La struttura del rapporto di lavoro*, Padua (Cedam), 1963, vol. II, pg. 108 y ss.: "el interés de la empresa es el interés del empresario, pero no sólo el suyo, tanto en cuanto viene referido a la empresa, entendida como colectividad, de la cual el empresario es el "director", no el patrón absoluto"; *idem*: "Interese pubblico e interesse privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro" en *Studi in onore de F. Santoro-Passarelli*, vol. V, Napoles (Jovene), 1972, pg. 1112; igualmente, cfr. SAGARDOY: "Sobre las crisis laborales...", cit., pg. 139; y con mas amplitud *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao (Univ. Deusto), 1971, pg. 191 y ss., quién deduce de la jurisprudencia que el elemento clave de referencia, debe ser la rentabilidad del capital invertido, admitiéndose únicamente la modificación propuesta si su materialización contribuye a lograrla o a aumentarla. Por otra parte, GIUGNI, G: *Mansione...*, cit., pgs. 318 y 319, señala que estas exigencias de la empresa también representan un límite al poder empresarial de modificación contractual, puesto que su no concurrencia invalidará la propuesta modificativa.

2.2.3. De una visión causal cuatripartita a la necesidades organizativas de la empresa como única y englobadora causa justificativa de la decisión

Sin embargo, este esfuerzo taxonómico y sistematizador arroja unos resultados, a nuestro modo de ver, un tanto decepcionantes. Primero, por cuanto que no es demasiado clarificador, puesto que sigue sin tenerse diáfano en que consiste cada causa y son demasiadas las situaciones en que una misma situación puede calificarse indistintamente como una u otra¹⁵⁴², lo que inevitablemente conlleva confusiones y, en segundo lugar, lo que es más importante, porque entendemos que la utilidad de esta división de las causas justificadoras de las modificaciones sustanciales, aparte el goce intelectual y académico de la disección causal, es prácticamente nula considerada desde la perspectiva modificativa, aunque igualmente se podría predicar otro tanto de las suspensiones y extinciones contractuales.

Anteriormente sí podía justificarse esa clasificación y conceptualización, más o menos lograda, de las causas, puesto que no todas eran admitidas como causas justificativas, pero esta taxonomía hoy parece excesiva y superflua ya que todas las posibles causas están recogidas en la norma, con lo que bastaría reducirlas todas a las causas organizativas o, más claramente, a las *necesidades o requerimientos de la organización de la empresa*¹⁵⁴³. En este sentido hay una amplia jurisprudencia que, cuando trata de fundamentar causalmente la medida enjuiciada, se refiere genéricamente, como mera fórmula retórica, a la concurrencia o no de “causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”¹⁵⁴⁴ y en bastante menor número de casos se habla “causas técnicas y

¹⁵⁴² Véase, p.e., la STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1.996, AS 622, que admite la causa económica enlazándola con productividad y organización con la alegación de la empresa de que “es necesario aumentar la productividad y mejorar la organización del trabajo (...) habida cuenta de la crisis económica que venidos padeciendo con resultados negativos en los últimos tres ejercicios”, o la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Toledo, de 7 noviembre 1994, AL, núm. 28, 1995, Ref. 1046, que entiende por causa productiva -aunque reconoce que también podría ser organizativa- que el rendimiento del trabajador esté muy por debajo del normal en el sector.

¹⁵⁴³ Sobre las necesidades y requerimientos de la organización de la empresa como fundamento de las modificaciones sustanciales hemos razonado *in extensis* anteriormente, véase *supra*.

¹⁵⁴⁴ Pueden verse, entre otras, las SSTSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, del País Vasco de 13 de febrero de 2.007, AS 1471, y de 16 de noviembre de 2.007, AS 869, de Cataluña de 9 de mayo de

organizativas”¹⁵⁴⁵, “causas organizativas y productivas”¹⁵⁴⁶, o de causas organizativas¹⁵⁴⁷, causas técnicas¹⁵⁴⁸ o causas económicas¹⁵⁴⁹, aunque otras, incluso, se refieren a “pérdidas económicas”¹⁵⁵⁰ o “empeoramiento de las condiciones económicas”¹⁵⁵¹, sin referirse expresamente a ninguna de las causas o razones normativas, como más claramente se observa en algún pronunciamiento¹⁵⁵².

Además, lo menos que se puede afirmar es que, a pesar de la consideración causal cuatripartita que el Estatuto configura, ésta se puede refundir, posteriormente, en una dual conceptualización teleológica que permite hablar de causas económicas, de un lado, y causas tecnológicas, organizativas y de producción, de otro. Pero resulta que los criterios finalistas contenidos en la norma legal vienen a confundirse y pueden ser reconducidos al criterio o *ratio* económica¹⁵⁵³ inserta en el esquema normativo, que no es otro que la viabilidad de la empresa a través de la reorganización y ajuste de sus recursos humanos, sobre la base de una real situación negativa o sobre la base de una preventiva actuación para esa viabilidad y el mantenimiento y mejoría de su posición competitiva en

2.006, AS 2984, de 5 de mayo de 2.005, AS 1866, , de 17 de octubre de 2.002, AS 3573, de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092, y de Asturias de 14 de febrero de 2.003, AS 2151.

¹⁵⁴⁵ SJS de Pamplona, Navarra núm. 2, AS 3656.

¹⁵⁴⁶ STSJ de Murcia de 27 de marzo de 2.000, AS 633.

¹⁵⁴⁷ Véase, p.e. SSTSJ del País Vasco de 19 de noviembre de 2.002, AS 2198, de las Islas Baleares de 29 de octubre de 2.001, AS 4488, y de La Rioja de 5 de diciembre de 1.995, AS 4602, o la SJS de Pamplona, Navarra núm. 2 de 5 de octubre de 1.999, AS 4121.

¹⁵⁴⁸ STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2.005, AS 3436 traer parte del texto.

¹⁵⁴⁹ SSTSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2.005, AS 647, de Madrid de 22 de diciembre de 2.004, AS 9940, de Cataluña de 14 de enero de 2.003, AS 447.

¹⁵⁵⁰ STSJ de Madrid de 4 de julio de 2.005, AS 2054

¹⁵⁵¹ STSJ de Castilla y León/Burgos de 14 de diciembre de 2.006, AS 2.007/349. En cambio, la STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2.004, JUR 317403, considera “notoriamente insuficiente para justificar la medida (...) la confesión del representante de la demandada expresiva de que “la causa de la reducción de turnos obedecía a un ajuste presupuestario”.

¹⁵⁵² P.e., además de las ya citadas, la STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2.002, AS 1267.

¹⁵⁵³ MONTOYA MELGAR, A.: “Contrato de trabajo y economía...”, cit., pg. 64, indica que “en el fondo, todas estas causas están impregnadas de significación económica, más o menos directa según los casos”.

mercado¹⁵⁵⁴. Finalmente, esta *ratio* causal puede ser reducida a una única razón: las necesidades y requerimientos de la estructura organizativa de la empresa, es decir, la causa organizativa, que engloba las demás. Porque, como hemos dicho anteriormente, una empresa es una organización de medios económicos y humanos debidamente organizados para alcanzar un determinado fin y el criterio al que remiten todas estas causas no es otro, en última instancia, que el de permitirle conseguir ese fin de la mejor manera posible, que es tanto como decir del modo más eficiente¹⁵⁵⁵ posible en términos organizativos, porque a toda organización le es consustancial una determinada racionalidad en el uso de esos recursos¹⁵⁵⁶, lo que se puede traducir económicamente diciendo que lo que se persigue es producir bienes o servicios al menor coste posible de los recursos puestos en juego.

En consecuencia, todas estas causas pueden ser reconducidas al criterio económico, aunque nosotros preferimos reconducirlas al organizativo o, si se prefiere, al criterio de la eficiencia económica de la organización productiva que es la empresa, por cuanto lo económico es resultado del buen o mal funcionamiento de la organización de la empresa, en cuanto consecuencia y no fin de la misma. En última instancia, cualquier disfunción organizativa, entendiéndose por tal la no adecuación de la organización de la estructura y funciones de la empresa al mercado en que se ubica y se desenvuelve, se manifestará de un modo u otro, pero seguirá siendo en todo caso un fracaso de la organización de la empresa como estructura productiva.

¹⁵⁵⁴ Véase MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS: *El despido colectivo...*, pg. 90; DESDENTADO BONETE, A.: “El despido objetivo económico...”, op.cit., pg. 260. En una línea similar, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Razones económicas...”, pgs. 73 y 74, señala que “la causa es la mejora de la organización empresarial, que en eso consiste la distribución más eficiente de sus recursos; lo que, por cierto, siempre favorecerá su concurrencia en el mercado (posición competitiva) que, finalmente, no consiste en otra cosa que el adecuarse (mejor respuesta) a las exigencias de la estructura de la demanda”; igualmente, MONTALVO CORREA, J.: “Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo”, en AA.VV, DE LA VILLA GIL, L.E. (coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, AEDTSS-Marcial Pons, Madrid, 1.995, pg. 343, señala que incide en la sustentación del futuro de la empresa, por lo que no es sólo un medio para solventar las dificultades presentes.

¹⁵⁵⁵ Véase BOWLES, S. EDWARDS, R.: *Introducción a la economía: competencia, autoritarismo y cambio en las economías capitalistas*, Alianza, Madrid, 1.985, pg. 177 y ss., donde se define la eficiencia como “un concepto que se refiere a la relación existente entre los factores de producción y el bien producido, así un proceso de trabajo se considerará eficiente si, dada la tecnología existente, se produce una determinada cantidad del bien con la menor cantidad posible de factores”.

¹⁵⁵⁶ Sobre el tema de la racionalidad de las organizaciones véase *supra*, cap. I nuestra argumentación.

En esta lógica, lo procedente, teniendo en cuenta la predicada meta de la flexibilización de las estructuras productivas¹⁵⁵⁷, hubiera sido olvidar de una vez un planteamiento multicausal que se ha revelado problemático a lo largo de su historia y que, salvo en sus inicios, nunca ha estado claramente expresado, sino que ha necesitado de abundantes disquisiciones y sutilezas doctrinales y jurisprudenciales acerca de lo que debía o no subsumirse en cada una de ellas, y ser consecuente con esa lógica de la búsqueda del mejoramiento de la empresa y de su posición competitiva en el mercado que se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1.994, y expresar abierta y normativamente que cualquier necesidad organizativa de la empresa, si favorece su mejoría o su competitividad, se puede aceptar como causa justificativa de modificaciones sustanciales¹⁵⁵⁸. Sobre todo, si se comprueba a través de un prolijo análisis de resoluciones jurisprudenciales, que esa es la auténtica realidad en la mayoría de los casos, aunque, por imperativo legal, a cada situación se le deba poner un determinado apellido causal.

No obstante, como se ha dicho, no siempre se hace tal distinción¹⁵⁵⁹. Pero la realidad normativa es que al legislador ya debió parecerle suficiente con la introducción expresa de

¹⁵⁵⁷Véase, p.e., la STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2.005, AS 3436, cuando se refiere a que “la flexibilidad es un término indisolublemente ligado a cualquier aproximación de enfoque de las relaciones laborales, y aunque esta expresión no sea fácil de acotar, sin embargo, su idea primigenia es la de permitir la adaptación de la empresa a las circunstancias del mercado y/o garantizar la viabilidad de determinadas empresas que pueden verse inmersas en una delicada situación que incluso podría afectar a su continuidad permitiéndoles acudir a distintas instituciones como lo son la movilidad geográfica y funcional, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las suspensiones y extinciones del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

¹⁵⁵⁸ Una posición cercana es mantenida por RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 880, cuando afirma que “hay obvias razones, prácticas y de economía jurídica, para sugerir que habría sido preferible integrar los procedimientos modificatorios en un contexto económico común –la reorganización laboral de las empresas por razones económicas–, aunque lo refiere como causa común a modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales.

¹⁵⁵⁹ Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León/Burgos de 14 de diciembre de 2.006, AS 2.007, 349, justifica la modificación porque la empresa ha sufrido “un empeoramiento de las condiciones económicas”; igualmente la STSJ de Madrid de 4 de junio de 1.999, AS 2186,: “el volumen de reparaciones ha disminuido de forma sensible, lo que justifica el cierre de un taller y la concentración del trabajo que queda en el resto de los talleres”, admitiendo el cambio de centro; o la STSJ de 16 de septiembre de 1.999, AS 3061, acepta el cambio de jornada continuada a partida en base a que las “necesidades de flexibilidad (competitividad) y capacidad de respuesta (...) se imponen como una necesidad insoslayable”; la STSJ de Cataluña de 7 de julio de 1.999, AS 3142, reconoce que como “se ha renovado maquinaria” esto “supone mejorar la situación de los recursos, finalidad legal que autoriza a tomar tal decisión válidamente”; STSJ de Castilla-León (Burgos) de 20 de diciembre de 1.999, AS 4407, donde la única justificación causal que se hace es que la empresa “informó de la necesidad de implantar un nuevo

la causa económica y, lo que sí es más importante, la supresión del control administrativo, por lo que mantuvo en el texto legal unos conceptos no sólo inútiles ya, sino confusos, olvidando que el papel del Derecho del trabajo consiste, sobre todo, además de proteger a los trabajadores, en crear un marco y una estructura normativa adecuadamente favorecedora de la máxima eficiencia posible, en términos de política social y económica, del uso del factor trabajo por la estructura productiva del país. En esta línea, se ha dicho muy acertadamente que “no basta con proteger a los trabajadores; hay que proteger a las empresas, porque de otro modo no habría trabajadores”¹⁵⁶⁰. Evidentemente, también se puede volver la frase del revés, pero vivimos en un sistema productivo en que lo prioritario no es la existencia de trabajadores, siempre o casi siempre hay más demanda de puestos de trabajo que oferta, sino, esencialmente, la de organizaciones empresariales dispuestas a crear y ofrecer trabajo.

Por eso, aunque podría parecer que la supresión pura y simple de la exigencia de causalidad estaría más en la lógica que debe presidir una norma reguladora de la flexibilidad adaptativa de las condiciones contractuales, para que la organización empresarial reorganice, cuando lo necesite, la prestación de los trabajadores adaptándola a las necesidades productivas, evidentemente, sin perturbar de manera grave los derechos de esos trabajadores, lo cierto es que la exigencia de una causalidad, aunque sea en los términos genéricos que derivarían de una formulación en la que bastase la alegación de necesidades organizativas, entendiendo, como hemos expuesto, incluidas todas las necesidades de mejoría de la empresa, o económicas, igualmente en sentido amplio, englobando todo tipo de necesidades económicas, tanto de pérdidas como de provisiones de mejoría de sus beneficios o de la situación de la empresa en el mercado, seguiría obligando al empresario a demostrar la necesidad de la modificación y daría cierta seguridad jurídica al trabajador. Este planteamiento está en línea con la legislación comunitaria de los despidos colectivos¹⁵⁶¹, que exige se comunique a los interesados “los motivos del proyecto de despido”, sin exigir su desglosamiento y clasificación.

horario de almacén”, que se consideró suficiente para aceptar el cambio de jornada continuada a partida.

¹⁵⁶⁰ Véase MONTROYA MELGAR, A.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del estatuto de los trabajadores y su aplicación judicial”, AS, t. I, 1.996, pg. 2670.

¹⁵⁶¹ Véase la actual redacción en la Directiva 98/59/CEE del Consejo, de 20 de julio de 1.998, relativa a

Esta es una solución cercana a la contemplada por la denuncia modificativa, en que el empresario, en caso de discrepancia del trabajador, tiene que demostrar la existencia de unas razones que otorgan coherencia y no arbitrariedad o conveniencia ajena al interés de la empresa de la modificación decidida, con la declaración de nulidad de la medida y/o las indemnizaciones procedentes en caso contrario¹⁵⁶², porque la regulación actual parece un sí, pero no, con los consiguientes inconvenientes que se derivan de la indeterminación e inconcreción de casi todos los presupuestos normativos presentes en el artículo 41 LET¹⁵⁶³.

No obstante, hay que precisar que la regulación actual, sino expresamente, en el fondo sí que permite este planteamiento, puesto que no otra cosa es lo que sucede si la empresa persiste en su propuesta de modificación sustancial, sea aceptada o no por el trabajador, especialmente en las modificaciones individuales, porque siempre está abierta la puerta a un despido, aunque éste sea declarado improcedente por no estar fundado en causa alguna y se condene al pago de la correspondiente indemnización, puesto que lo que la norma viene a permitir, con la excepción de la modificación de condiciones contenidas en

aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los Despidos Colectivos (DOCE 12-8-98), que reforma la Directiva 75/129/CEE de 17-2-75, modif. por la 95/56/CEE de 24-6-92, que en su artículo 1, a) señala que “se entenderá por “despidos colectivos” los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores. Sobre este tema véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la “Reforma del mercado de trabajo”: la normativa sobre despidos colectivos, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral* (ed. Monereo Pérez), Universidad de Granada, 1.996, esp. pgs. 387 y ss. Igualmente, *Los despidos colectivos en el ordenamiento jurídico interno y comunitario*, Civitas, Madrid, 1.994, pgs. 40 y ss.

¹⁵⁶² En similar sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “El Estatuto de los Trabajadores”, RMTAS, núm. 13/1.998, pg. 102, señala que la inversión de la carga de la prueba validaría la decisión empresarial salvo que se demostrara que es “fraudulenta, atentatoria a los derechos fundamentales o claramente incoherente y desproporcionada con el fin perseguido”, porque “por su propio interés nadie mejor que el empresario para saber (...)lo que conviene (...) a la buena marcha de la empresa”.

¹⁵⁶³ En este sentido, RIVERO LAMAS, J.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”. cit., pg. 879, censura que el instituto modificadorio sea “un producto de pura ingeniería jurídica, en el que el legislador ha utilizado una variedad de materiales y técnicas con notoria arbitrariedad para articular intereses y conseguir un equilibrio en la protección jurídica que se pretende establecer. El resultado ha sido un instrumento legal de proporciones desmesuradas, en el que se mezclan ingredientes de procedencia jurídica diversa, y al que se hace discurrir por un cauce procedimental que conduce, a fin de cuentas, a la denuncia modificatoria, no sin hacer un uso artificioso de la técnica jurídica”.

convenio colectivo estatutario, es que se pueda imponer la modificación si verdaderamente es provechosa para la empresa en términos de racionalidad organizativa y económica¹⁵⁶⁴.

2.3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

2.3.1. La conexión de razonabilidad

Lo cierto es que la actual configuración legal no solo no ayuda nada a la comprensión de las causas sino que, además, introduce nuevos conceptos jurídicos indeterminados difíciles de resolver con estrictos criterios jurídicos¹⁵⁶⁵, obligando al interprete, cuando se encuentra ante una fórmula indeterminada de la noción causal legal, como aquí sucede, a integrar la norma con criterios de carácter extrajurídico, lo que supone llevar a cabo una auténtica composición de conflictos sobre intereses en base a los datos económicos, tecnológicos y organizativos de que disponga¹⁵⁶⁶. Por eso, esta conceptualización causal enfrenta al órgano jurisdiccional decisorio ante un verdadero conflicto sobre intereses¹⁵⁶⁷, enmascarados bajo una apariencia de términos y conceptos reconducibles a la amplia e imprecisa categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, abocándole a desempeñar funciones arbitrales más que estrictamente jurisdiccionales¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁴ Sobre la denuncia modificativa véase lo que más adelante se dice acerca de esta cuestión.

¹⁵⁶⁵ Los conceptos jurídicos indeterminados son técnicas jurídicas tradicionales, como los principios generales o los *standards*, que permiten a los interpretes jurídicos, dentro de una concepción flexible del Derecho, llevar a cabo, en el propio interior del sistema jurídico, interpretaciones “susceptibles de asegurar el mayor desarrollo del derecho”. Véase MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS: *El despido colectivo...*, pg. 101 y ss.

¹⁵⁶⁶ En este sentido MONEREO-FERNÁNDEZ AVILÉS, *ibidem*.

¹⁵⁶⁷ En esta dirección, la STSJ Galicia de 29 de julio 1995, AS 2820, sostiene que “si se tiene en cuenta que el conflicto es esencialmente de intereses y que los conceptos utilizados por la norma son conceptos jurídicos indeterminados en cuanto que se refieren directamente a hechos de naturaleza económica, de gestión, etc., es claro que, sin que se autorice al empleador a ejercitar sus facultades organizativas de un modo omnímodo y sin control, existe en la nueva regulación un margen importante de discrecionalidad empresarial basada en los principios de oportunidad y conveniencia”.

¹⁵⁶⁸ Véase VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, cit., pgs. 19-20; igualmente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos...*, op. cit., pg. 141.

De este modo, se ha podido sostener que dichas causas justificativas de las decisiones empresariales de cambio de las condiciones de trabajo, de extinción de la relación laboral o de la suspensión contractual, “han forzado al Juez Laboral a pasar de su función tradicional de intérprete y aplicador de una norma preexistente, como sucede en los conflictos jurídicos propiamente dichos, a una función de componedor y árbitro que, ponderando datos económicos, luego extrajurídicos, ha de resolver auténticos conflictos de intereses”¹⁵⁶⁹, a pesar de que en la norma no hay referencias expresas a la posibilidad de que el control judicial de las medidas incluya una composición de intereses¹⁵⁷⁰. En cualquier caso, se puede decir que la apreciación de la necesidad reorganizativa alegada habrá de realizarse a través de principios de correcta, adecuada y proporcionada, luego razonable, gestión empresarial.

Sin embargo, esta indeterminación de la causalidad, en principio favorable a los intereses empresariales, aunque mediatamente también lo es para los trabajadores en cuanto la flexibilidad en el uso del factor trabajo, tanto externa como interna, favorece y potencia el mercado laboral, puede ser vista también como una de las vicisitudes más dramáticas de la relación laboral, sobre todo si la contemplamos desde el campo de las extinciones contractuales. Indudablemente, esta es una manifestación más del sometimiento del elemento personal a las necesidades organizativas, que deriva de la propia esencia dependiente del trabajador que concierne un contrato de trabajo. Es evidente que esta inconcreción puede generar una cierta inseguridad jurídica a los trabajadores, interesados en la justificación de las medidas reorganizativas, aunque esta inseguridad se pueda ver

¹⁵⁶⁹ Cfr. BORRAJO DACRUZ, E.: “Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales”, AL, núm. 17, 1996, pgs. 383 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: “Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales...”, cit., pg. 84, señala que, aunque “la función de los jueces es resolver conflictos jurídicos en su concepto material: aplicación o interpretación de normas”, en otros casos, como sucede aquí, “la norma puede también establecer los criterios por los que han de resolverse conflictos de intereses y encomendar al juez funciones que podrían calificarse propiamente como arbitrales. Lo cual implica que en el enjuiciamiento hay momentos reglados y momentos de discrecionalidad en la decisión. Es lo que sucede cuando deben aplicarse los denominados conceptos jurídicos indeterminados”.

¹⁵⁷⁰ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo...”, cit., pg.250, que, además, añade que no existe base “para armonizar el interés de la empresa con los derechos de los trabajadores al mantenimiento de sus condiciones, ni con los intereses sociales o públicos”.

disminuida en cuanto que también se han promocionado mecanismos de predeterminación concertada de la concurrencia causal.

No obstante, no debe perderse de vista que hay que ponderar y equilibrar razonablemente los intereses organizativos y laborales en juego, porque la ultraprotección de cualquiera de ellos se hace en detrimento del otro y por tanto, además de injusta, la situación creada es ineficiente en términos organizativos y por tanto económicos. En este sentido, la realidad se ha encargado de demostrar repetidamente que la excesiva rigidez del sistema de contratación y de gestión del factor trabajo genera ineficiencia, que se traduce, finalmente, en la necesidad de adoptar, imprescindiblemente, medidas de movilidad interna y externa.

Por esto, el régimen legal de las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET exige al empresario, como titular de la facultad modificativa, probar¹⁵⁷¹ la conexión de razonabilidad existente entre la causa, que debe englobar la finalidad reorganizativa que se pretende, y la modificación contractual adoptada, para que se admita la concurrencia real de la causa alegada y se convalide la medida modificatoria decidida. Esto es así porque la propia dicción de la norma¹⁵⁷² exige la correspondencia entre la razón o causa alegada, la modificación decidida y el mejoramiento de la situación empresarial, teniendo, además, en cuenta que las medidas modificativas a introducir deben ser las idóneas para mejorar la productividad y competitividad empresariales, consideradas desde una perspectiva de autorreferencia¹⁵⁷³ y sin tener en cuenta una posible responsabilidad empresarial en el origen del desequilibrio organizativo¹⁵⁷⁴, ni que las circunstancias del contexto en que las

¹⁵⁷¹ Según el diccionario de la Lengua Española probar consiste en “justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos”, en una definición enteramente coincidente con la jurídica.

¹⁵⁷² Véase el artículo 41.1, *in fine*, LET.: “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

¹⁵⁷³ En este sentido, véase, p.e., la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Valencia, de 4 mayo 1995, AL, núm. 28/1995, ref. 1054, cuando afirma que “el centro de atención debe situarse en el incremento de la posición de la empresa en el mercado con criterios de proporcionalidad, si bien que comparando tal incremento no con el resto de las empresas, sino exclusivamente en relación con la situación de esa misma empresa entre el antes y el después de la introducción de las modificaciones sustanciales”.

¹⁵⁷⁴ Esta cuestión ha sido tratada *in extensis* con respecto a los despidos colectivos llegado a idéntica

condiciones fueron pactadas se mantengan o hayan sido modificadas¹⁵⁷⁵, siendo indiferente que se alegue cada causa individualmente o en combinación con otra u otras, puesto que lo esencial es la contribución a la mejoría empresarial exigida por la norma¹⁵⁷⁶. El problema radica en que la *razonabilidad*¹⁵⁷⁷ de la medida modificativa sólo puede ser probada de modo indirecto, acreditando que la modificación decidida contribuye a salvar la situación económica negativa de la empresa o a mejorar su posición competitiva en el mercado e incluso a aumentar los beneficios, si se justifica adecuadamente la necesidad

conclusión. Véase, p.e. GOERLICH PESET, J.M.: “Los despidos colectivos”, en *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, BORRAJO DACRUZ, E. (dir), Tomo II, Madrid, 1994, pg. 110, “la medida extintiva habrá de ser autorizada, con independencia de cuáles sean las razones que han motivado sus problemas actuales y de si éstas conectan o no con la voluntad empresarial”. Igualmente ALMANSA PASTOR, J.M.: *El despido nulo*, Tecnos, Madrid, 1968, pgs. 133-134.; DEL VALLE, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo...*, op. cit., pg. 80 y ss. En sentido contrario, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, 1.995, pg. 244. Para la doctrina italiana la existencia de un error empresarial de gestión como causa determinante de la necesidad reorganizativa tampoco tiene relieve de cara a la valoración del despido (véase, p.e., PERA, G.: *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, pg. 115, o SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del Lavoro*, 3ª ed., Napoli, 1994, pg. 537).

¹⁵⁷⁵ Exigiendo que el contexto haya cambiado CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pgs. 121 y ss., o la SJS núm. 5 de Valencia, de 4 de mayo de 1.995, AL, núm. 28/1.995, ref. 1054: “Necesidad de que las razones justificativas de las medidas a adoptar sean sobrevenidas; es decir, que se haya producido un cambio de circunstancias en relación con la situación precedente, sin que baste acudir a un contexto que se mantiene inalterado”. Sin embargo no parece que la norma exija este requisito, puesto que las circunstancias pueden no haber cambiado y ser necesarias medidas que mejoren la situación de la empresa. En este sentido, LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Las causas económicas y empresariales de despido”, en AA.VV. *Los despidos por causas económicas y empresariales* (J.Cruz Villalón, coord.), Tecnos, Madrid, 1.996, pg. 44 y ss.; STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 1.998, AS 579.

¹⁵⁷⁶ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación Sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, cit., pg. 248; igualmente MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...”, cit, pg. 184. Entre la jurisprudencia pueden señalarse, entre otras, la STS de 5 de diciembre de 2.006, Ar 2.007/2875, o la STSJ de Valencia de 5 de diciembre de 2.000, JUR 2.001/164335, que lo expresan claramente y otras, como la STSJ de Cantabria de 5 de abril de 2.006, JUR 137348, que exigen la “conexión de esta causa con la medida adoptada de cambio en orden a la finalidad requerida por el legislador”, siguiendo, como bastantes otras, la expresión acuñada por la STS de 8 de enero de 2.000, Ar 394.

¹⁵⁷⁷ MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS: *El despido colectivo...*, pg. 102, dicen que “en el esquema de los artículos 51 y 52.c LET, la referencia genérica a las causas y a las medidas adecuadas para la persecución de los fines legítimamente perseguibles subyace la idea de lo “razonable” de la medida a adoptar (partiendo de la constatación y valoración de la preexistencia de la causa, de no ser así ni siquiera se entraría en el momento lógicamente ulterior de la medida adecuada), en el sentido de “moderación” o “medida normal y aceptable” en atención a los fines insertos en el programa normativo. Dicho en otras palabras, lo “razonable es necesariamente una noción de contenido variable en derecho”. Véase, en general sobre esta cuestión, PERELMAN, Ch. y VAN DER ELST, R.: *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, 1.984.

reorganizativa, es decir, si se demuestra razonablemente que la modificación sustancial propuesta va a mejorar la economía o la organización de la empresa¹⁵⁷⁸.

Lógicamente, demostrar por esta vía la idoneidad de la medida no es imposible, aunque sí muy difícil de llevar a cabo¹⁵⁷⁹, por la dificultad que presenta probar, de modo inequívoco, la vinculación entre las medidas adoptadas y los fines propuestos, puesto que este tipo de vinculación únicamente puede constatarse *a posteriori*, nunca antes, ya que el sistema de control de oportunidad de la medida modificativa, que anteriormente era ejercido *a priori*, mediante la exigencia del acuerdo de los representantes de los trabajadores o la autorización de la Administración laboral, ha sido sustituido, en la actual redacción del artículo 41 LET, por otro sistema bastante más eficaz, en cuanto permite dotar de efectividad inmediata las decisiones modificativas empresariales, pasando de este modo el mecanismo de control a ejercerse *a posteriori*, aunque esto no exime al empresario de argumentar y razonar tanto su propuesta como su fundamentación causal y, si la modificación es colectiva, negociar con los representantes de los trabajadores¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁸ De entre la abundante doctrina jurisprudencial existente se puede citar, p.e., la STSJ de Madrid de 9 de junio de 1.999, AS 2189, cuando dice que estas medidas contribuirán a “no sólo lograr la supervivencia de la empresa, sino allegar medidas que redunden positivamente en su calidad como tal empresa, permitiéndole, por tanto, alcanzar cotas más altas de competitividad en el mercado, mundo en el que se mueve toda empresa por definición”. En similar sentido, entre otras, SSTSJ de Cataluña de 16 de marzo de 1.999, AS 386, y 23 de enero de 1.998, AS 164, seguidas más modernamente, p.e., por la STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.006, AS 2.007/1187, donde se afirma que “la expresión «contribuya» debe entenderse en el sentido de que la medida ayude o favorezca a mejorar la situación de la empresa, sin que sea preciso que sea suficiente e ineludible, por sí sola, para mejorar dicha situación”, siguiendo, a su vez la STS de 24 de abril de 1.996, Ar 5297, que exige que “la contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue”. Igualmente la STSJ de Asturias de 11 de octubre de 2.001, AS 3799, dice que “basta con que la modificación contribuya a mejorar la situación de la empresa en el mercado para que la medida esté justificada de modo que la ampliación que este precepto concede a los poderes de dirección del empresario no se limita a las empresas en crisis ya que puede ser adoptada aunque la marcha de la empresa sea favorable”.

¹⁵⁷⁹ En esta línea, DIEGUEZ CUERVO, G.: “Decisiones de gobierno y de derecho en la modificación, suspensión y extinción colectivas de las relaciones de trabajo”, RMTAS, núm. 3/1.997, pg. 271, llega a calificar la necesidad del empresario de probar que su decisión repercutirá en una mejora de la situación organizativa y competitiva de “*probatio diabólica*”, ya que se trata de una cuestión no jurídica y de proyección en el futuro.

¹⁵⁸⁰ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 248, donde precisa que esto supone, “al menos en estos últimos casos, una instancia de control previo para que estas medidas presten a la formación de la decisión empresarial tanto la necesaria dosis de objetividad y racionalidad como, también, un componente de equidad, en el sentido de conjugar el interés de la empresa con los intereses de los trabajadores afectados”.

La consecuencia es que la exigencia probatoria queda limitada a demostrar la existencia de una conexión de razonabilidad¹⁵⁸¹, que no se trata de una prueba en sentido estricto, pues ésta solamente versa sobre hechos, sino de una argumentación que fundamenta la adopción de la medida en el marco del ordenamiento jurídico vigente, lo que nos remite y conecta con la razonabilidad inmanente predeterminada en la propia legislación aplicable¹⁵⁸², que no es otra que la búsqueda de la flexibilidad del factor trabajo, para conseguir la mejora de la situación competitiva de la empresa en el mercado globalizado, como se explicita tanto en la exposición de motivos de la Ley 11/94, como en el propio texto del artículo 41.1. *in fine*¹⁵⁸³.

Lo que se pretende es buscar la *aceptabilidad racional* como principio regulativo, porque cuando tratamos de enlazar la causa con la medida modificatoria, lo que se plantea es un problema de justificación jurídica de la decisión adoptada, teniendo en cuenta que la aceptabilidad racional es “una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica”¹⁵⁸⁴. Así, el tipo de razonabilidad predominante que requiere la normativa reguladora de las modificaciones de los artículos 40 y 41 LET, que persiguen la satisfacción de las necesidades de funcionamiento de la empresa, es el propio de la racionalidad de los fines, basada en el razonamiento medio-fin¹⁵⁸⁵, de tal modo que la

¹⁵⁸¹ Entre los muchos pronunciamientos que exigen la razonabilidad de la medida pueden citarse como ejemplo las SSTs de 5 de diciembre de 2.006, Ar 2.007/2875, y de 8 de enero de 2.000, Ar 394, y las SSTJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, de Galicia de 13 de abril de 2.007, AS 1716, de Andalucía/Sevilla de 8 de febrero de 2.007, AS 1593, de Cantabria de 5 de abril de 2.006, JUR 137348, de Valencia de 27 de octubre de 2.004, JUR 2.005, 233182, de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2.004, AS 2971, de Aragón de 31 de marzo de 2.003, AS 2379, y la SJS de lo Social de Valencia de 10 de diciembre de 2.002, AS 3354.

¹⁵⁸² Véase ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, pgs. 274-275.

¹⁵⁸³ En esta línea, cfr. VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo...” cit., pg. 19, dirá que lo que se busca, “quizá sobre todo” sea “facilitar su capacidad de adaptación y la reducción del coste del factor trabajo (que es, dígame lo que se diga, el fundamental motivo de la Reforma entera).

¹⁵⁸⁴ Acerca de este tipo de razonamiento puede verse AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, 1991, esp. pg. 239 y ss.

¹⁵⁸⁵ Cfr. WEBER, M.: *Economía y Sociedad*, cit., pg. 20, donde define la racionalidad con arreglo a los fines como la “determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como “condiciones” o “medios” para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos”; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología”, en WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2.001, pg. XXXIII y ss.

decisión es razonable si se verifica que el medio elegido es adecuado, en cuanto válido para alcanzar el fin propuesto¹⁵⁸⁶, sin que tenga que importarnos si estamos usando el mejor de los medios posibles o sólo uno de ellos. En resumen, que la validez de la decisión empresarial dependerá del grado de eficiencia de tal medida en relación con la consecución del objetivo propuesto, por lo que, desde esta lógica, podemos hablar también, en cierta manera, de un planteamiento utilitarista y funcional del Derecho, visto así como un instrumento orientado a unos determinados y concretos valores y fines¹⁵⁸⁷.

El *juicio de razonabilidad* como técnica aplicativa y de control se basa en las características familiares de la experiencia común, dejando a los individuos la valoración de las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas¹⁵⁸⁸. Además, el *juicio de razonabilidad*, a consecuencia del carácter abierto y flexible de la norma y de los conceptos que utiliza es un claro ejemplo de estándar, que exige que el operador “descubra los hechos de una situación particular, y que los evalúe en relación a los fines o valores encarnados por el estándar”¹⁵⁸⁹. La utilización del estándar de razonabilidad es una opción de política jurídica que busca la flexibilidad, al valorar las decisiones en función de las circunstancias del caso, en detrimento de las reglas estrictas que proporcionan un margen mayor de seguridad¹⁵⁹⁰, y esta opción, por el uso del

¹⁵⁸⁶ En esta lógica se ha dicho que la configuración legal de las razones justificativas de las modificaciones admite “no tanto determinadas vicisitudes de la situación de la empresa, sino el efecto beneficioso de las medidas propuestas por el empresario sobre la organización de los recursos empresariales, traducido en la mejora de aquella situación en orden a la mayor competitividad de la empresa y a su mejor capacidad de respuesta frente a las exigencias del mercado”. Véase CAMPS RUIZ, L.M.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 57.

¹⁵⁸⁷ Acerca de este modo de entender el Derecho debe verse LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1.994, pgs. 143 a 151.

¹⁵⁸⁸ Véase HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., pg. 164.

¹⁵⁸⁹ Véase MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS: *El despido colectivo...*, pg. 103. En este sentido debe recordarse que los “los estándares vienen constituidos por tipos ideales en sentido axiológico, en cuanto imparten criterios o directrices de reflexión para la búsqueda de la regla de decisión del caso concreto a resolver”. Cfr.. MENGONI, L.: “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, pgs. 5 y ss.

¹⁵⁹⁰ En esta lógica se ha dicho que “la interpretación y aplicación de un concepto indeterminado, como todo concepto jurídico, exige la búsqueda de la única solución justa. Pero razones de orden práctico obligan a atenuar las consecuencias extremas de esta teoría. Los límites materiales y temporales de toda decisión jurídica impiden muchas veces conocer la solución justa del problema que plantea la aplicación de un concepto jurídico. De ahí que esta teoría deba reconocer la validez jurídica de aquellas decisiones que aparecen como “razonables” cuando no se puede mostrar cuál es la solución que la aplicación del

estándar de razonabilidad como técnica jurídica, se materializa en la pretensión de otorgar a las empresas una mayor flexibilidad laboral que les permita adaptar y ajustar sus plantillas a las cambiantes circunstancias del mercado, materializada en la actual redacción, entre otros, de los artículos 40 y 41 LET.

El uso de esta técnica, aplicada al ámbito del poder organizativo empresarial, tiene como consecuencia una notoria ampliación de la discrecionalidad del empresario en su invocación de estos conceptos, aunque no debe olvidarse que el artículo 41 LET subraya el carácter probado de las causas alegadas, lo que hace que, además de ser reales y actuales¹⁵⁹¹, llegado el caso, el empresario ha de poder acreditar su concurrencia¹⁵⁹², aunque en algún caso se ha negado esa obligación¹⁵⁹³, pero sin que en ningún caso sea admisible que el empresario caiga en la arbitrariedad cuando decide llevar a cabo una modificación sustancial¹⁵⁹⁴.

concepto postula”. Véase SAÍNZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1.976, pg. 223.

¹⁵⁹¹ La verdad es que el carácter de actividades preventivas *pro futuro* dificultan la constatación de una real y actual necesidad reorganizativa, al igual que también se atenúa, aunque no desaparece, el requisito de realidad, por cuanto su comprensión pasa por la proyección de la causa sobre deficiencias actuales en relación con previsiones de futuro. Cfr. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit., pg. 106. Exigiendo la realidad y actualidad de las causas alegadas, p.e., la 5 de diciembre de 2.006, Ar 2.007/2875.

¹⁵⁹² Existe abundante jurisprudencia que considera que la carga de la prueba de la concurrencia de las causas justificativas de la medida adoptada recae en el empresario, por así desprenderse de las normas generales que sobre la materia contiene el art. 1214 del Código Civil y de las particulares del propio art. 41 del Estatuto de los Trabajadores que exige la existencia de “probadas razones”. Véanse, p.e., las SSTs de STS de 8 de enero de 2.000, Ar 394, y de 5 de diciembre de 2.006, Ar 2.007/287, diciendo que es al empresario a quién “incumbe la carga de la prueba”, al igual que las SSTJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2.004, JUR 317403: “la necesidad de que exista una causa legal -que debe ser probada por el empleador”, la de Valencia de 27 de octubre de 2.004, JUR 2.005, 233182: “corresponde a la empresa que ha adoptado la modificación la carga de probar la existencia de la causa legal y su conexión con la medida”; en la misma línea las SSTSJ de Aragón de 31 de marzo de 2.003, AS 2379, de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2.004, AS 2971, del País Vasco de 15 de diciembre de 2.004, JUR 2.005/73106, de Cantabria de 5 de abril de 2.006, JUR 137348, y de Galicia de 13 de abril de 2.007, AS 1716.

¹⁵⁹³ Véase la SJS núm. 2 de Salamanca, de 9 de diciembre de 1.994 como afirma que este requisito entra en contradicción con los declarados objetivos flexibilizadores de la reforma laboral al limitar la libertad que la Ley 11/1.994 amplía a los empresarios para la gestión de sus organizaciones. Esta aseveración es rechazada por MONTOYA MELGAR, A.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, cit, pg. 28, entendiendo que “la mayor libertad que el nuevo Estatuto de los Trabajadores concede a los empresarios estriba en la amplitud de la finalidad que se reconoce a las medidas empresariales, no en que dispense de probar las razones de éstas”.

¹⁵⁹⁴ A este propósito, RIVERO LAMAS, J.: “Art. 41: Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 156, afirma que “al situar el legislador unas razones objetivas para la modificación (“razones técnicas, organizativas, o productivas, y económicas”) y un procedimiento de ejercicio del poder empresarial para

Por eso, la actividad probatoria estricta sólo se puede ceñir a los elementos objetivos de la situación de la empresa, que son los que fundamentarán la operatividad de las causas esgrimidas: situación económica: datos desfavorables de producción o de costes de factores, resultados negativos o en disminución en las cuentas del balance o perspectivas de mejorar los resultados; desajustes organizativos: productividad del trabajo con posibilidades de mejoramiento, sea ésta escasa o no; actualización tecnológica: retraso tecnológico, que puede ser autorreferente o comparativo y absoluto o relativo; o readaptaciones productivas: obsolescencia, pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios o, simplemente, posibilidad de aumentar la cuota disponible, pero no es posible respecto del elemento teleológico de la definición causal¹⁵⁹⁵. En este sentido, es obvio que al juez se le pide “un acto de fé en un futuro”¹⁵⁹⁶, lo que se compagina mal con la típica tarea de juzgar en base a unos hechos probados, porque la prueba en sentido técnico-procesal desempeña un papel escasamente relevante, frente a un proyecto de solución de los problemas organizativos de la empresa, máxime si tenemos en cuenta que el juez no tiene, en principio, manera alguna de saber si la reorganización que se está sometiendo a su decisión es verdaderamente la solución a esos problemas¹⁵⁹⁷, por lo que se puede afirmar que, en el fondo, cuando resuelve lo hace discrecionalmente¹⁵⁹⁸.

la verificación de tales causas legitimantes de una revisión unilateral, se descarta el mero arbitrio y se integran en el contenido y régimen contractual todas aquellas consecuencias inherentes a la tipificación legal del contrato de trabajo, que se derivan de su naturaleza y son conformes a la buena fé, al uso y a la ley (art. 1258 del código civil)”.

¹⁵⁹⁵ Puede verse la STSJ Cataluña 30 noviembre 1995, referida al despido colectivo, pero con un razonamiento enteramente aplicable a las modificaciones sustanciales, como señala que “el elemento finalista no es susceptible de ser probado con la rotundidad exigible respecto a los hechos, ya que no se trata de tal, sino de una previsión de futuro. Mas sí es exigible una actividad que tienda a acreditar que las extinciones que se acuerdan tendrán, racionalmente, aquel efecto”; en igual sentido, la STS (unificación de doctrina) 24 abril 1996 afirma que “La Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa; las exigencias que la ley impone en este sentido son de menos intensidad y rigor”.

¹⁵⁹⁶ Véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A: “El Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 102, donde precisa que “lo que se está pidiendo a los jueces es algo atípico respecto de su función. Más que jueces se convierten en “consultores” y esa no es su misión”.

¹⁵⁹⁷ En esta lógica la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de febrero de 2.007, AS 1593, señala que “el juez no puede, en efecto, eludir un control sobre la adecuación de la medida a la consecución de los fines declarados por la norma, porque tal ponderación le viene exigida por la ley. Se entenderá existente la causa, dice la norma, utilizando la técnica tradicional de la presunción, cuando contribuya a la mejora de la competitividad de la empresa mediante la mejor organización de sus recursos en las modificaciones

En consecuencia, las técnicas usadas son las propias de la tópica¹⁵⁹⁹ o la neo-retórica, más adaptadas a la resolución de este tipo de conflictos, que se dejan abiertos en la propia norma reguladora por la necesaria indeterminación de los conceptos utilizados, lo que se traduce indefectiblemente en una “aplicación menos rigurosa del principio de seguridad jurídica”¹⁶⁰⁰, que si bien puede afectar gravemente los intereses de los trabajadores, es innegable que, por otra parte, favorece la autonomía organizativa empresarial, que es la finalidad expresamente confesada de la reforma de 1.994 y, en concreto del juego del artículo 41 LET, que en última instancia asegura la conservación del contrato y también, mediatamente, los intereses últimos de los trabajadores con respecto a su permanencia en la empresa. En cualquier caso, la necesidad reorganizativa que justifique la modificación contractual habrá de apreciarse a través de principios de racionalidad individualizada, luego casuística, con todas las connotaciones y dificultades sistematizadoras que conlleva, puesto que en estas condiciones se muestra extremadamente difícil y compleja la construcción de reglas de carácter general¹⁶⁰¹.

2.3.2. El control de oportunidad judicial

El objeto y alcance del control de oportunidad judicial de la medida es una cuestión ciertamente compleja, por cuanto “se puede referir a cualquiera de los aspectos del supuesto de hecho: la existencia o no de las causas o “razones” alegadas, la operatividad o

sustanciales”.

¹⁵⁹⁸ En este sentido, DIEGUEZ CUERVO, G.: “Conceptos económicos en la regulación de las relaciones de trabajo (una novedad de nuestras reformas laborales)”, cit., pg. 831 y ss, señala que, justamente por esa imposibilidad de probar hechos futuros, añadida a la alta indefinición de la noción de “mejora de la situación de la empresa”, el Juez estará en realidad fallando discrecionalmente acerca de la justificación de la medida modificativa.

¹⁵⁹⁹ Véase LARENZ, K: *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pgs. 151 a 156; igualmente, VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia*, trad. L. Díez Picazo, Tirant lo Blanch, 2.007.

¹⁶⁰⁰ Señalan MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit., pg. 101, que “en estos supuestos, la propia norma legal deja abierto el conflicto de intereses que el intérprete debe equilibrar sin posibilidad de recurso a la aplicación al caso concreto de la composición que debiera haber encontrado sedimento en la norma legal”.

¹⁶⁰¹ Sobre la construcción de reglas generales puede verse HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., pgs. 160 a 165.

instrumentalidad de las mismas en relación con la decisión adoptada y la relación de proporcionalidad entre aquéllas y ésta¹⁶⁰².

Esta afirmación nos emplaza directamente con el problema de la delimitación del margen de apreciación que asume el órgano judicial frente a una impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sea ésta individual o colectiva. La respuesta, unánime¹⁶⁰³, como no podía ser menos, es que atenderá a la verificación de la regularidad del procedimiento seguido en la modificación y su necesaria adecuación a las previsiones legales, así como a los criterios de selección de los trabajadores afectados, aunque no puede llegar, en ningún caso, a extenderse al control de oportunidad económica u organizativa de la medida adoptada por el empresario¹⁶⁰⁴, es decir, a la conveniencia o no para la empresa de buscar determinados efectos a través de esa medida¹⁶⁰⁵, lo que

¹⁶⁰² Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: *Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica*, cit., pg. 84. Véanse, p.e., las SSTSJ de Madrid de 9 de junio de 1.999, AS 2189, y de 16 de junio de 1.999, AS 3061, cuando dicen que “la legalidad y adecuación a derecho de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se centra en determinar su racionalidad, su proporcionalidad, su lógica interna, y su coordinación con otra u otras, de cualquier índole, que se adopten, más no su éxito”.

¹⁶⁰³ Por todos, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo...”. cit., pg. 249.

¹⁶⁰⁴ Véase, entre otras, la STS de 5 de diciembre de 2.006, Ar 2.007/2875, repite la dicción de la STS 8 enero de 2.000, Ar 394, cuando establece que el “control de existencia, razonabilidad y proporcionalidad corresponde al órgano judicial, en términos, naturalmente que no autorizan al Juzgado a sustituir al empresario en la adopción de las medidas que adopte con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa”. En igual sentido, entre otras, las SSTSJ de STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.007, AS 1187, de Cataluña de 29 de septiembre de 2.004, JUR 317403, de STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2.004, AS 2971, y de 17 de octubre de 2.001, AS 4635. Igualmente en esta línea PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAIREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, AL, núm. 46/1.997, pg. 1.116, rechazan la posibilidad de que el control judicial se centre en la oportunidad de la medida y no en la razonabilidad.

¹⁶⁰⁵ En esta lógica, p.e., la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2.001, AS 4635, dice claramente que “el juicio de razonabilidad que el Juez debe realizar, caso de que la decisión empresarial sea impugnada, debe, en efecto, limitarse a constatar que aquélla es una de las medidas empresariales posibles para contribuir a «mejorar la situación de la empresa a través de una adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda», sin ejercer control de oportunidad alguno, esto es, sin arrogarse la función de sustituir el empresario en la elección de la medida empresarial óptima”. También la STSJ de Galicia de 26 de enero de 2.004, AS 2073, afirma que “no es valorable la oportunidad que, conforme a los poderes organizativos de la empleadora, le corresponde valorar”. Igualmente la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de febrero de 2.007, AS 1593: “Mas en el ejercicio de tal control no puede sustituir al empresario en sus prerrogativas de gestión. Lo que la Ley exige de la medida es que “contribuya” a la consecución de los fines legales y es la constatación de tal contribución el límite del control que puede ejercer el juez. Si la medida adoptada por el empresario contribuye razonablemente a la consecución de los fines explicitados por el legislador, si es una de las posibilidades de gestión razonables, el juez debe sin más convalidarla. No corresponde a éste entrar a valorar si dicha medida es o no la más adecuada desde el punto de vista empresarial y menos exigir que tal medida sea decisiva para “per se” superar la situación de la empresa”.

implicaría el uso por el órgano jurisdiccional de conceptos puramente económicos respecto a los cuales ni puede ni debe decidir nada¹⁶⁰⁶, entre otras cosas porque la medida modificativa se adopta pensando en un determinado resultado y *a priori* es imposible saber si logrará o no los objetivos propuestos¹⁶⁰⁷. Además, esta atribución superaría la valoración en Derecho que conforma la tarea jurisdiccional, que debe limitarse a resolver la pretensión que se le somete con el único fin de determinar si la facultad empresarial de modificación unilateral del contrato de trabajo se ha ajustado o no a las previsiones legales¹⁶⁰⁸.

Asimismo la STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.007, AS 1187, dice que “El control de la existencia, razonabilidad y proporcionalidad de la causa corresponde al órgano judicial en términos que no le autorizan a sustituir al empresario en la adopción de las medidas que adopte con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa”.

¹⁶⁰⁶ A este propósito la STSJ de Valencia de 5 de diciembre de 2.000, JUR 2.001/164335, señala que “los conceptos utilizados por la ley son netamente económicos, por lo que el juicio de razonabilidad de la medida solo cabe extenderlo a la concreta medida adoptada en relación a la consecución de los objetivos legales de referencia”.

¹⁶⁰⁷ Acerca de esta cuestión señalan MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cit. pg 108 y 109, en un razonamiento enteramente aplicable a las modificaciones sustanciales, que “los elementos finalistas de la definición de los despidos colectivos –en su vertiente económica o reorganizativa- no son susceptibles de prueba con la rotundidad exigible respecto a los hechos, ya que no se trata de tales, sino de una previsión de futuro. Lo único exigible es una actividad que tienda a acreditar que las extinciones que se acuerdan tendrán, racionalmente, el efecto querido a través de la medida”. En la misma línea, MONTOYA MELGAR, A.: “La nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en AA.VV., MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (dir.), *Puntos críticos de la reforma laboral*, Madrid, 1.996, pg. 145. En ese sentido, la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, dice que “el objeto de valoración es, por tanto, en este punto, no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas”, mientras que la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de febrero de 2.007, AS 1593, se refiere a “la técnica tradicional de la presunción”, puesto que “Si la medida adoptada por el empresario contribuye razonablemente a la consecución de los fines explicitados por el legislador, si es una de las posibilidades de gestión razonables, el juez debe sin más convalidarla”.

¹⁶⁰⁸ Señala ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., pg. 27, que el margen de valoración “se amplía considerablemente en los casos en que la solución del conflicto se encomienda a un tercero: la solución extrajudicial de las discrepancias, tan promovida por la reforma laboral de 1994, encuentra, precisamente, en el terreno de las modificaciones sustanciales uno de sus ámbitos más destacados de actuación”. Acerca de las posibilidades del uso de laudos arbitrales puede verse MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C.: “Arbitraje obligatorio en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales”, RL, núm. 19/2.003. Entre la jurisprudencia la mayor parte de las sentencias citadas en las notas anteriores se refieren a la necesaria adecuación y conexión de la causa con la modificación adoptada “en orden a la finalidad requerida por el legislador”. Por todas la STS de 5 de diciembre de 2.006, Ar 2.007/2875.

En cualquier caso, no debe olvidarse que la valoración de lo que es conveniente a la empresa y la adopción de las consiguientes medidas, está atribuido en nuestro ordenamiento, como se ha señalado anteriormente, al empresario, quién decide lo adecuado para el mejoramiento de la productividad y competitividad de su empresa¹⁶⁰⁹, puesto que, lógicamente, es más probable que sea él y no el juez quien domine las técnicas de análisis económico que permitan tal valoración, que son las que a la postre le permitirán seleccionar la medida concreta, de entre las diversas que el ordenamiento le ofrece en la permanente búsqueda de la mayor eficiencia y competitividad de su empresa, adaptando la solución a la causa concreta, o mejor, a la manifestación concreta de la causa alegada¹⁶¹⁰.

Por eso, el juez debe tener presente, cuando enjuicie una decisión modificativa empresarial, que en la gestión de recursos humanos ni existe ni puede existir, por principio, una lógica ni una ortodoxia únicas, por cuanto la gestión del factor trabajo está influenciada por una multiplicidad de circunstancias, que deben ser valoradas por el empresario como parte de las facultades organizativas que integran su derecho al ejercicio de la libertad de empresa¹⁶¹¹. Aquí, la labor judicial no debe nunca extralimitar la valoración de la razonabilidad de la medida, sin entrar en si es la más oportuna o la mejor de las posibles, de modo que si la medida es razonable en atención al objetivo perseguido el juez se debe limitar a considerarla procedente¹⁶¹², siempre que responda a “criterios

¹⁶⁰⁹ Véase, en esta lógica, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “El Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 102.

¹⁶¹⁰ MONTOYA MELGAR, A.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 26: “El empresario es libre de elegir unas u otras opciones porque se lo permite el art. 38 de la Constitución (y, antes y por encima de él, la naturaleza de las cosas). Titular del “periculum” y el “commodum”, el empresario gestiona porque responde, y responde porque gestiona”.

¹⁶¹¹ Véase lo dicho anteriormente acerca de la libertad de empresa. En esa lógica la STS de 17 de mayo de 2.005, Ar 9696, se refiere a que “la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo (...) es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución”.

¹⁶¹² Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, cit., pg. 84. Para este autor “la búsqueda por el juez de una supuesta racionalidad máxima de la decisión modificativa sería sustituir al empresario por el juez en la adopción de una decisión de gestión de personal, sustitución que no se compagina en absoluto con su papel de juzgar con arreglo a Derecho”.

objetivos de ordenado desarrollo de la actividad productiva, extraíbles de reglas de común experiencia”¹⁶¹³.

Así pues, la constatación de la alteración de las circunstancias citadas y la situación de necesidad que originan, así como la valoración de los fines inmediatos perseguidos con las reformas: aumento de producción o de ventas, reducción de costos, ahorro energético, mejora del servicio o de la calidad de los productos, mejor aprovechamiento del personal, etc., puestos en relación con el fin protegido, son los elementos de juicio que ineludiblemente se tendrán que manejar para convalidar las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo¹⁶¹⁴. Porque la prueba únicamente puede versar sobre las condiciones de trabajo existentes y los efectos que se pretenda eliminar mediante la modificación, pero lo que no podrá probarse es que la medida conlleve ineludiblemente una mejor organización de los recursos productivos, por cuanto es una valoración sobre la que se podrá argumentar y alegar, pero nunca probar, al igual que sucede con la idea de que la medida favorezca la posición competitiva de la empresa, que es una expectativa que se podrá valorar, pero no probar¹⁶¹⁵.

En resumen, se puede afirmar que el control jurisdiccional opera, además de comprobar la regularidad procedimental¹⁶¹⁶, sólo sobre la relación de causalidad, de modo que el juez se

¹⁶¹³ Véase GHERA, E.: *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1.993, pg. 239. La STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2.007, AS 1187, señala que “basta con que la medida en cuestión sea razonable desde la perspectiva de una buena gestión empresarial. A tal efecto, se parte de la base, como presunción «iuris tantum» derivada de la lógica y de la experiencia, de que el empresario actúa siempre en defensa e interés de la mercantil que gestiona”. En similar sentido la STSJ de Madrid de 9 de junio de 1.999, AS 1289.

¹⁶¹⁴ La Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas de reconversión industrial, ya se refería a esta idea como la “racionalización de los procesos productivos y su adecuación a las exigencias del desarrollo económico y tecnológico y a las condiciones específicas del mercado”, como puso de relieve LÓPEZ-TARRUELLA, cit., pg. 101.

¹⁶¹⁵ En este sentido, véase GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo...”, cit., pg. 83.

¹⁶¹⁶ Existe un gran número de sentencias que rechazan la modificación propuesta por incumplimiento de requisitos formales, pudiendo señalarse, p.e., las SSTSJ de Madrid de 22 de octubre de 2.007, AS 3483, de Cataluña de 17 de julio de 2.007, AS 3206, de 2 de enero de 2.007, JUR 328637, y de 3 de noviembre de 2.004, AS 3570, de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092, , de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de diciembre de 2.005, AS 584, de 24 de junio de 2.004, AS 1997,

limitará a constatar la razonabilidad de la modificación contractual mediante la prueba de los hechos en que la modificación se fundamenta y la conexión de instrumentalidad existente entre la causa alegada y las medidas modificativas adoptadas, debiendo declararse justificada la modificación si ésta es razonable, proporcional y adecuada¹⁶¹⁷, pero sin que tenga por qué ser la medida óptima¹⁶¹⁸ para enfrentar la causa o razón alegada, bastando con que sea una de entre las posibles acciones a tomar¹⁶¹⁹, valorándose por el juez si con la medida o medidas adoptadas se van a alcanzar razonablemente los efectos perseguidos y si éstos con coincidentes con lo previsto en la norma, de modo que, como se ha reiterado jurisprudencialmente, el empresario no tiene que aportar una prueba absoluta de vinculación automática entre medidas y fines, sino sólo una conexión de razonabilidad¹⁶²⁰.

y de Galicia de 26 de septiembre de 2.001, AS 2999.

¹⁶¹⁷ La STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 1.999, AS 2189, dice que “se les puede y debe exigir, además, a esas medidas que sean proporcionales, dicho sea en el sentido de que exista una relación de “medidas-precio” no desorbitada, de manera tal que, provocando el menor “daño” posible, obtengan el mayor “beneficio” factible”, puesto que “hay que juzgar la adecuación a Derecho, su proporcionalidad y razonabilidad”, a lo que añade que “sin que, además de todo eso, se les exija que deban tener éxito, pues éste, el éxito, las más de las veces no sólo vendrá de la mano de la toma de tales medidas, sino de la conjunción de ellas con otras propias de la empresa”.

¹⁶¹⁸ La SSTSJ de Madrid de 9 de junio de 1.999, AS 2189, y de 16 de junio de 1.999, AS 3061, entre otras, dicen que “lo que no se les puede ni debe exigir es que tengan éxito siempre y al 100%, pues existe lo que en los ordenamientos anglosajones se denomina “power to err”, o derecho a errar, es decir, derecho a cometer una equivocación o, más sencillamente, a no acertar del todo y en el todo. El éxito de las medidas constituirá prueba de esas características exigibles, pero su fracaso o, sencillamente, su no éxito total no es por sí mismo acreditación de su inadecuación a derecho”. Sin embargo existe alguna opinión contraria, como la expresada por la SJS núm. 1 de Oviedo, de 10 de febrero de 1.995, AL, t.I, 1.995, ref. 530, que entiende que el Juez debe comprobar si el empresario ha optado por la medida óptima.

¹⁶¹⁹ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 184 y ss., donde señala que “puesto que la economía y la gestión de recursos humanos no son ciencias exactas, la valoración externa de la conveniencia de la empresa debe ceñirse a si son ciertas (probadas) y económicamente razonables las razones alegadas; y no a si se ha seleccionado el mejor conjunto o combinación posible de medidas de respuesta a dichas causas”; igualmente, MONTOYA MELGAR, A.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica...”, cit., pgs. 25 y ss.

¹⁶²⁰ Señala SAN MARTÍN MAZZOCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 122 que “en algunos pronunciamientos, principalmente de Juzgados de lo Social, se observa una aparente valoración de que la medida conlleve o no una mejora de la posición empresarial en el mercado (Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 5 de Valencia, de 4 de mayo 1995, AL, t. II, 1995, Ref. 1054; Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 16 enero 1996, AL, núm. 23, 1996, Ref. 946; Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, de 19 de octubre 1994, AAL, t. III, 1994, Ref. 1877). Sin embargo, decimos que sólo es aparente, en cuanto que el Juez, aun cuando refiere la exigencia de que se cumpla tal requisito, se acoge al razonamiento simplificado de constatar la prueba de los hechos alegados y la congruencia entre los mismos y la medida modificativa”.

Ahora bien, el juez, no obstante estas restricciones de su margen de apreciación, no está inexorablemente abocado a convalidar la modificación independientemente de la actuación procesal de la empresa, puesto que la norma legal supedita la validez de la modificación, en cualquiera de sus variantes y modalidades, es decir ya sea individual o colectiva, temporal o definitiva, al cumplimiento de una triple exigencia: una causa, que la modificación contribuya a la mejoría empresarial y que exista una relación de causalidad entre ambas¹⁶²¹.

En esta lógica, para la convalidación de la medida, al órgano judicial no debe bastarle la mera alegación de la causa en los términos convenientes a la empresa o su exposición de un modo genérico o impreciso, sino que ha de considerar cumplidamente probada la causa alegada, al igual que su incidencia favorable en el logro de las mejoras pretendidas, no debiendo ser suficiente una afirmación genérica o imprecisa de aquella, que no permita deducir en que medida hace necesaria la modificación impugnada¹⁶²², que son los requisitos exigidos por la norma para que el empleador pueda llevar a cabo modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Por eso, el juez debe llegar al convencimiento de la realidad de la causa alegada¹⁶²³ y de que tiene una razonable relación¹⁶²⁴ con la

¹⁶²¹ En igual sentido, por todas, la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, señala que el juez “se limita a controlar si las causas en las que la empresa justifica la modificación son o no reales y si la medida propuesta se ajusta o no a los objetivos legales de la norma”.

¹⁶²² En esta lógica, p.e., se expresan las SSTs de 8 de enero de 2.000, Ar 394, y de 5 de diciembre de 2.006, Ar 2.007/2875 cuando señalan que esto supondría “desembocar en un sistema en el que bastaría alegar la existencia de una causa legal de modificación para apreciar su suficiencia, negando, consecuentemente, al órgano judicial un control, siquiera mínimo, sobre la racionalidad y proporcionalidad de la medida”, seguidas, entre otras, por la STSJ de Aragón de 31 de marzo de 2.003, AS 2379. Igualmente la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2.007, AS 1471, rechaza la modificación pretendida porque “ni se argumentaba la causa, y ello era obligado (económica, técnica, organizativa), ni tampoco parece precisarse que fuese algo definitivo, pues se alude a implantación y seguimiento; y, de otro lado, no existe una definición específica de términos ni de intencionalidad empresarial a los efectos de posible movimiento de defensa o actuación por parte de la trabajadora”.

¹⁶²³ La STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 1.998, AS 579, afirma que “basta la existencia de alguna de las razones legales para adoptar la medida adecuada”, sin que el precepto legal “exija que la medida adoptada sea consecuencia de un cambio de circunstancias en relación con una situación precedente”.

¹⁶²⁴ La STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, p.e., se refiere a “juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable”, al igual que la STS de 14 de junio de 1.996, Ar 5162, aunque ésta añade que esa conducta debe llevarse a cabo “con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas”.

modificación adoptada, que debe guardar un equilibrio entre la gravedad de la situación que se pretende solucionar y la mayor o menor repercusión de la medida modificativa¹⁶²⁵, pero sin caer en interpretaciones que puedan parecer excesivas¹⁶²⁶.

Sin embargo, la verdad es que, a consecuencia de todo lo dicho anteriormente, el margen judicial de apreciación se sitúa en un impreciso lugar entre la mera convalidación de la causa, atentatoria contra la letra y el espíritu de la norma legal, y el control de oportunidad económico, ilícito también en cuanto afecta negativamente al derecho a la libertad de empresa, dependiendo en cada caso de las circunstancias concretas y de la propia opción del juzgador sobre la exigencia de un mayor o menor número de elementos de juicio para formar su convicción.

Por eso, si pretendemos encontrar en las resoluciones judiciales un criterio que tenga cierta unidad sobre las pautas interpretativas utilizadas para considerar acreditada o no la causa alegada, vemos que éste no existe más allá del juicio de razonabilidad, derivado de la lógica interna de la propia norma, y el carácter casuístico de los supuestos modificativos, lo que contrasta con el interés de la doctrina por identificar las posibles variables de aplicación. En cualquier caso, esta ausencia de pautas interpretativas no ha impedido, en general, una apreciación razonable de las motivos invocados en cada supuesto concreto¹⁶²⁷, aunque sí se puede afirmar que los pronunciamientos judiciales consideran

¹⁶²⁵ Como dice la STSJ de Madrid de 9 de junio de 1.999, AS 2189, se les debe exigir a esas medidas “que sean proporcionales”, de modo que “provocando el menor “daño” posible, obtengan el mayor “beneficio” factible”, es decir, su proporcionalidad y razonabilidad.

¹⁶²⁶ La STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 1.999, AS 2.000/337, rechaza el cambio del sistema de turnos de trabajo, a pesar de que permite evitar “solapes improductivos” y pasar de 93 a 88 los trabajadores de la sección, porque “no basta el mero interés empresarial para justificar la medida ya que los derechos de los trabajadores también deben ser protegidos. Si la empresa no acredita una necesidad objetiva de incremento de producción y además su necesidad puede ser subsanada a través de otras medidas, es correcto el razonamiento de la sentencia de instancia cuando expresa que la medida es claramente desproporcionada a pesar de que evidentemente redundaría en un beneficio empresarial, apoyándose en lo dispuesto en el art. 41 basado en la ponderación y el respeto a intereses enfrentados”. Curiosamente la empresa en ningún momento alega que pretenda aumentar la producción, sino sólo organizar mejor los turnos de trabajo para evitar tiempos improductivos.

¹⁶²⁷ Así, por ejemplo, se considera causa acreditada de diversas modificaciones sobre el tiempo de trabajo la reducción de éste tras modificarse las condiciones de una contrata de limpieza (STSJ Baleares 25 febrero 1998, AS 698); la reestructuración de diversos servicios (SSTSJ Cataluña 19 julio 1997, AS3568, y Galicia 6 abril 1999, AS 847); la unificación de los horarios de diversas categorías profesionales (STSJ Cataluña 16 marzo 1999, AS 386); o la recomposición de los turnos de trabajo para cubrir el horario de diferencia con otros países con los que se mantienen relaciones comerciales (STSJ Cantabria 12 marzo

acreditada la causa alegada por la empresa si ésta ha se ha esforzado, mínimamente, por demostrar la relación entre aquella y la modificación y sin profundizar excesivamente sobre la contribución positiva de la modificación a la situación de la empresa, ni por qué afecta a determinadas condiciones de concretos trabajadores y no a otros¹⁶²⁸.

La realidad es que, una vez superadas las dudas interpretativas iniciales tras la reforma de 1.994¹⁶²⁹, del análisis jurisprudencial se desprende que, en general, no parece difícil conseguir la convalidación de la medida modificativa si se respetan algunas normas elementales, como son la alegación formal de la existencia de alguna de las causas legales habilitantes, por si acaso el órgano judicial no es de aquellos a los que les basta la mera formulación de que la propuesta modificativa se basa en la existencia de “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” y la formulación ritual de que la modificación contractual planteada contribuirá, más o menos decididamente, a la mejoría de la situación competitiva de la empresa o de la respuesta a las exigencias de la demanda.

Porque de las sentencias examinadas no se desprende que en todos los casos se exija una prueba rotunda de que la medida adoptada responde a una realidad causal concreta, sino

1998, AS 5439). Por contra, No se consideran causas acreditadas las razones presupuestarias en ejecución de una decisión de la sede central para suprimir turnos y guardias (STSJ Cataluña 24 noviembre 1998, AS 4229); la adaptación de un cierto complemento salarial alegando circunstancias que ya se conocían cuando se fijó aquél (STSJ Cataluña 1 diciembre 1998, AS 4953); o la falta de trabajo propio de las funciones contratadas para incrementar la jornada (S Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, 5 octubre 1998, AS 4811).

¹⁶²⁸ Igualmente han puesto de relieve esta situación ROMAN DE LA TORRE, MD: *Modificación sustancial...*, cit, pg. 30, y GOERLICH PESET, J.Mª: “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, AS, núm. 13/2.007, pg. 67. Criticando este planteamiento y reclamando una mayor exigencia judicial, MOLERO MARAÑÓN, Mª.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación...”, cit., pg. 39.

¹⁶²⁹ Un ejemplo de esta diversidad de tendencias, una innovadora y acorde con la reforma, y otra continuista y no tan afín, es la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 17 de febrero de 1.995, AS 626, donde el magistrado de instancia, ante la pretensión de la empresa de reducir la jornada en 1 hora y 45 minutos para adaptar la jornada a las horas de trabajo, argumenta su decisión en que “la reciente modificación normativa sólo de forma aparente ha concedido mayor libertad a las empresas para modificar las condiciones de trabajo, que deben probarse cumplidamente las causas de la decisión y que ésta es la más adecuada, y que en caso concreto la empresa demandada pudo no aceptar la propuesta de la Universidad Salmantina para realizar los servicios de limpieza de la misma, si la reducción de horas de trabajo que le impuso dicha Universidad suponían un grave perjuicio económico y en definitiva que en el proceso no existen datos para justificar la medida que ha provocado el presente proceso”. A continuación la Sala estima cumplidos sobradamente los requisitos legales.

que lo que normalmente se comprueba es la existencia de una razonable conexión entre la medida propuesta y la mejora de la situación de la empresa, ya sea en un aumento de competitividad, es decir en una disminución de costes, ya de mejor respuesta a la demanda, es decir mejor atención al cliente o una respuesta más inmediata frente a los estímulos de la demanda. Verdaderamente, esta manera de resolver la conflictividad judicial planteada por las modificaciones sustanciales parece ser la más correcta y cercana a los presupuestos normativos de la redacción del artículo 41 LET. De esta manera sí se están contemplando las modificaciones sustanciales como una de las herramientas de uso ordinario y cotidiano para adaptar la organización de la empresa a sus necesidades reales. En esta lógica, la alegación de la existencia de causa es una formulación casi retórica en la mayoría de los planteamientos empresariales y, sin embargo, lo que sí se tiene bastante más cuidado en precisar es que la modificación propuesta va a traducirse en una disminución de costes o una mejor atención a las necesidades de la demanda.

Y es que, desde el momento en que no se exige una situación de crisis, ni la existencia de dificultades de la empresa en el mercado, ni problemas económicos o de organización de recursos, sino que basta, como se ha resaltado por la jurisprudencia, que la modificación contribuya a la mejoría de la situación de la empresa, pudiendo ser adoptada aunque el balance sea positivo¹⁶³⁰, se impone la realidad y nos dicta que no existe problema alguno para justificar debidamente la necesidad reorganizativa, porque sólo se necesita argumentar, como ya se ha dicho, de un modo que sea formalmente correcto y acorde con las exigencias normativas, lo que no es precisamente difícil, por supuesto cumpliendo los requisitos formales y procedimentales¹⁶³¹, que son los que invalidan bastantes de las propuestas empresariales. En cuanto a la conexión de razonabilidad, tampoco parece demasiado difícil dar cumplida razón, por cuanto si la medida no se toma por mero

¹⁶³⁰ En esta lógica argumenta la STSJ Cataluña 10 julio 1998, AS 3191: “(...)la posibilidad de imponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no se vincula a la superación de una situación económica negativa de la empresa ni a garantizar su viabilidad futura y el mantenimiento del empleo en la misma como, por el contrario, exige el art. 51 ET para el despido colectivo por causas económicas u organizativas; de ahí que no sea necesario que la empresa se encuentre ante una situación de emergencia o esté en peligro de subsistencia (...). Bastará que la modificación contribuya a mejorar la situación de la empresa en el mercado para que la medida esté justificada, por lo que su adopción cabe aunque el balance económico de la empresa pueda ser positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad (...)” STSJ. En el mismo sentido y del mismo Tribunal, las de 24 noviembre 1998, AS 4229, y 16 marzo 1999, AS 386.

¹⁶³¹ Sobre esta cuestión se volverá más extensamente. Véase *infra*.

capricho o por causar molestias gratuitas, sino que responde a una situación organizativa real que de modificarse va a traducirse en un ahorro económico o un mejor servicio a los clientes de la empresa, porque cualquier cambio organizativo se decide, se planifica e, incluso, se presupuesta con la pretensión de que así sea. Otra cosa es que realmente lo consiga, pero ese futuro es otra cuestión que ya hemos analizado, puesto que ya es bastante que parezca que puede conseguirlo.

No obstante esta ausencia general de criterios interpretativos se pueden señalar algunos muy concretos: uno, el referente a las circunstancias en que puede convalidarse la existencia de una causa económica, siendo suficiente que la medida contribuya a mejorar la situación de la empresa sin que tenga que existir una situación de crisis o de déficit. Otro, el que se refiere a las especificidades de las Administraciones Públicas en cuanto a la justificación de las causas justificativas de modificaciones, por cuanto no se admite como causa válida la alegación de motivos económicos, puesto que las obligaciones de aquellas con respecto a los ciudadanos, que son las que fundamentan la necesidad de realizar determinadas tareas, “escapan por completo a los criterios de mercado y de competitividad”¹⁶³², así como se interpreta específicamente que las causas organizativas han de vincularse a “una mejora en la prestación del servicio público”¹⁶³³.

¹⁶³² STSJ Cataluña 10 julio 1998, AS 3191.

¹⁶³³ STSJ Galicia 6 abril 1999, AS 847.

PARTE TERCERA: LOS PROCEDIMIENTOS MODIFICATIVOS Y SUS EFECTOS

I. LOS PROCEDIMIENTOS MODIFICATIVOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El artículo 41 LET establece para las condiciones de trabajo un procedimiento modificativo distinto en función de que éstas sean de titularidad individual o bien tengan un origen y efectos colectivos. Ahora bien, es común a ambos tipos de procedimiento el que la iniciativa para proceder a la modificación corresponde a la dirección de la empresa¹⁶³⁴, aunque el procedimiento para llevar a cabo la modificación sea diferente, en función de que el cambio afecte a condiciones de carácter individual o de carácter colectivo. Estos procedimientos son de obligatoria observancia para aquellos casos en que el empresario no hubiese convenido con los trabajadores afectados el oportuno acuerdo novatorio, de modo que se ve obligado, si quiere proceder a la modificación que hubiese previsto, a seguir las reglas legales prescritas en el artículo 41 LET y, si es el caso, las normas convencionales acordadas al respecto. Además de estos procedimientos, fijados en la norma estatutaria, la nueva ley concursal ha venido a establecer otro modo de llevar a cabo las modificaciones sustanciales, que será analizado a continuación, como los anteriores.

2. PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN INDIVIDUAL

Este procedimiento del párrafo tercero del artículo 41 LET, de los varios que se recogen en el texto legal, es el que corresponde seguir para la implementación de las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales individuales, entre las que

¹⁶³⁴ El artículo 41.1 LET comienza diciendo que “la dirección de la empresa, cuando existan razones (...), podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”.

se incluyen las plurales, como anteriormente se dijo¹⁶³⁵. Este mecanismo modificativo de condiciones individuales de trabajo tiene un carácter alternativo al pacto novatorio individual, puesto que nada impide que la modificación se lleve a cabo a su través, sin necesidad de acudir al procedimiento normativo. Es más, el cauce normal de la modificación debiera ser la novación contractual y, en la práctica organizativa, sólo tras el rechazo del trabajador a la propuesta empresarial se recurre al ejercicio unilateral de la potestad modificatoria de la empresa¹⁶³⁶.

La parquedad de la dicción legal únicamente señala que la decisión modificativa del empresario debe notificarse al trabajador o trabajadores afectados y a sus representantes legales¹⁶³⁷ con una antelación mínima a la fecha de efectividad de la modificación de, al menos, treinta días.

De aquí que resulte evidente que la alteración sustancial de las condiciones de trabajo individuales sea decidida unilateralmente por el empresario, al que la única obligación que se le puede exigir es que su decisión responda a la existencia demostrable de las causas tasadas legalmente y a la conexión de razonabilidad que debe existir entre las causas, el cambio pretendido y el resultado previsto en la norma, que no es otro sino que con la modificación mejore la situación de la empresa o su posición competitiva en el mercado¹⁶³⁸.

¹⁶³⁵ Sobre esta distinción véase *supra*.

¹⁶³⁶ Cfr. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, cit., pgs. 108 Y 109.

¹⁶³⁷ La obligación de notificar a los representantes de los trabajadores fue introducida en el texto legal, con la finalidad de ampliar los derechos de información de los representantes legales a los supuestos de modificaciones individuales (véase enmienda núm. 196 del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados (BOCG de 22 de febrero de 1.994 –Congreso de los Diputados –V Legislatura- Serie A. núm. 42-4). Sobre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en general, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas-Universidad de Granada, Madrid, 1.992.

¹⁶³⁸ Sobre esta conexión de razonabilidad véase con más amplitud todo lo argumentado *supra*.

No obstante lo anterior, en cualquier caso, esta decisión modificativa unilateral ha de someterse, para su validez, al procedimiento previsto en el 41.3 LET, del que, a pesar de la simplicidad de su regulación legal, es necesario precisar algunos aspectos, y la doctrina lo ha hecho, acerca de la forma y el contenido de la notificación al trabajador, así como de las consecuencias de su eventual incumplimiento, aunque señalando que se volverá más ampliamente sobre los efectos de éste, al tratar de la calificación que la sentencia del procedimiento de impugnación pueda asignarle¹⁶³⁹.

2.1. LA NOTIFICACIÓN DE LA MEDIDA MODIFICATIVA: FORMA, PLAZO Y CONTENIDO

2.1.1. Forma

Aunque la norma nada concreta acerca de la forma que deba adoptar la notificación, por lo que bien podría hacerse de manera verbal, la doctrina tradicionalmente ha exigido su formalización por escrito, entendiendo que a pesar de este silencio la norma, implícitamente, así lo exige¹⁶⁴⁰, en base, sobre todo, a la necesidad de seguridad jurídica

¹⁶³⁹ Sobre esta cuestión véase lo dicho *infra*.

¹⁶⁴⁰ Cfr. ALBIOL MONTESINOS, I.: “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial...”, cit., pg. 63; igualmente, CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 58; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, cit., pg. 1.119.

Aunque algunos pronunciamientos admiten la validez de la notificación verbal, como las STSS de Cataluña de 10 de mayo de 1.996, AS 1643, y de Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496, o de su argumentación parecen admitirla como la STSJ de Baleares de 7 de febrero de 2.006, AS 1196, la verdad es que la mayoría se inclinan, aún reconociendo que la norma nada dice al respecto, por exigir la forma escrita sancionando su incumplimiento unas con la nulidad y otras con la injustificación, pudiéndose citar, entre otras, las SSTS de Castilla-La Mancha de 18 de abril de 1.996, AS 1380, de Madrid de 21 de mayo de 1.999, AS 1253, de Madrid de 8 de abril de 2.003, AS 1980, Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2.003, JUR 178877, de Cataluña/Tarragona de 17 de julio de 2.003, AS 163, y de

que un cambio de esta entidad exige tanto para el emisor de la declaración como para el destinatario¹⁶⁴¹, junto con la exigencia, en cada caso concreto, de que el trabajador pueda valorar la adecuación de la decisión empresarial unilateral y de su justificación causal, toda vez que, aunque no se le exige al empresario llevar a cabo consultas de ningún tipo, ni con el propio trabajador afectado, ni con sus representantes, sí debe motivar y justificar su decisión en las conocidas causas o razones económicas, técnicas, organizativas y de producción del 41.1 LET¹⁶⁴².

Además, es lógico pensar, en base a la propia literalidad de la norma, que ésta induce a concluir que se deberá hacer constar por escrito, puesto que habla de notificación y no de una simple comunicación¹⁶⁴³.

Extremadura de 20 de enero de 2.006, AS 15, así como las SSJS de Madrid de 14 de octubre de 1.998, AS 3673, del País Vasco, de 7 de julio de 1.998, AS 3550, de Cataluña, Girona núm. 3, de 12 de enero de 2.001, AS 329, y de Tarragona num. 1, de 17 de julio de 2.003, AS 163.

¹⁶⁴¹ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 18; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación, cit., pg 108.

¹⁶⁴² Cfr., en este sentido, PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales...”, cit. pg. 380. Entre los pronunciamientos judiciales, véase, p.e., la STSJ de Madrid de 8 de abril de 2.003, AS 1980, y las SSJS de Cataluña, Girona núm. 3, de 12 de enero de 2.001, AS 329, y de Tarragona, núm. 1 de 17 de julio de 2.003, AS 163.

¹⁶⁴³ Si consultamos el Diccionario de la RAE de la lengua encontramos que *notificar* es “dar extrajudicialmente, con propósito cierto, noticia de algo” y “comunicar formalmente a su destinatario una resolución administrativa o judicial”, mientras que *comunicar* es “hacer a otro partícipe de lo que uno tiene; descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo”. De aquí podemos deducir que la idea de notificación implica una mayor formalidad que la de comunicación, formalidad que fácilmente puede colmarse con la comunicación escrita. En esta lógica, véanse, LÓPEZ TARRUELLA, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 321: “el hecho de que no se hable de comunicación sino precisamente de “notificación” indica (...) que deberá realizarse la comunicación por escrito”, y ROMAN DE LA TORRE, M.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 167. En contra, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 155, entiende que la término “notificación” da una idea de mera comunicación de la medida, sin profundizar en causas ni

Parece reforzar esta interpretación el artículo 4 del RD 1659/1.998, de 24 de julio¹⁶⁴⁴, que desarrolla el artículo 8.5 LET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo que, a su vez, trasponen la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre (DOL núm. 288, de 18 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Este artículo 4 del RD 1659/1.998 exige al empresario que comunique por escrito al trabajador la modificación de sus condiciones de trabajo¹⁶⁴⁵. Ahora bien, este planteamiento pierde su fuerza cuando se lee el artículo 6.3, que concede un plazo máximo de un mes para llevar a cabo esta comunicación escrita, plazo que se contará desde la fecha de efectividad de la modificación. De esta manera, la lectura inicial del artículo 4 RD 1659/1.998, que permite deducir la comunicación escrita inmediata de la modificación decidida, es decir la comunicación anticipada, como exige el 41.3, primero LET, pierde completamente su posible efectividad con respecto a la notificación al trabajador de la decisión modificativa, al convertirse en un mes de plazo, pero a partir de la implementación efectiva de la modificación.

efectos de la misma”.

¹⁶⁴⁴ P.e., STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2.003, JUR 178877, y SJS de Cataluña, Gerona, de 12 de enero de 2.001, AS 329.

¹⁶⁴⁵ Para un análisis de las implicaciones de esta transposición puede verse, p.e, GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo. Una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991”, RL, t.1/1.992; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE 4 diciembre 1997 y el RD 1659/1.998, de 24 de julio”, Aranzadi Social, núm. 11/1.998; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, RL, t. 1, 2000, pgs. 246 a 300.

De aquí ha deducido alguna doctrina¹⁶⁴⁶ la validez de una comunicación verbal al trabajador del cambio de condiciones de trabajo dentro de los treinta días de antelación a la fecha de efectividad de la decisión, tal y como exige el artículo 41.3, párrafo primero LET, disponiendo, a continuación, del plazo del artículo 6 RD 1659/1.998 para formalizar esa comunicación mediante la notificación escrita dentro del mes siguiente.

Sin embargo, esta formalización en dos momentos diferentes no parece que sea la más acertada, sobre todo por la inseguridad jurídica que conlleva, de la que es muestra algún pronunciamiento judicial¹⁶⁴⁷, aparte de que la notificación por escrito con posterioridad a la implementación de la modificación carece de las ventajas de la notificación previa, como es la certeza de que el trabajador afectado la conoce y por tanto podrá reaccionar, si lo considera oportuno, contra esta medida antes de su plena operatividad, aparte de que el cumplimiento o no de la notificación exigida por el RD 1659/1.998 en nada afecta a la validez de la modificación sustancial. De aquí que lo importante a efectos modificativos es si la notificación a que hace referencia el 41.3, primero LET, se debe hacer por escrito o es posible obviar esta formalidad y llevar a cabo la notificación al trabajador de otro modo.

Como ya se ha avanzado, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia parecen decantarse por la exigencia de la notificación escrita al trabajador, aunque en parte alguna del texto del artículo 41 aparezca esa obligación. Por eso, ante esta ausencia de pronunciamiento expreso legal, no parece que sea exigible, aunque sí verdaderamente recomendable, notificar por escrito la modificación. Ahora bien, en aquellos casos en que no se pueda o no se quiera hacer de ese modo, no parece que se incumpla la norma

¹⁶⁴⁶ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 153 y 154.

¹⁶⁴⁷ Véase la situación contemplada en la STSJ de Extremadura de 20 de enero de 2.006, AS 15, que declara injustificada la modificación en un supuesto en que, tras llevar dos meses los trabajadores cumpliendo la orden modificativa empresarial, cuando se les da por escrito la impugnan, argumentando que “una cuestión es que los trabajadores, una vez hechas saber las necesidades por el empresario, cumplan de forma voluntaria con un determinado horario, y otra muy distinta es que dicha modificación pretenda imponerse o decidirse por justificados motivos, lo cual no se niega, por el empresario, en cuyo caso la decisión ha de cumplir los requisitos legales”.

procedimental, recuerdo que nada se dice expresamente en ella, si la notificación se lleva a cabo verbalmente e, incluso, por medio de actos concluyentes, aunque en estos casos el problema lo tendrá el empleador cuando quiera probar la veracidad de su afirmación, pues, como se argumentará más detenidamente a propósito de la calificación de la modificación por el juez, lo importante es que el trabajador sea consciente de que se ha producido un cambio importante, sustancial, en sus condiciones de trabajo y este cambio le puede ser comunicado por cualquiera de estos caminos¹⁶⁴⁸.

Sin embargo, si bien es cierto que la notificación escrita soluciona fácilmente el problema de la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad de veinte días del 59.4 LET para la impugnación de la decisión modificativa, al igual que su contenido permite articular adecuadamente o no la defensa de la posición del trabajador¹⁶⁴⁹, también lo es que en aquellas ocasiones en que falte la notificación escrita el empresario debe demostrar la comunicación verbal al trabajador en una concreta fecha, para así salvar el trámite exigido. Pero la jurisprudencia, como se verá más adelante, no lo entiende así y señala mayoritariamente que en estos supuestos ni es aplicable el plazo de caducidad de veinte días, ni la impugnación se llevará a través del 138 LPL, sino del procedimiento ordinario dentro del plazo de un año desde que se implementó la modificación, aunque existe otra posibilidad, el retraso del *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad, entendiéndose hecha la notificación en el momento en que el empresario informe al trabajador sobre sus nuevas condiciones de trabajo, de acuerdo con la exigencia de comunicación escrita que los artículos 4 y 6 del RD 1659/1.998 contienen¹⁶⁵⁰. En cualquier caso, no se puede estar de acuerdo con este

¹⁶⁴⁸ En esta lógica, ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 169, dirá que “no me parece del todo plausible afirmar, sin más, que una modificación individual no comunicada en forma al trabajador afecte *per se* a la validez de la decisión empresarial, ni determine automáticamente su nulidad”.

¹⁶⁴⁹ P.e., ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 167.

¹⁶⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 153.

modo interpretativo que exige imperiosamente la notificación escrita, como se explicará con más amplitud al tratar las posibles calificaciones que la sentencia de impugnación puede otorgar a la modificación.

2.1.2. Preaviso

La notificación al trabajador tiene dos vertientes: una, la forma, que ya se ha estudiado, y otra, el plazo en que ésta debe realizarse. Aquí, a diferencia de lo que sucede con la forma que debe adoptar la notificación, si tenemos un pronunciamiento normativo expreso, puesto que el 41.3, primero LET señala que se hará “con un antelación mínima de treinta días a la efectividad de la modificación”.

Sin embargo, la doctrina judicial no se ha mostrado totalmente unánime al respecto, puesto que si unos, los más, opinan que debe notificarse previamente¹⁶⁵¹, otros, con un modo de pensar más flexible, opinan que no siempre debe exigirse la comunicación previa, atendiendo al conocimiento que con anterioridad tenían los trabajadores del proyecto de modificación o a la innecesariedad de especificar exhaustivamente la causa si se realizaron consultas previas con los representantes, situación que se da especialmente en supuestos de modificaciones colectivas, pero también cuando éstas son individuales o plurales¹⁶⁵². Ahora bien, para alguna doctrina, el problema de la notificación no reside en si se hace verbalmente, por escrito o por actos concluyentes, puesto que la notificación en cualquier caso se ha llevado a cabo, sino en el cumplimiento o no del requisito legal del preaviso, lo que enlaza con la utilidad de éste.

¹⁶⁵¹ P.e. SSTSJ de Extremadura de 20 de enero de 2.006, AS 15, de Madrid de abril de 2.003, AS 1980, de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2.003, JUR 178877, o de Castilla-La Mancha, de 18 de abril de 1.996, AS 1380.

¹⁶⁵² ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 167. P.e., STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1.996, AS 622. En una lógica contraria, la SJS del País Vasco, de 30 de julio de 1.998, AS 3550, señala que la comunicación individual al trabajador ha de llevarse a cabo aunque éste forme parte del comité de empresa y el empresario haya informado previamente al mismo.

La finalidad del preaviso es, sin duda alguna, permitir al trabajador, en el período que va desde la notificación a la efectividad de la medida modificatoria, que decida si acepta o no la propuesta y si, en este caso, opta por rescindir su contrato o impugnar la decisión empresarial acudiendo a la jurisdicción, aunque también cabe que emplee estos días para intentar un acuerdo que evite la impugnación judicial de la modificación, sobre todo en los casos en que por tratarse de modificaciones estrictamente individuales no ha existido período de consultas con los representantes de los trabajadores, puesto que su tramitación afecta, en principio, exclusivamente al trabajador afectado y al empresario. En resumen, el período de preaviso puede verse como un trámite que “constituye una fase de enfriamiento que permite a las partes valorar y reaccionar frente a los efectos de la medida modificativa”¹⁶⁵³, sirviendo, en este sentido, para propiciar una solución convenida y, accesoriamente, para reducir el tiempo de posible impugnación judicial por parte de los trabajadores¹⁶⁵⁴, así como para reorganizar su vida si la incidencia de la modificación en ella es muy grande¹⁶⁵⁵.

En cuanto a la falta de preaviso, total o parcial, este incumplimiento no tiene que afectar a la validez de la modificación, por lo que no debe conllevar consecuencia negativa alguna para la empresa, salvo la posibilidad de que el trabajador pueda negarse a

¹⁶⁵³ Sobre el significado del preaviso puede verse CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 154, donde señala que el plazo de preaviso permite que las partes implicadas valoren adecuadamente los efectos de la modificación y la posible reacción que deban adoptar frente a ellos: el trabajador decidiendo entre la aceptación o el rechazo de la modificación, sea vía resolución contractual o impugnación judicial, y el empresario adaptando su organización a los cambios previstos.

¹⁶⁵⁴ PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 380.

¹⁶⁵⁵ P.e., la SJS de 14 de octubre de 1.998, AS 3673, donde se estima observado el plazo de preaviso al coincidir la notificación con el inicio de las vacaciones y la efectividad de la modificación con la reincorporación al trabajo después de su disfrute, considerando que el trabajador dispuso de treinta días de plazo para decidir lo más conveniente a sus intereses.

realizar su trabajo en las nuevas condiciones durante la totalidad de la duración del preaviso o durante los días de preaviso omitidos por la empresa del plazo legal de 30 días anteriores a la efectividad de la modificación, pudiéndose hablar en estas situaciones de un *ius resistantiae* del trabajador¹⁶⁵⁶, o pedir el resarcimiento del perjuicio causado por la omisión total o parcial del preaviso¹⁶⁵⁷.

Desde esta perspectiva, si bien la orden empresarial es irregular por no estar dictada de acuerdo a las disposiciones legales aplicables, la sanción de este incumplimiento debe ser, además de pagar los salarios correspondientes a los días omitidos o aquellos en que los trabajadores hayan ejercido el *ius resistantiae*, hacer frente a la posible reclamación de daños y perjuicios de aquellos que han acatado la orden empresarial que después ha sido declarada ilegal, por haber estado sometidos a unas condiciones de trabajo indebidas¹⁶⁵⁸, aunque cabe también que el incumplimiento empresarial de este plazo de preaviso pueda ser constitutivo de infracción grave, con la consiguiente sanción, según el artículo 7.6 LISOS. Igualmente, puede abonarse el salario de los días omitidos de preaviso, al igual que sucede en el despido objetivo, pudiéndose pactar una compensación suplementaria que compense la omisión¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁶ P.e. CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 161, y PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 380.

¹⁶⁵⁷ En esta lógica, p.e., la STSJ del País Vasco de 9 de septiembre de 2.003, AS 3652, y de 2 de noviembre de 2.004, JUR 2005/41171.

¹⁶⁵⁸ Igualmente en esta lógica CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 161, o ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 176, donde señala que esta petición de daños y perjuicios es factible con independencia de que la modificación “se impugne o no y, si es el caso, de su calificación judicial”.

¹⁶⁵⁹ La STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2.006, JUR, se refiere a un acuerdo de empresa en el que se compensa la falta de preaviso ante una modificación sustancial con una indemnización de los treinta días omitidos más otros cinco de salario.

Sin embargo, al igual que sucedía con respecto a la forma de la notificación, la mayoría de los pronunciamientos judiciales consideran que la omisión del preaviso, total o parcial, debe ser sancionado con la calificación de la modificación como nula¹⁶⁶⁰ o injustificada¹⁶⁶¹ o, simplemente, forma parte del apartado de “defectos formales” que no permiten convalidar la decisión modificativa¹⁶⁶² y que van a imposibilitar la aplicación del plazo de caducidad de veinte días para la impugnación de la modificación, pasando a ser de un año de prescripción a partir de la efectividad de las modificaciones no preavisadas y ejercitable por el procedimiento ordinario en lugar de por la modalidad del 138 LPL. En cualquier caso no se pueden compartir estas ideas, sobre las que se argumentará y expondrá más ampliamente cuando se trate de la impugnación de la modificación a través del procedimiento del 138 LPL.

2.1.3. Contenido

La notificación ha de tener un contenido determinado y concreto. En este sentido, notificar al trabajador supone decirle en qué consiste esta modificación, es decir, a que condiciones afecta y en que medida, señalando las causas que justifican esa modificación, así como la concreción del nuevo contenido de la condición modificada y la fecha de efectividad de la decisión modificativa o la fecha a partir de donde contar los treinta días de preaviso¹⁶⁶³, es decir la fecha en que se lleva a cabo la notificación, útil

¹⁶⁶⁰ Véase, p.e., la STSJ de Castilla y León/Burgos de 20 de diciembre de 2.005, JUR 2.0006/41961: “el incumplimiento por la empresa de la notificación a los trabajadores de su decisión con una antelación de 30 días, lleva consigo la declaración de nulidad por defecto de forma, de la medida impuesta por la empresa”. Igualmente la SJS de Cataluña, Tarragona núm. 1, de 17 de julio de 2.003, AS 163.

¹⁶⁶¹ Entre otras, las SSTSJ de Extremadura de 20 de enero de 2.006, AS 15, o de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2.003, JUR 178877.

¹⁶⁶² P.e., la STSJ de Madrid de 8 de abril de 2.003, AS 1980, o la SJS de Cataluña, Girona núm. 3, de 12 de enero de 2.001, AS 329.

¹⁶⁶³ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 99; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41”, cit., pg. 274 y ss.; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La modificación

para fijar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de impugnación de la medida¹⁶⁶⁴ y para constatar el cumplimiento del plazo de preaviso. En resumen, un contenido enteramente similar al exigido por el 55.1 LET para la comunicación del despido, debiendo jugar, respecto a la posible impugnación de la modificación, un papel equivalente al de aquella en la impugnación del despido, especialmente en lo referente a la suficiente justificación de las causas motivadoras de la decisión modificativa¹⁶⁶⁵, puesto que si el trabajador desconoce las causas en que la empresa fundamenta su decisión difícilmente va a poder articular debidamente su defensa, al no conocer siguiera su existencia real o la alegación de causas distintas, ni plantear, en su caso, una eventual vulneración de derechos fundamentales encubierta bajo una modificación cuyo origen desconoce, porque una cosa es cuál sea el contenido de la notificación y otra el modo de notificar¹⁶⁶⁶.

sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 476; BLASCO SEGURA, B.: “La eficacia del acto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el tratamiento procesal de esta institución”, *Tribuna Social*, núm. 72/1.996, pg. 19; MELLA MÉNDEZ, L.: “Algunos criterios judiciales sobre la nueva regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 1.996, pg. 10 y ss. Entre la jurisprudencia véase, p.e., las SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2.003, JUR 178877, y de Andalucía/Sevilla de 14 de diciembre de 2.002, AS 3861.

¹⁶⁶⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 63.

¹⁶⁶⁵ En este sentido, PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales...”, cit. pg. 380.

¹⁶⁶⁶ Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 169, donde afirma que “desde esta perspectiva, la calificación judicial de la modificación no notificada debidamente al trabajador, no atenderá tanto a la irregularidad formal por sí misma, sino por sus efectos sobre los derechos de aquel”.

2.2. LOS DESTINATARIOS DE LA NOTIFICACIÓN

La notificación ha de ser hecha al trabajador afectado por la modificación¹⁶⁶⁷, pero también a sus representantes legales, entendiéndose aquí incluidos tanto los unitarios como los sindicales¹⁶⁶⁸, de acuerdo con el artículo 41.3, párrafo primero LET, lógicamente con el mismo contenido y dentro del mismo plazo que la que se haga al trabajador afectado¹⁶⁶⁹.

Esta exigencia de la norma hay que ponerla en relación con las funciones que el artículo 64 LET atribuye a los representantes unitarios de los trabajadores, por lo que en algunas situaciones, incluso sin expresa previsión legal, los propios representantes puedan exigir información relativa a las modificaciones sustanciales emprendidas, en base a esas atribuciones o a las que hubiesen podido añadirse por convenio colectivo. En este sentido, hay que tener presente que el artículo 64.1.4º LET exige informe de los representantes previo a la ejecución, entre otras, de las decisiones empresariales relativas a reducciones de jornada, 41.1.b LET, e implantación o revisión de sistemas de organización del trabajo, 41.1.d LET, así como el encargo de vigilar genéricamente el cumplimiento de las normas laborales que el artículo 64.9 LET hace a los representantes, entre las que se encuentra, evidentemente, el adecuado uso de los procedimientos que para la modificación sustancial contiene el artículo 41 LET. Con la obligatoriedad de la notificación a los representantes se pretende impedir o, al menos, comprobar que el empresario no emprenda modificaciones fraudulentas y contrarias a lo dispuesto en la norma reguladora¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁷ A este propósito, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación... Algunos problemas...”, cit., pg. 274, dirá que nada impide que de manera simultánea sean notificadas otras modificaciones individuales o colectivas a otros trabajadores, aunque cada una mantendrá su específica naturaleza y régimen.

¹⁶⁶⁸ Sobre esta cuestión véase lo dicho *supra*.

¹⁶⁶⁹ En esta lógica, véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación ... Algunos problemas...”, cit., pg. 274.

¹⁶⁷⁰ ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 173,

Esta extensión del deber de notificación modificativa a los representantes plantea algún problema interpretativo, aparte del ya resuelto de que a estos efectos representantes lo son todos, sin distinción alguna, como ya se ha dicho. Cabe plantearse si debe notificarse a todos ellos o si es suficiente que una de las dos representaciones la reciba para considerar cumplido satisfactoriamente ese requisito.

Alguna doctrina se ha pronunciado por la conveniencia de notificar la modificación a todos en base a la escasa onerosidad de la carga de esa doble notificación¹⁶⁷¹, pero esta opinión no siempre es compartida, puesto que otra doctrina piensa, con razón, que es suficiente la notificación a una de ellas¹⁶⁷², al igual que es suficiente negociar la modificación colectiva con sólo una de ellas¹⁶⁷³.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando no hay representantes a quienes dirigir la notificación? Esta situación que no es nada infrecuente, al contrario, puesto que afecta a bastantes empresas con una plantilla menor de cincuenta trabajadores, se puede resolver de dos maneras, una, entendiendo que el procedimiento previsto en el artículo 41 LET para las modificaciones sustanciales no se puede completar y, por tanto, no se pueden llevar a cabo las modificaciones pretendidas y otra, más lógica y razonable que considera que es suficiente, dada la imposibilidad de notificación a los inexistentes representantes, con la

señala a este propósito que en los supuestos de modificaciones sustanciales la elusión de la norma es particularmente frecuente.

¹⁶⁷¹ En esta lógica VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivos*, cit., pg. 115, y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 145.

¹⁶⁷² Cfr. CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 58 y ss., donde mantiene que la norma permite al empresario notificar alternativamente a una representación o a otra, a su elección. Igualmente, ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 173, y VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 243, con base en la alternativa que reconoce el artículo 41.4 LET.

¹⁶⁷³ Sobre esta cuestión véase lo expuesto *supra*.

notificación al trabajador afectado¹⁶⁷⁴. Además, hay que tener en cuenta que si bien la notificación a los representantes tiene la evidente utilidad para el trabajador de que éstos se constituyen en un filtro de la legalidad y razonabilidad de la modificación, lo cierto es que no tienen capacidad alguna de rechazo de la misma¹⁶⁷⁵. Por otra parte, la inexistencia de representantes a los que dirigir la notificación no es imputable al empresario, por lo que éste no debe sufrir ningún perjuicio en este sentido, ni presumirse que el empresario en ausencia de representación laboral caerá inevitablemente en el fraude¹⁶⁷⁶.

En cualquier caso, la efectividad de la notificación realizada al trabajador no parece que se vea perjudicada por la falta de notificación a los representantes de los trabajadores¹⁶⁷⁷, sin perjuicio de que su omisión sí pueda constituir una infracción grave por el empresario de los derechos de información de los representantes en materia de contratación¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁴ Véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial ...*, cit., pg. 145, al plantearse la duda de qué hacer, opina que no se puede obstaculizar la modificación, aunque el trabajador afectado “tendrá mayores dificultades para controlar que no está siendo blanco de una utilización fraudulenta de la norma.

¹⁶⁷⁵ A este propósito, ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*, cit., pg. 172, afirma que “lejos de ser un aspecto menor del precepto, la importancia de esta exigencia es tanto más trascendente cuanto incluida en una norma cuyo principal designio es la ampliación de la iniciativa empresarial sobre la modificación de las condiciones de trabajo; de este modo, aún siendo la presencia de los representantes de una intensidad bien alejada del pacto necesario en el caso de las modificaciones sometidas al acuerdo de ellos, e incluso de su intervención en el proceso de consultas preceptivo para el resto de las modificaciones colectivas, no deja de ser importante en las individuales, que tampoco quedan, de este modo sustraídas a su conocimiento y eventual reacción”.

¹⁶⁷⁶ Véase, también en esta lógica, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 145.

¹⁶⁷⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 155.

¹⁶⁷⁸ RIVERO LAMAS, J.: “Modificación... Algunos problemas...”, cit., pg. 275.

2.3. LA POSIBILIDAD DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN INDIVIDUAL

La escueta regulación legal de las modificaciones sustanciales propicia y deja abierta la puerta a su regulación a través del convenio colectivo, posibilidad escasamente usada, como ya se ha dicho. Si así se acuerda, el convenio puede regular y concretar los requisitos de forma y contenido de la notificación al trabajador y a los representantes, los derechos de las secciones sindicales o un mayor plazo de preaviso, así como sujetar la modificación individual a una mayor intervención colectiva, como sería el sometimiento de la decisión modificativa a un período de consultas¹⁶⁷⁹, que aunque no invalida la decisión empresarial sí garantiza su control por los representantes¹⁶⁸⁰.

Igualmente podría pactarse la composición extrajudicial del conflicto que pudiese surgir entre empresa y trabajador por causa de la modificación, puesto que ninguna norma excluye su previsión, aunque tenga un alcance práctico más limitado en los conflictos individuales que en los colectivos¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁹ P.e., el VI Convenio del personal laboral de la Generalidad de Cataluña (DO Generalidad de Catalunya de 24 de mayo de 2.006, núm. 4640), donde se exige la negociación por un plazo de quince días antes de la adopción de cualquier modificación, sea individual o colectiva; igualmente, el Convenio Colectivo para el personal laboral del consejo de administración de Patrimonio Nacional (BOE de 14 de marzo de 2.002, núm. 63), donde se remite a la negociación “con la correspondiente comisión paritaria en el plazo de quince días” desde la presentación de la propuesta y previamente a la adopción de la modificación.

¹⁶⁸⁰ Véase, en este sentido, ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 177.

¹⁶⁸¹ ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 177, dirá que “que si el empresario se encuentra vinculado por algún tipo de cláusula convencional de este tipo, habrá de proceder conforme a ella en las modificaciones individuales que, de este modo y con un alcance dependiente de los términos en que se haya negociado aquélla, ya no serán acordadas exclusivamente con base en la voluntad unilateral del empleador”.

Sin embargo, como ya hemos señalado, no será posible a través del convenio superar los límites del artículo 41 LET eliminando la necesaria fundamentación causal de la modificación, ni que la autonomía colectiva disponga de la individual, ni se podrá hacer inaplicable el artículo 41 remitiendo cualquier alteración de condiciones al poder directivo del empresario¹⁶⁸². Pactos todos que habrían de ser declarados nulos, al igual que sucede si el convenio modifica los plazos de preaviso, por contradecir el artículo 41 LET, que tiene carácter imperativo, como ya se señaló anteriormente¹⁶⁸³.

¹⁶⁸² Sobre la dispositividad o imperatividad de la regulación del artículo 41 LET, véase lo dicho *supra*.

¹⁶⁸³ Véase, p.e. la STSJ de Madrid de 21 de julio de 2.004, JUR 271543, donde se declara que aunque el convenio aplicable permitía modificar los horarios del personal con quince días de preaviso, dado el carácter imperativo del artículo 41 LET esta norma convencional “no exime a la empresa de seguir la vía del art. 41 cuando se trata de modificar condiciones sustanciales”.

3. EL PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

3.1. INTRODUCCIÓN

La regulación de los procedimientos para llevar a cabo la modificación de condiciones de carácter colectivo viene contemplada en el artículo 41.2, párrafo tercero, donde se hace referencia a las modificaciones de condiciones contractuales contenidas en convenio colectivo y en el 41.4, ambos de la LET, a propósito de la alteración de las condiciones colectivas de carácter contractual.

Como ya hemos señalado anteriormente, se pueden distinguir, dentro de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, dos modalidades: una, las condiciones de trabajo que están recogidas en un convenio colectivo y que se pueden diferenciar de aquellas otras que, aunque igualmente son condiciones colectivas, tienen un origen no convencional. En el primer caso estamos ante condiciones normativas contenidas en un convenio colectivo estatutario, mientras que en el segundo éstas son condiciones colectivas de carácter contractual que pueden derivar de cualquier tipo de acuerdo o pacto colectivo, diferente al convenio colectivo estatutario, o de una decisión empresarial de efectos colectivos¹⁶⁸⁴.

Como ya hemos razonado, la diferente naturaleza de estos dos tipos de condiciones de trabajo conduce, en la regulación del artículo 41 LET, a una paralela diversidad de procedimientos, más exigente cuando nos encontramos ante la modificación de un convenio colectivo estatutario y menos cuando la condición a modificar, aunque sea colectiva, tiene otro origen.

Consecuentemente, hay que estudiar los pormenores de los dos procedimientos modificatorios, aunque lo cierto es que podemos hablar de un único procedimiento para

¹⁶⁸⁴ Sobre esta distinción véase *supra*.

implementar las modificaciones colectivas, procedimiento que se exige llevar a cabo en su totalidad en el caso de las condiciones colectivas estatutarias, mientras que el caso de las condiciones colectivas contractuales no es obligatorio que este procedimiento se complete. En el primer caso, el procedimiento modificatorio, después de un período de consultas y negociaciones, ha de terminar necesariamente en un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, mientras que en el segundo no es imprescindible concluir el acuerdo, teniendo en este caso la última palabra la empresa.

En esta lógica se puede hablar, en el primer caso, de una verdadera fase de negociación, puesto que la consecución del acuerdo es un requisito ineludible para la modificación, mientras que en el segundo, condiciones colectivas contractuales, mas que de negociación podemos hablar de una mera fase de consulta, puesto que si el acuerdo no se consigue, realmente lo que se ha llevado a cabo es evacuar una consulta, por cierto no vinculante, del empresario, que es quién decide en última instancia, con los representantes de los trabajadores acerca de la conveniencia de llevar a cabo la modificación tal y como él considera que es provechoso materializarla, aunque la empresa deba escuchar y tomar en consideración las opiniones y propuestas que la representación de los trabajadores le exponga durante dichas consultas¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸⁵ Acerca de la distinción entre consulta y negociación, véase CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, RL, t.II/2.003, pg. 541, donde afirma que “el objetivo y la naturaleza de las consultas es idéntica a la de los expedientes de regulación de empleo bajo el régimen estatutario. Se trata de un período calificado formalmente como de consultas, pero que en la medida en que va enderezado al logro de un acuerdo entre las partes (representantes de los trabajadores y administración concursal), se aproxima notablemente a lo que constituye un auténtico proceso de negociación colectiva entre las mismas”. Igualmente, BLANPAIN, R.: “Informazione e consultazione nell’impresa: recognizione comparativa”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 17/1.983, pg. 46, donde señala que cuando se exige a las partes alcanzar un acuerdo lo que se hace es dejar el área de la consulta para entrar de hecho en el área de la negociación.

3.2. SIGNIFICACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA DEL PERÍODO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN CON LOS REPRESENTANTES

La fase de consulta-negociación se configura como una de las formas de protección de los derechos de los trabajadores frente a las modificaciones sustanciales de origen colectivo, sean estas contractuales o normativas, y se instrumenta jurídica e institucionalmente a través de la intervención de los representantes de los trabajadores en los procedimientos previstos en el artículo 41 LET para la procedimentalización de la decisión modificativa empresarial¹⁶⁸⁶. Además, en la procedimentalización de este período subyace la opción político-legislativa de reglamentar la decisión modificativa empresarial, buscando legitimar el ejercicio de los poderes reorganizativos empresariales a través de una “democratización débil”¹⁶⁸⁷, que no otra cosa es la procedimentalización participada en los procesos decisorios empresariales que cada vez adquieren más centralidad en las relaciones laborales¹⁶⁸⁸.

De esta manera, se introduce un mecanismo participativo, de incuestionada importancia funcional en cuanto contraposición a la toma de decisiones unilaterales por el empresario y, en consecuencia, fortalecedor de la implicación de los trabajadores en el

¹⁶⁸⁶ En esta lógica MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 149, señalan que esto no es más que una “manifestación de una genérica tendencia a la procedimentalización de los poderes empresariales en la gestión y administración de la fuerza de trabajo. Dicha procedimentalización consiste en la necesaria observancia de ciertos condicionamientos que complejizan el ejercicio del poder de dirección del empresario, de manera que existe la obligación de respetar determinados procedimientos institucionalizados en el proceso decisorial en los que intervienen los trabajadores destinatarios de la decisión o sus representantes”. Igualmente, LISO, F.: *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1.982, cit., pg. 113; BAYLÓS GRAU, A.: “Sistema de empresa y reforma del mercado de trabajo”, CRL, núm. 5/1.994, pg. 143.

¹⁶⁸⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, cit., pg. 77 y ss., donde califica esta “democratización débil” de “formal y funcionalizada más que estructural”.

¹⁶⁸⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 150.

funcionamiento y la toma de decisiones en la empresa, pero cuya intencionalidad implícita no es otra que la reestructuración empresarial¹⁶⁸⁹, que permitirá, más específicamente, determinar, como expresión de la propia libertad de iniciativa económica, la óptima proporción de los factores de producción¹⁶⁹⁰. Sin embargo, en el fondo, se mantienen intactos los poderes empresariales, lo que se hace especialmente evidente en el caso de la modificación de las condiciones colectivas contractuales en que, aunque el legislador pretende propiciar una solución negociada del conflicto de intereses originado por la pretensión modificativa empresarial¹⁶⁹¹, la titularidad de la decisión última sigue correspondiendo al empresario, y más matizado en cuanto a las condiciones colectivas convencionales para cuya modificación se exige el acuerdo, pero donde el empresario mantiene la potestad exclusiva de proponer y plantear la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones.

Desde otra perspectiva, aunque la exigencia de la consulta-negociación con los representantes de los trabajadores sea, como se ha dicho, una manifestación “débil” de democracia industrial, también puede calificarse “como prerrogativa de la acción sindical en la empresa”¹⁶⁹², consistente no sólo en poner en conocimiento de los representantes los planteamientos modificativos empresariales, que también, sino, sobre todo, servir como instrumento de control y de influencia de la opinión de los representantes sobre aquellas decisiones empresariales que comporten algún tipo de sacrificio para los intereses de los trabajadores¹⁶⁹³. Desde esta perspectiva, la

¹⁶⁸⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 150 y la amplia bibliografía que cita.

¹⁶⁹⁰ ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pg. 122.

¹⁶⁹¹ Véase RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 87.

¹⁶⁹² MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 151.

implementación a través de un acuerdo de empresa de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo cumple la función de reconocer un mayor margen de juego y maniobrabilidad a las representaciones de los trabajadores, tanto unitarias como sindicales, y a la propia empresa en dicho contexto, al acentuar la capacidad reguladora de estas instancias frente a la supraempresarial de ámbito superior¹⁶⁹⁴.

De esta manera, se hace posible el control de la congruencia de la decisión empresarial con referencia al cumplimiento de las exigencias normativas, es decir a la concurrencia de un “justificado motivo valorado en términos objetivos de conservación en plena aptitud de la organización productiva”¹⁶⁹⁵. Desde este punto de vista, esta procedimentalización participada, que incluso podría calificarse como cooperada, se muestra bastante idónea para una adecuada objetivación de las necesidades de la organización productiva desde la interacción y admisión de la diversidad de los intereses en conflicto¹⁶⁹⁶.

Esta procedimentalización se instrumentaliza a través de la imposición de una serie de obligaciones de información, consulta y negociación con los representantes de los

¹⁶⁹³ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *ibidem*, pg. 151.

¹⁶⁹⁴ En este sentido, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 36 y 37. A su vez, MATÍA PRIM, : “Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral”, cit., pg. 32, señala que la situación creada es “una suerte de inversión en la lógica precedente: si en ella el poder regulador desciende desde las estructuras de ámbito más amplio, ahora se otorga a las de ámbito más restringido la capacidad de actuar jurídicamente hacia el exterior con independencia de la voluntad de las entidades superiores”.

¹⁶⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., pgs. 249-250.

¹⁶⁹⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pgs. 151 y 152. Desde esta visión es claro que el empresario no es el único sujeto idóneo para determinar la presencia del interés objetivado de la organización del trabajo. Sobre esta cuestión, véase DESPAX, M.: *L'entreprise et le Droit*, LGDJ, París, 1.957, pg. 195 y ss.

trabajadores¹⁶⁹⁷. Además, estas cargas operan como límites internos de las facultades empresariales de modificación y deben ser entendidas como deberes-condición, puesto que es un tipo de deber que condiciona el ejercicio del poder atribuido al empresario, que se fundamenta en los propios preceptos constitucionales, con la evidente finalidad de garantizar otros derechos económicos y sociales, así como principios constitucionalmente protegidos¹⁶⁹⁸. Por eso, el empresario titular de la facultad de reorganización productiva cuando ejercita este poder debe, además, observar una cierta conducta necesaria: el respeto de esos derechos¹⁶⁹⁹.

3.3. SUJETOS LEGITIMADOS EN EL PERÍODO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO MODIFICATIVO

El artículo 41.2, tercero LET dice que la modificación sustancial de condiciones colectivas convencionales se producirá por acuerdo “entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. En cuanto a quién se refiere el término empresa no existe problema interpretativo alguno¹⁷⁰⁰, al contrario de lo que sucede con qué haya

¹⁶⁹⁷ Para una teorización general sobre las obligaciones empresariales de información y consulta y sus diversas manifestaciones, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., pg. 248 y ss.

¹⁶⁹⁸ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, 1.986, cit. pg. 52; igualmente, BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1.985, cit., pg. 132 y ss.

¹⁶⁹⁹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 152; SANTORO-PASARELLI, F.: *Doctrinas generales del Derecho Civil*, trad. A. Luna Serrano, Madrid, 1.964, pg. 74.

¹⁷⁰⁰ Se entiende como empleador y detentador de los poderes de organización y dirección de esa estructura organizativa en que consiste la empresa. En esta línea, véase, por todos, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 109. Igualmente se entiende que se refiere a aquellos que actúan por delegación del empresario, sean éstos sus empleados o

que entenderse por representantes de los trabajadores¹⁷⁰¹, puesto que no se adjetivan en modo alguno esos representantes, mientras que en la anterior redacción del artículo 41 sí se hablaba de “representantes legales”, denominación en la que cabe entender que se incluyen todos los tipos de representantes¹⁷⁰², puesto que tan legales son los unitarios como los sindicales, toda vez que su existencia deriva de una Ley, en el primer caso el Estatuto de los Trabajadores¹⁷⁰³ y en el otro la Ley Orgánica de Libertad Sindical¹⁷⁰⁴.

una asociación empresarial. Véase RIVERO LAMAS, J.: “La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en grupos de empresas”, en AA.VV. *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, MTSS, 1.993, pg. 84). En el mismo sentido: GORELLI HERNÁNDEZ, J., y VALVERDE ASECIO, A.: “La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, cit., pg. 38.

¹⁷⁰¹ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 109, p.e., señala el paralelismo existente entre los sujetos legitimados ex artículo 87.1 LET para concluir convenios colectivos de ámbito empresarial o inferior y la legitimación ex artículo 41 LET para negociar el acuerdo de empresa del procedimiento de modificación colectiva. Esta evidencia permite ver este acuerdo de empresa como un tipo específico de convenio colectivo de ámbito empresarial y, por tanto, considerar aplicable subsidiariamente la normativa que regula la negociación colectiva estatutaria.

¹⁷⁰² En este sentido ya se había pronunciado la doctrina. Véase, p.e., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, pg. 110; TUDELA, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, 2º ed. Madrid, Tecnos, 1.991, pg. 23 y ss.; igualmente, TUDELA G. Y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “En torno a la Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”, RT, núm. 100/1.990, pgs. 139 a 171, esp. pg. 146 y ss.

Contrariamente, la jurisprudencia con una interpretación literal de la expresión “representación legal” entendió que se refería únicamente a los representantes unitarios, no a la representación sindical. En esta línea, véanse, p.e., SAN 14 marzo de 1.994, AL 1.994, ref. 974, donde se rechaza el acuerdo negociado con sindicatos con representatividad en la empresa superior al ochenta por ciento; igualmente, las SSTS de 29 de junio de 1.995, AS 1984, y de 26 de julio de 1.995, Ar. 6251, aunque advierten que enjuician la aplicación del artículo 41 LET en su formulación anterior a la reforma de 1.994.

¹⁷⁰³ Véanse los artículos 62 a 76 LET.

¹⁷⁰⁴ Véanse los artículos 8 a 10 LOLS.

En cambio, el artículo 41.4 LET sí califica a los representantes y se refiere de nuevo, como en la redacción original, a los representantes legales cuando habla del período de consultas con el empresario para la modificación de las condiciones colectivas contractuales. Pero es que, además, en el 41.4, tercero LET se refiere de manera inequívoca a los representantes unitarios y sindicales cuando habla de la conclusión del acuerdo con el que se pueden cerrar las consultas, que habrá de ser aprobado por “la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere”¹⁷⁰⁵.

De aquí que se pueda afirmar inequívocamente que del propio texto normativo se desprende el establecimiento de una dualidad de canales representativos de los intereses de los trabajadores en relación a los derechos de información y consulta para los supuestos de modificaciones sustanciales, al igual que sucede también con las modificaciones del lugar de trabajo, las suspensiones y las extinciones contractuales colectivas. En este sentido, ha optado por un modelo de representación de carácter acumulativo que requerirá una especial atención de cara a delimitar la posible intervención de cada una de las representaciones¹⁷⁰⁶, puesto que esta duplicidad de legitimados para la negociación no se acompaña de un reparto competencial entre ambos tipos de representación, ni con respecto a las funciones a desempeñar, ni en relación al ámbito funcional o geográfico de negociación¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁵ Este contexto normativo ha permitido hablar a VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo ...*, cit., pgs. 111 y 112, de que ya no tiene sentido que el legislador se refiera a los representantes legales de los trabajadores para adjudicar competencias a la representación unitaria y negárselas a la representación sindical.

¹⁷⁰⁶ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 161.

¹⁷⁰⁷ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Trotta, Madrid, 1.992, pg. 58 y ss. Igualmente, SENRA BIEDMA, R.: “Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: análisis crítico de la situación actual

De estas representaciones, una es interna a la empresa, comités y delegados de personal, mientras que la otra, delegados sindicales, aunque es sindical, y por tanto, aparentemente ajena a la empresa, su propia “configuración jurídica la instrumentaliza y organiza hacia la empresa”¹⁷⁰⁸.

Se trata, en suma, de un doble canal de representación interna, de nivel empresarial o inferior, institucionalizada legislativamente, puesto que en el actual sistema de relaciones industriales los destinatarios del período de consultas han venido siendo tanto los representantes legales de los trabajadores¹⁷⁰⁹ como los delegados sindicales¹⁷¹⁰, que disfrutaban, además, del derecho sindical de consulta-audiencia, del derecho de consulta-negociación¹⁷¹¹.

Con respecto a la extensión de la expresión “representantes legales de los trabajadores” nunca se habían generado dudas sobre su referencia a los representantes unitarios de los trabajadores, es decir los miembros del comité de empresa y delegados de personal, regulados en los artículos 62 y siguientes de la LET. Pero el problema interpretativo surgió tras la aprobación de la LOLS que atribuye, en su artículo 10.3, párrafos primero y tercero, a los delegados sindicales el derecho a recibir la misma información y documentación que el comité de empresa, así como ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo.

y propuestas modificativas”, RL, t.II/1.996, pg. 184 y ss.

¹⁷⁰⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 161.

¹⁷⁰⁹ Artículo 41.4.3º LET.

¹⁷¹⁰ Artículo 10.3.3º LOLS.

¹⁷¹¹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg.162.

De aquí se ha deducido que este tipo de negociaciones se debían de llevar a cabo por el empresario con los representantes de los trabajadores, tanto legales como sindicales, aunque, inicialmente, éstos últimos sólo tenían derecho a recibir información y exponer su opinión¹⁷¹², puesto que no disponían de voto, toda vez que el artículo 10.3.3º LOLS no garantizaba una equiparación total con las facultades consultivas atribuidas a la representación unitaria¹⁷¹³.

¹⁷¹² Como se ha señalado por MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 162, este derecho también se puede deducir de la regulación del procedimiento de tutela de libertad sindical regulado en el artículo 175 y ss. LPL, en concreto del artículo 178.1 LPL que se refiere a la petición de suspensión del acto impugnado “cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de los candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de las funciones representativas o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuraciones de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”. Sobre esta modalidad procesal véase, por ejemplo, BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho procesal laboral*, Madrid, 1.995, pg. 197 y ss.; BLASCO PELLICER, A.: *Las medidas cautelares en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1.996, pg. 117 y ss.

¹⁷¹³ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: Los derechos de información..., cit., pg. 449; ALBIOL MONTESINOS, I.: “extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas”, en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XIII, vl. 2º, Madrid, 1.990, pg. 291; del mismo, “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (I y II)”, AL, 1.991, t.I, núm. 10/11, pgs. 126-127. Igualmente, véase la STCT 10 de abril de 1.986, (RTCT 2973), aunque referida a la extinción colectiva *ex* artículo 51 LET, pero con razonamiento enteramente aplicable a las modificaciones sustanciales colectivas del artículo 41, señala que aunque “el período de consulta con los representantes legales de los trabajadores que impone el art. 51.3 del Estatuto, se refiere desde luego al comité de empresa, (...). Ciertamente que ello no impide la intervención en tal período de consulta de las Secciones Sindicales, cuyos Delegados tienen derecho, por así disponerlo el art. 10.3.3 LOLS a ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general. Más tal derecho de audiencia no supone que el acuerdo que prevé el art. 51, ya citado, en su ap. 5, deba alcanzarse conjuntamente con el Comité o Comités de empresa y las Secciones Sindicales, (...); por último, solución distinta haría imposible el acuerdo, dado que bastaría la oposición de una Sección Sindical, por escasa que fuera su implantación para que aquél no fuera alcanzado”.

Sin embargo, la legitimación expresa para la consulta-negociación y la consiguiente posibilidad de acordar pactos de reorganización productiva con el empresario ha sido explícitamente ampliada a través de la reforma laboral de la Ley 11/1.994, tanto para las modificaciones sustanciales¹⁷¹⁴ como para los despidos colectivos¹⁷¹⁵, en lo que ha sido calificado como una clara señal de desmonopolización competencial de las representaciones unitarias en esta esfera decisional¹⁷¹⁶, por cuanto estos preceptos se

¹⁷¹⁴ Esta situación ha quedado clarificada por la STS 29 junio 1.995, Ar. 6251, cuando dice que “resulta difícilmente comprensible que la ley no haya trasladado al Estatuto las facultades que en materia de representación o negociación colectiva reconoce la Ley Orgánica de Libertad Sindical a los sindicatos y representaciones sindicales internas de la empresa. En efecto, la Ley Orgánica de Libertad Sindical ha reconocido a las secciones sindicales y Delegados sindicales prácticamente las mismas funciones y garantías que el Estatuto de los Trabajadores concede a los Comités y Delegados de Personal, constituyéndose aquellos en una representación paralela de la unitaria en la defensa y gestión de los intereses generales de los trabajadores. No obstante, el Estatuto no reconoce a las entidades sindicales las mismas facultades que tienen los Comités y Delegados de personal en el marco de las posibles negociaciones dentro del seno de la empresa, con la salvedad del art. 87.1 del Estatuto de los Trabajadores que permite la negociación colectiva a las secciones sindicales para convenios de empresa, siempre que sumen la mayoría de los miembros de la representación unitaria. La jurisprudencia ha interpretado que, cuando el Estatuto menciona la representación legal de los trabajadores se refería exclusivamente a los Comités y Delegados de Personal y nunca a las entidades sindicales (STS 15 de diciembre 1.986, entre otras), cuando la representación que ambas ostentan de los intereses generales de los trabajadores viene conferida por la Ley y por tanto debe entenderse que tan legal es una como la otra. De esta manera se produce la extraña situación de una negociación colectiva de empresa, una modificación de condiciones de trabajo o un expediente de regulación de empleo que han sido negociados por el empresario con los sindicatos o las secciones sindicales y ha tenido que ser suscrito por los Comités o Delegados de Personal que, tal vez, no habían intervenido en la negociación pero sólo su firma era la que daba validez al acuerdo. La Ley 11/1.994 ha venido a subsanar esta situación englobando dentro de la representación legal tanto a la unitaria como a la sindical y, en concreto, para lo que aquí respecta en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores para la modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo”.

¹⁷¹⁵ El actual artículo 51.4.3º LET establece que el acuerdo colectivo “requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o comités de empresa, de los Delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que en su conjunto representen a la mayoría de aquellos”.

pueden considerar insertos en una dirección de política legislativa dirigida hacia la sindicalización de los procedimientos de adopción empresarial de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y no sólo a los afiliados al sindicato de pertenencia en particular¹⁷¹⁷. De este modo, al conceder un mayor protagonismo a la representación sindical en la empresa, se reconoce una sindicalización de los procedimientos de modificación contractual colectiva en orden al control de los poderes empresariales de gestión de la empresa¹⁷¹⁸, que permite al sindicato interesarse en las decisiones de gestión empresarial e incidir en las causas y efectos de los problemas de la organización empresarial, especialmente cuanto se refiere a las reestructuraciones o reorganizaciones productivas¹⁷¹⁹. El resultado son las competencias de consulta y negociación y, correlativamente, el deber empresarial de escuchar y atender la opinión de los representantes sindicales respecto a la decisión empresarial¹⁷²⁰.

De aquí que el acuerdo de reorganización productiva pueda ser pactado alternativamente y de forma unilateral por las representaciones unitarias y sindicales¹⁷²¹,

¹⁷¹⁶ Véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Ley, convenios colectivos y acuerdos de ...”, cit., pg. 54.

¹⁷¹⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 164.

¹⁷¹⁸ En línea con la protección establecida en el convenio núm. 87 OIT. Véase, además, en este sentido, las SSTCo 21/1.992, de 18 de marzo y 30/1.992, de 30 de junio, RTCo 21 y 30, respectivamente.

¹⁷¹⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., pg. 48 y ss. y bibliografía allí citada, esp. pg. 53, donde señala que “de lo que se trata es de la conveniencia de una implicación directa del sindicato en determinadas áreas de interés común para ambas partes sociales –aunque desde la defensa del interés propio de los trabajadores- ante las mutaciones estructurales de las empresas y una concurrencia internacional exacerbada. La acción sindical puede cada vez menos ser “externa” y sin asumir corresponsabilidad alguna en las decisiones de gestión participadas, en el convencimiento de que buena parte del éxito de las reivindicaciones sindicales dependen de elecciones de gestión fundamentales”. Vid. también CRUZ VILLALÓN, J.: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Madrid, 1.992.

¹⁷²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., pg. 47 y 48.

puesto que parece más lógico entender que la referencia a los representantes legales, como legitimados para intervenir en el período de consultas, debe ser interpretada conjuntamente con las previsiones normativas del artículo 41.4 LET establecidas para la adopción del acuerdo, que puede ser concluido tanto por los representantes sindicales como por los unitarios, puesto que carecería de sentido que esta expresión, usada en dos ocasiones en el precepto normativo, tuviera en cada una de ellas un sentido diferente¹⁷²². En esta lógica, es evidente que las consultas-negociaciones pueden celebrarse con cualquiera de las dos representaciones¹⁷²³, sin que sea posible una intervención acumulada de ambas representaciones¹⁷²⁴.

¹⁷²¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Civitas, Madrid, 1.994., pg. 89. Igualmente, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg.147; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 322; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 392; ORTIZ LALLANA, M^a.C.: *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pg. 56-57; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”,cit., pg. 367; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa. (Distintas modalidades de negociación en la empresa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pg. 52; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, cit., pg. 182.

¹⁷²² SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 169.

¹⁷²³ Véase, en este sentido, entre otros, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pgs. 96-97; CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 147; CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg.48; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 321; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos...*, cit., pg. 87; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 392; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, cit., pg. 182; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Legitimación para negociar acuerdos en período de consulta sobre despidos colectivos e impugnación jurisdiccional de estos acuerdos”, en SANPEDRO CORRAL, M. (Dir.), *Problemas procesales de la reforma laboral*, Madrid, CGPJ, 1.995, pg. 75; RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones...*, cit., pgs. 52 y 53; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios...”, cit., pg. 367.

En cambio, mantiene una posición matizadamente contraria RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 279, donde señala

Además, la norma no establece criterio alguno de prevalencia entre ambas, por lo que la posibilidad es alternativa, como ha reconocido la mayoría de la doctrina, que no manifiesta preferencia expresa alguna para la negociación, generándose así una situación de concurrencia funcional representativa similar a la existente en la negociación de los convenios colectivos empresariales o de ámbito inferior¹⁷²⁵. Sin embargo, alguna doctrina manifiesta su preferencia por la representación sindical, en base a su origen constitucional¹⁷²⁶, aunque lo cierto es que la representación unitaria también tiene fundamento constitucional, aunque más débil o indirecto, en el artículo 129,2 CE¹⁷²⁷. Sin embargo, puede aducirse en contra de la preferencia sindical la mayor

que “en principio, la Ley atribuye la titularidad de este derecho a la consulta, y a negociar en su caso, a los representantes unitarios de los trabajadores”, aunque “sólo en punto a la adopción de eventuales acuerdos se introduce una regla específica que permite la intervención alternativa, y no acumulativa de los interlocutores sociales”; en similar sentido se expresa ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, cit., pg. 62 y ss.

¹⁷²⁴ Véase, por todos, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET”, cit., pg. 279; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa. (Distintas modalidades de negociación en la empresa)*, cit., pg. 52. Igualmente, la SAN de 27 de septiembre de 2.005, AS 2.006/1080, señala que “lo pueden hacer bien la representación unitaria o bien la sindical, alternativamente y de forma excluyente, nunca acumulable”, al igual que la STS de 14 de julio de 2.000, Ar 9642.

¹⁷²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el ordenamiento español...*, cit., pg. 164, ponen de relieve el paralelismo existente con la legitimación negociadora para los ámbitos empresarial o infraempresarial prevista en el artículo 87 LET, y con la mayoría exigible para la adopción de acuerdos en las comisiones negociadoras de convenios colectivos (artículo 90.3 LET). Véase, sobre el tratamiento de esta dualidad de canales representativos y su concurrencia competencial, FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R.: “Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas”, RL, núm. 15/1.996, pg. 9 y ss., y SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos”, MTAS núm. 68/2.007, pg. 58 y ss.

¹⁷²⁶ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pg. 148; igualmente, SAÉZ LARA, C.: “Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación...”, cit., pg. 71.

¹⁷²⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el*

representatividad de que dispone la representación unitaria, lo que puede hacer presumir que conoce y representa mejor los problemas y opiniones de los trabajadores, sin que ninguno de los argumentos a favor de una u otra representación sean óbice para la admisión de ambas representaciones como alternativas válidas para enfrentar las consultas y las negociaciones. Paralelamente, desde la perspectiva jurisprudencial la situación se ha clarificado a través del pronunciamiento del Tribunal Supremo cuando señaló que “la Ley 11/1.994 ha venido a subsanar esta situación englobando dentro de la representación legal tanto a la unitaria como a la sindical”¹⁷²⁸, lo que fundamenta la absoluta situación de igualdad de ambos tipos de representación sin que ninguna de ellas sea merecedora de preferencia alguna.

Ahora bien, una vez asumido que cualquiera de las dos representaciones puede participar en las negociaciones surge otra cuestión, que es conocer quién puede realizar la elección de los concretos representantes que van a intervenir en esas negociaciones, sobre lo que hay diversidad de pareceres.

Uno, el más razonable, dice que el empresario es quién tiene esta capacidad puesto que a él corresponde la iniciativa de la reorganización productiva que se manifiesta a través de la modificación¹⁷²⁹. Esta solución es congruente con la ofrecida para resolver el problema, enteramente similar, que plantea la negociación de convenios de ámbito

ordenamiento español..., cit., pg. 166.

¹⁷²⁸ Cfr. STS de 29 de junio de 1.995, Ar. 6251. Evidentemente, el sentido de este pronunciamiento se puede hacer extensible a las consultas y negociaciones similares de los artículos 40, 47 y 51 LET.

¹⁷²⁹ En este sentido, GARCÍA MURCIA, J.: “La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos” en VALDÉS DAL RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M^a.E. (Coords.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1.994, pg. 104; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales...”, cit., pgs. 322-323; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, cit., pg. 228; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Los acuerdos de reorganización productiva”, RL, núm. 3/1.996, pg. 144; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, AL, t.II/1.996.

empresarial, que ha sido resuelto por la doctrina con base en lo dispuesto en el artículo 87.1, tercero LET, acerca de la necesidad de que las partes negociadoras se reconozcan mutuamente como interlocutores, en el sentido de que si la iniciativa negocial procede de la empresa, será ésta quién elija el canal representativo con el que llevar a cabo la negociación¹⁷³⁰. Sin embargo, esta tesis ha sido rechazada por alguna doctrina alegando, con escaso éxito, que puede permitir la existencia de discriminaciones arbitrarias en su elección¹⁷³¹. En cambio, otros opinan que se debería informar por igual a ambas representaciones para que fuesen éstas las que decidiesen cuál de ellas va a negociar¹⁷³², planteándose, en caso de desacuerdo que tenga preferencia bien la representación sindical¹⁷³³, bien la que lo solicite con anterioridad¹⁷³⁴.

Sin embargo, que el empresario seleccione uno de los canales de representación no supone una absoluta relegación del otro, puesto que si la representación interviniente es la unitaria, la sindical mantiene el derecho a recibir la misma información que los representantes unitarios y a ser oídos por la empresa en base a su derecho de consulta-

¹⁷³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 166; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2.003, pg. 317. Igualmente, NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, CES, Madrid, 2.000, pg. 197.

¹⁷³¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad...”, cit., pg. 41.

¹⁷³² En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 147-148; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1.994”, cit., pg. 204; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Legitimación para negociar acuerdos...”, pg. 76. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “La modificación de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 41; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, cit., pg. 113.

¹⁷³³ En esta lógica, p.e., CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los trabajadores...”, cit., pg. 147-148.

¹⁷³⁴ En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “La modificación de condiciones...”, cit., pg. 41.

audiencia, concurrente y autónomo del conferido a las representaciones unitarias, de acuerdo con el artículo 10.3, tercero LOLS¹⁷³⁵. De manera similar, si las negociaciones se inician con la representación sindical, la unitaria mantiene el derecho a emitir el informe a que se refiere el artículo 64.1, cuarto LET, para lo cual se le debe proporcionar la información y documentación oportuna¹⁷³⁶. De aquí que deban mantenerse, en cualquier caso, las obligaciones informativas con respecto de las dos instancias representativas, aunque la consulta-negociación se esté llevando a cabo con sólo una de ellas¹⁷³⁷.

Otra cuestión que debe precisarse es la que se refiere a quién o quiénes están legitimados para iniciar el procedimiento de modificación. Del texto legal, *ex* 41.1 LET, se desprende que la legitimación le corresponde a la “dirección de la empresa”, que “podrá acordar modificaciones”, aunque esta facultad luego se tenga que ajustar a un procedimiento en el que existe, para las modificaciones de carácter colectivo, la obligatoriedad de llevar a cabo una consulta-negociación con los representantes de los trabajadores. Por el contrario, no hay expresión equivalente alguna en el largo texto normativo que conceda similar legitimación a la representación de los trabajadores, de donde hay que rechazar la posibilidad de que éstos puedan promover la modificación de estas condiciones colectivas, especialmente de lo pactado en convenio, como unánimemente se reconoce por doctrina y jurisprudencia.

¹⁷³⁵ A este propósito acertadamente se ha dicho que “la problemática se plantea más en el plano teórico que en el práctico-operativo, debido a la significativa “sindicalización” de las representaciones unitarias”. Véase MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 166; igualmente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos...*, cit., pg. 89.

¹⁷³⁶ Véanse, p.e., DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”, R.L., núm. 17/18/1.994, pg. 200; AGIS DASILVA, M.: “Algunos problemas relacionados con el período de consultas previo al traslado colectivo”, *Tribuna Social*, núm. 86/1998, pg. 11, o SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 172.

¹⁷³⁷ Véase LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, pgs. 365-366.

Sin embargo, alguna doctrina se plantea esta posibilidad con el argumento de que el 41.4, segundo LET impone tanto a la parte empresarial como laboral la obligación de negociar de buena fé¹⁷³⁸, de lo que concluye que “se quiere significar, consecuentemente, que también se atribuye a los representantes de los trabajadores una legitimación para instar la modificación del convenio colectivo”¹⁷³⁹, interpretando que esta imposición del deber de negociar a ambas partes establece un paralelismo con el proceso de negociación de convenios del Título III LET, pues “la facultad de exigir el cumplimiento del deber de negociar se atribuye en el artículo 89 ET a quienes tienen legitimación para promover o iniciar la negociación de un convenio”¹⁷⁴⁰.

Igualmente se apoyaría esta tesis en la idea, que anteriormente hemos aceptado, de que la naturaleza jurídica de un acuerdo modificativo no es diferente de la del convenio estatutario que viene a modificar¹⁷⁴¹. De aquí que si la negociación del convenio puede iniciarse a instancia de los representantes de los trabajadores, igualmente puede serlo su modificación. Sin embargo este planteamiento debe rechazarse puesto que su admisión implicaría que el legislador “ha olvidado modificar el artículo 89 LET”¹⁷⁴², lo que no parece ser el caso.

En cambio, la situación difiere si contemplamos la modificación colectiva *ex* 41.4 LET. En cuanto a la posibilidad de que los representantes de los trabajadores inicien el

¹⁷³⁸ Sobre esta obligación de negociar de buena fé, véase *infra*.

¹⁷³⁹ Véase VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo...*, cit., 70.

¹⁷⁴⁰ Cfr. STS de 20 de octubre de 1.997, Ar. 8083. Para un análisis del deber de negociar como factor determinante de la estructura de la negociación colectiva, véase SÁNCHEZ TORRES, E.: *El deber de negociar y la buena fé en la negociación colectiva*, CES, 2.000, pg. 248 y ss.

¹⁷⁴¹ Sobre esta cuestión véase *supra*.

¹⁷⁴² VALLEJO DACRUZ, *ibidem*.

procedimiento de modificación *ex novo* no cabe posibilidad alguna de admisión, puesto que la facultad de proponer y decidir, en última instancia, la modificación le corresponde al empresario, como se desprende de la totalidad del artículo 41 y especialmente del 41.4 LET. No obstante, es posible reconocer legitimación a los representantes para promover la negociación de un pacto modificativo a través de una interpretación extensiva del artículo 51.9 LET, en el sentido de que si se puede lo más, solicitar la extinción de los contratos de trabajo, se puede lo menos, su modificación sustancial, siempre que se esté en presencia de circunstancias que hagan presumir que su no implementación pudiera ocasionar al conjunto de los trabajadores perjuicios de imposible o difícil reparación¹⁷⁴³.

Este planteamiento supone situar las medidas modificativas del artículo 41 en justa relación con lo previsto en los artículos 47 y 51 LET para las suspensiones y despidos colectivos, es decir dentro del conjunto de normas que permite reorganizar y reestructurar la empresa para adaptarla a los requerimientos organizativos y del mercado y dentro de una mayor igualdad de planteamientos desde el plano jurídico. Sin embargo, se hace difícil admitir que el proceso modificadorio pueda iniciarse por los representantes de los trabajadores, porque iría contra lo dispuesto en la propia norma reguladora de las modificaciones sustanciales. En cambio, sí que debía de ser posible, incorporando al artículo 41 el contenido del 51.9 LET¹⁷⁴⁴, lo que favorecería y potenciaría una corresponsabilización en la gestión empresarial. Cuestión diferente, y pacíficamente aceptada, es que, iniciado un expediente de regulación de empleo para extinguir o suspender los contratos, dentro de las consultas y negociaciones se proponga por los representantes de los trabajadores, se negocie y se acuerde la modificación

¹⁷⁴³ En esta lógica GARCÍA PIQUERAS, M.: “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo mediante pacto entre las partes afectadas”, AL, núm. 25/1.988, pg. 1.406; igualmente, SÁNCHEZ TORRES, E.: “El deber de negociar...”, cit., pg. 72.

¹⁷⁴⁴ “Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación”.

sustancial de las condiciones laborales de todo o parte del personal, solventándose así las exigencias de reestructuración organizativa.

Este planteamiento legal de la representación de los trabajadores está estructurado sobre la presunción de normalidad de la existencia generalizada de una empresa con un único centro de trabajo dotado de su representación legal y sindical, aunque la realidad muestra escenarios más complejos, donde coexisten empresas con varios centros de trabajo junto a otras que carecen de representación, en la mayoría de los casos porque su pequeño tamaño no permite hacer elecciones o no las hace apetecibles a las organizaciones sindicales. En cualquier caso, tanto una situación como otra constituyen supuestos especiales que deben ser matizados.

En las empresas que disponen de varios centros de trabajo, la respuesta difiere en función de que estén o no afectados todos los centros de la misma y si su representación se hace a través de un comité o mediante delegados de personal.

En el primer caso, si todos los centros de la empresa están afectados por las modificaciones, porque éstas forman parte de un proyecto reorganizativo conjunto, y todos tienen constituida su representación legal, cabe la posibilidad de que, además, se haya creado un comité intercentros al que convencionalmente se le ha facultado para participar en este tipo de consultas-negociación. Si esto es así, éste será el interlocutor empresarial válido¹⁷⁴⁵. En caso contrario, los legitimados serán los comités de los

¹⁷⁴⁵ En esta lógica, véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 148; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Legitimación para negociar acuerdos...”, cit., pg. 78.

Entre los convenios colectivos consultados son muy escasos los que reconocen expresamente la intervención del comité intercentros, como el Convenio colectivo del sector de comercio vario de la Comunidad de Madrid (BOE 20 de marzo de 2.008), donde el comité intercentros “asume las competencias previstas en los artículos 64 y 41 del Estatuto de los Trabajadores cuando las medidas o reivindicaciones afecten a más de un centro de trabajo”, el VI Convenio del personal laboral de la Generalidad de Cataluña (DO Generalidad de Catalunya de 24 de mayo de 2.006, núm. 4640) y el Convenio Colectivo para el personal laboral del consejo de administración de Patrimonio Nacional (BOE

centros de trabajo afectados que deberán actuar conjuntamente, situación que puede plantear indudables problemas operativos a causa del importante número de personas que puede llegar a estar implicado en las consultas, lo que ha llevado a proponer la elección de una comisión negociadora¹⁷⁴⁶ entre los llamados a la negociación, en la que se integrarían proporcionalmente¹⁷⁴⁷, o a que, como se ha recogido por la negociación colectiva, sean los trabajadores los que decidan cuál será el órgano que los represente en esta negociación¹⁷⁴⁸.

En cualquier caso, no debe olvidarse, como se ha señalado por la doctrina¹⁷⁴⁹, que alguna jurisprudencia interpreta con bastante flexibilidad la necesidad de ese reconocimiento expreso de capacidad negociadora al comité intercentros exigido por el

de 14 de marzo de 2.002, núm. 63).

¹⁷⁴⁶ Véase ALBIOL MONTESINOS, I.: “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial”, AL núm. 10/1.991, pg. 127. En la misma lógica, p.e., la STSJ de Cataluña de 14 de enero de 1.992, AS 285.

¹⁷⁴⁷ Cfr. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Legitimación para negociar acuerdos en período de consulta...”, cit., pg. 78; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 890; NAVARRO NIETO, F.: Los despidos colectivos, Civitas, Madrid, 1996, pg. 145; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 174; NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, cit., pgs. 201 y 202.

¹⁷⁴⁸ Sin perjuicio de que la cuestión venga resuelta por la negociación colectiva, como sucede en el Convenio Colectivo para la Hostelería de Guipúzcoa (BOP de 7 de noviembre de 2.006, núm. 211), que establece en su artículo 35 que “cuando en una empresa coexistan Comité de empresa, Delegados de personal o sección sindical, serán los trabajadores de la misma quienes decidan por mayoría cuál de ellos ostenta su representación en la negociación (...)”.

¹⁷⁴⁹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo...*, cit., pg. Igualmente, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir), *Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IX, vol. 2º, 1.989 pg. 281, pg. 291.

precepto estatutario. Esta interpretación permitiría al comité intercentros intervenir en el período de consulta-negociación como interlocutor de la empresa en cuestiones generales que afecten a la totalidad de la empresa, además de las exclusivas de un centro de trabajo o que afecten a varios centros de trabajo, aunque lo que exista sea una atribución genérica de las funciones correspondientes a los delegados de personal o a los comités de empresa¹⁷⁵⁰. Sin embargo, otra doctrina piensa que la representación debe recaer en el comité intercentros siempre que la medida modificatoria afecte más de un centro de trabajo¹⁷⁵¹, aunque en el caso de que los planes reorganizativos afectasen sólo a algunos de los centros de trabajo, en principio parece que los legitimados serían los órganos representativos de los centros afectados. Sin embargo, parece más conveniente que intervenga la representación de la totalidad de los centros o el comité intercentros, porque la realidad es que, en mayor o menor grado, directa o indirectamente, la afectación puede llegar a todos los centros de trabajo¹⁷⁵². De aquí que

¹⁷⁵⁰ Como ejemplo del primer tipo de cláusula se puede citar el CC de la empresa “Telefónica Servicios Móviles, S.A.” (BOE de 25.6.1998); del segundo, el de la empresa “Cabinas Telefónicas, S.A.”, (BOE 30.8.1997) finalmente, del tercero, en la empresa “Fasa-Renault” (BOE 16.4.98). Diversamente, sería difícil, cuando no imposible, admitir tal intervención en aquellos casos en los que el convenio colectivo contiene un prolijo listado de competencias propias del comité intercentros sin incluir en las mismas la participación en el período de consultas, como sucede, p.e. en el cc de la empresa “CLH, S.A.” (BOE 24.9.97), o cuando se le reconocen “exclusivamente” ciertas atribuciones. Como en el de la empresa “Olivetti España S.A.”, (BOE 5.12.96).

¹⁷⁵¹ HIJAS FERNÁNDEZ, J.J.: “El nuevo régimen del Comité Intercentros”, AL, t.I/1.998, pg. 322. Este último es el caso previsto en el artículo 65 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (BOE de 11 de noviembre de 1.997) (RCL 1997, 2665). También en este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., quienes amplían la referencia a los grupos de empresa, en los que funcionaría un “Comité de grupo” (“La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 902, 906 y ss.). Así, el I Convenio Colectivo del Grupo Seda (BOE de 28 de octubre de 1.997) prevé la actuación del Comité Intercentros siempre que la medida afecte a más de una empresa del grupo (art. 89).

¹⁷⁵² MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Legitimación para negociar acuerdos en período de consulta...”, cit., pgs. 77 y 78. Igualmente resulta ilustrativa la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 9 de marzo de 1.995, AS 1003.

no sea aceptable la concertación de un acuerdo global celebrado solamente con alguno o algunos de los comités de los centros afectados, puesto que iría contra la exigencia del 41.4, tercero LET de que dicho acuerdo “requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representación sindicales, si las hubiere”.

Este problema es extrapolable al marco más amplio de los grupos de empresas y se plantea por la inexistencia de un mecanismo legal de coordinación de las posibles representaciones intervinientes, con el consiguiente desajuste entre las previsiones participativas descentralizadas, en estricta aplicación de la apariencia legal, y el ámbito real en que reside el proceso decisorio¹⁷⁵³. Esta situación es consecuencia de la práctica inexistencia de marco jurídico para la representación en los grupos de empresas¹⁷⁵⁴, puesto que las previsiones normativas respecto al comité intercentros, ya de por sí inadecuadas, no son en absoluto satisfactorias¹⁷⁵⁵ para resolver un problema frente al que el sistema legal se muestra insuficiente y desfasado respecto a la realidad socio-económica¹⁷⁵⁶ y que necesita una normativa específica para los supuestos reorganizativos o reestructuraciones en contextos, sean o no crisis, que traten a los

¹⁷⁵³ Véase, en esta lógica, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pgs. 169 y 170.

¹⁷⁵⁴ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “La negociación colectiva en los grupos de empresas”, en AA.VV. BAYLÓS GRAU, A. y COLLADO, L. (Eds.), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.994, pg. 280, donde señala que “la propia naturaleza y configuración del fenómeno de los grupos puede resultar refractaria a la institucionalización de un nivel de negociación colectiva coincidente con el ámbito grupo”. Consecuentemente, concluye que “la pluralidad de formas adoptadas por grupos un tratamiento unitario del fenómeno”.

¹⁷⁵⁵ Cfr. COLLADO GARCÍA, L.: “Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresas”, en AA.VV. BAYLOS, A. y COLLADO, L. (Eds.), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1.994, pg. 318.

¹⁷⁵⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, REDT, núm. 21/1.985, pg. 83 y ss.

grupos de empresas como un todo¹⁷⁵⁷. Subsidiariamente, otra alternativa de solución a este problema podía venir de la negociación colectiva, que podría pactar la existencia de representaciones a nivel de grupo, además de las unitarias y sindicales de cada una de las empresas singulares, ya sea por convenio colectivo, pacto colectivo informal o pacto *ad hoc*¹⁷⁵⁸ o el establecimiento de una normativa que, en supuestos de reorganización o reestructuración empresariales, legitimase para intervenir a las organizaciones sindicales más representativas cuando estas situaciones afectasen a una realidad supraempresarial, salvo que se tratase de un grupo de empresas y dispusiera de representación institucionalizada en ese marco¹⁷⁵⁹.

Ahora bién, si junto a centros que disponen de comité de empresa se encuentran otros en que los representantes son delegados de personal pueden presentarse problemas operativos, originados porque el comité de empresa toma sus acuerdos por mayoría mientras que los delegados de personal lo hacen mancomunadamente. Sin embargo, ya el Tribunal Central de Trabajo¹⁷⁶⁰ se pronunció en este tema, manteniendo que la

¹⁷⁵⁷ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos...*, cit., pg. 90; *idem*: *Los derechos de información...*, cit., pg. 358 y ss.; sobre la problemática a resolver en la instauración de representaciones de los trabajadores en el seno del grupo, véase CABERO MORÁN, E.: “Negociación colectiva y representación de los trabajadores en los grupos de empresas nacionales y multinacionales”, AL, núm. 32/1.990, pg. 375 y ss.; por parte del lado empresarial, vid. RIVERO LAMAS, J.: “La legitimación empresarial para la negociación colectiva”, RL, núm. 24, 1.992, pg. 414 y ss.

¹⁷⁵⁸ Acerca de la identificación de las unidades de negociación colectiva, véase MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: “Los grupos de empresa: ¿definitivamente una unidad de negociación de ámbito empresarial y no supraempresarial?”, AL, núm. 43/1.993, pg. 773 y ss.; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Representación y negociación colectiva en los grupos de empresa”, RL, núm. 16-17/1.996, pg. 42 y ss.

¹⁷⁵⁹ En este sentido, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 172, donde proponen esta solución ya experimentada satisfactoriamente en los procesos de reconversión industrial. Sobre esta cuestión, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, cit., pg. 77 y ss.

¹⁷⁶⁰ Véase la STCT de 27 junio de 1.984, RTCT 5963.

mancomunidad exigida en el artículo 62.2 LET hace referencia a una actuación conjunta y de común acuerdo, pero que las decisiones se toman por mayoría, al igual que sucede en el comité de empresa.

La realidad es que el artículo 41.1, tercero LET no limita el número de componentes de la comisión negociadora, por lo que podrán participar en ella todos los representantes, sean miembros de comités o delegados de personal, salvo aquellas situaciones ya comentadas en que el elevado número de participantes dificulte seriamente el desarrollo de la negociación. Otra alternativa válida es que a través de la negociación colectiva se prevea la elección por los trabajadores de cuál de entre las distintas representaciones sea la que efectivamente los represente en estas negociaciones¹⁷⁶¹.

Otra situación especial es la inexistencia de representación unitaria en la empresa¹⁷⁶², bien por el reducido tamaño de la misma, por la falta de promoción de elecciones, por la revocación o dimisión de los representantes, etc. El problema aparece porque la norma no ha prevenido como resolver esta situación en casos como los previstos para las consultas y negociación de los artículos 40, 41, 47 y 51 LET, que preceptivamente exigen se lleven a cabo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Consecuentemente, existe diversidad de planteamientos: en primer lugar, un amplio sector de la doctrina¹⁷⁶³, con apoyo jurisprudencial¹⁷⁶⁴, mantiene que las consultas

¹⁷⁶¹ Esta opción es la que se recoge en el artículo 37 del Convenio Colectivo para la Hostelería de Guipúzcoa (BOP de 9 de julio de 1997): “cuando en una empresa coexistan Comité de empresa, Delegados de personal o sección sindical, serán los trabajadores de la misma quienes decidan por mayoría cuál de ellos ostenta su representación en la negociación”.

¹⁷⁶² Sobre esta cuestión véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Unidades de negociación colectiva sin representantes legales o sindicales de los trabajadores”, *VI Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Derecho del Trabajo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1.992, pg. 65 y ss., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 67/2.002, pg. 111 y ss.

¹⁷⁶³ Véase, por todos, VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, cit., pgs. 23 y 24, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 168, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y

deben llevarse a cabo con la totalidad de la plantilla y el acuerdo debe adoptarse por unanimidad, aunque admitiendo también válidamente la constitución de una comisión *ad hoc*¹⁷⁶⁵ y la posibilidad de que el convenio aplicable prevea una solución específica del problema¹⁷⁶⁶.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 890.

¹⁷⁶⁴ Véase, p.e., la STS de 24 de septiembre de 1.986, Ar 4646, señalando que no cabe distinguir entre los trabajadores que llegan a un acuerdo con la empresa y aquellos que no lo hacen, con objeto de seguir un procedimiento diferente con cada uno de estos grupos, sino que el procedimiento ha de ser unitario y el mismo, es decir, que se requiere la obtención del acuerdo con la totalidad de ellos. En similar sentido, la STS de 21 de septiembre de 1.995, Ar 6616, considera que ante la irregularidad procedimental consistente en el establecimiento de diferencias entre grupos de trabajadores no procede el archivo de las actuaciones sino la tramitación de las mismas como si no existiera acuerdo.

¹⁷⁶⁵ En esta lógica, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 168, y. Igualmente, DURÁN LÓPEZ, F.: “Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España”, cit., pg. 82; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas”, cit., pg. 292; MOLERO MANGLANO, C.: “Los expedientes de regulación de empleo: período de consultas y acuerdo”, *Rev. de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 8/1.992, pgs. 31 y 32; CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 148 y 149; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70/1.995, pg. 232; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M^a: “La participación de los trabajadores en el procedimiento de despidos colectivos en empresas que carecen de órganos de representación”, en MARTÍNEZ ABASCAL, V. (Ed.), *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, *Ibidem*, 1.998, pg. 63 y ss.

¹⁷⁶⁶ En este sentido, SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, pg. 182; ALFONSO MELLADO, C.L., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Los acuerdos o pactos de empresa...*, cit., pg. 53, se refieren a la posibilidad de una solución del problema colectivamente negociada en convenio colectivo, como, por ejemplo, a la fórmula del artículo 82.3 LET respecto de la cláusula de descuelgue salarial, con remisión a la Comisión Paritaria del convenio en caso de falta de representantes. En similar sentido, MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M^a: “La participación de los trabajadores...”, cit., pg. 67 y ss.

Exactamente en esta línea, el Convenio Colectivo Nacional de “Entidades de Financiación y de

En cambio, otros entienden que el período de consultas puede pasarse por alto en los casos de inexistencia de representación¹⁷⁶⁷. Esta posición se justifica, sobre todo, por la idea, bastante lógica, de que el empresario no tiene porqué ver impedida o coartada su facultad modificativa por una cuestión que no le es imputable. Además, en apoyo de esta tesis está el hecho de que no existe soporte legal para otra solución.

Igualmente, se ha dicho, opinión que no compartimos, que la falta de representantes, al implicar la inexistencia de representación del interés colectivo, supone la pérdida de sentido de las consultas, además de que la posibilidad de celebrar un acuerdo abusivo es mayor, puesto que las garantías de que disponen los representantes en su intervención no son trasladables a los trabajadores, lo que podría dificultar su actuación¹⁷⁶⁸.

Finalmente, otra opción sería pensar que la imposibilidad de concluir el acuerdo con los representantes, puesto que no existen, conlleva la imposibilidad de usar este procedimiento del artículo 41.2 LET para modificar un convenio colectivo¹⁷⁶⁹. Se

Arrendamiento Financiero (leasing)” (BOE del 27.8.1997) atribuye a la Comisión Paritaria la competencia para conocer sobre las modificaciones horarias cuando no existan representantes de los trabajadores. También en dicha línea, el cc estatal de las Empresas Organizadoras del Juego del Bingo, (BOE 20.1.1998), prevé que cuando en los traslados colectivos no se efectúe período de consultas por no existir representantes de los trabajadores, la cuestión se someterá al arbitraje regulado en el ASEC”.

¹⁷⁶⁷ En este sentido PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos de reorganización productiva”, AA.VV. *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, ACARL, Madrid, 1989, pg. 172; *idem*: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 17; GOERLICH PESET, J.M^a: “Los despidos colectivos”, cit., pgs. 143 y 144.

¹⁷⁶⁸ Véase NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, cit., pgs. 199 y 200.

¹⁷⁶⁹ Cfr. ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pg. 99; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pg. 116.

argumenta esta posición en que el legislador ha dicho expresamente que la modificación “sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”, sin matización alguna con respecto a diferenciar las consecuencias jurídicas de este hecho según a quién resulte imputable la no concurrencia de los requisitos establecidos para ello. En consecuencia, a falta de previsión normativa expresa, deben ser repudiados tanto cualquier mecanismo procedimental alternativo al acuerdo colectivo, como su sustanciación con representantes designados *ad hoc* por los trabajadores, puesto que la norma legal asigna a los representantes el desempeño de unas funciones de negociación que no se limitan a la mera recepción de información y documentación¹⁷⁷⁰.

En cualquier caso, lo evidente es la falta de voluntad del legislador para establecer un mecanismo subsidiario a la falta de representación, puesto que en la tramitación parlamentaria de la Ley 11/1994 se planteó la posibilidad de designar una comisión *ad hoc*, propuesta que, al rechazarse, no fué incluida en el texto final del artículo 41 LET¹⁷⁷¹, mientras que en supuestos similares, como sucede con los despidos colectivos, en los que se llama a la intervención de comisiones *ad hoc*, sí se ha llevado a cabo, aunque sea de manera limitada, puesto que sólo se permite para la tramitación y el procedimiento administrativo¹⁷⁷², lo que, en definitiva, puede ser usado como otro

¹⁷⁷⁰ Véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 179.

¹⁷⁷¹ Las enmiendas núm. 33 del Congreso de los Diputados (del Grupo Mixto; BOCG núm. 42-4. de 22 de febrero de 1995 –Congreso de los Diputados- V Legislatura), y núm. 58 del Senado (Del Grupo Mixto; BOCG núm. 26 (b), de 15 de abril de 1994 –Senado- V Legislatura), proponían añadir al artículo 41.4 LET un último párrafo: “En el caso de que los trabajadores carecieran de representación legal, deberán nombrar, en el plazo de tres días, una comisión que tendrá por objeto realizar las funciones encomendadas a los citados representantes legales de los trabajadores, en los términos expresados en este apartado”.

¹⁷⁷² El artículo 4 del RD 43/1.996, en relación con las empresas en las que no existen instancias representativas, establece que los trabajadores “podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones”. Sin embargo, se evidencia claramente

argumento a favor de la amortización del período de consultas en aquellas empresas en que no existan representantes de los trabajadores, ni unitarios ni sindicales¹⁷⁷³. De aquí que parezca más conveniente, y sobre todo más operativa y ágil, la opción de obviar las consultas-negociaciones en caso de inexistencia de representación, pudiéndose admitir, quizás, la designación de un comité *ad hoc* por los trabajadores para llevar a cabo la negociación en su nombre o la previsión al respecto hecha por el convenio colectivo, desechándose en cualquier caso la realización de las consultas con la totalidad de la plantilla, puesto que la alternativa asamblearia no tiene encaje con la lógica de la representación que domina la regulación legal, aparte de la consecuente inoperancia práctica que probablemente conllevaría en bastantes ocasiones.

Otra cuestión a resaltar es que, si es la representación sindical la que va a intervenir en las negociaciones, ésta debe reunir un requisito de legitimación complementaria, puesto que deben sumar la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal de los centros afectados por las modificaciones, exigencia en línea con las previsiones de los artículos 8.2.b) LOLS¹⁷⁷⁴ y 87.1.2, segundo LET¹⁷⁷⁵.

de la propia dicción legal que esta legitimación sólo es válida para los trámites y procedimientos administrativos.

¹⁷⁷³ En esta línea, NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, cit., pg. 201, señala que “la limitada previsión del artículo 4 RPRE constituye un argumento más (...) para sostener la amortización del período de consultas en aquellas empresas en las que no existan representantes, unitarios o sindicales, de los trabajadores”.

¹⁷⁷⁴ Véase el artículo 8.2 b) LOLS, que concede derecho a negociar colectivamente sólo a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal. Resulta clarificadora la STS 17 de octubre de 1.994, Ar. 8053.

¹⁷⁷⁵ Véase el artículo 87.1. párrafo segundo ET, que, como condición para reconocer la eficacia general del convenio colectivo negociado por la representación sindical, exige que esta última sume, en su conjunto, la mayoría de los miembros del comité de empresa.

Así, la representación sindical sólo dispondrá de esta legitimación complementaria para negociar con el empresario si sus miembros, en conjunto, suman la mayoría del total de los miembros de la representación unitaria correspondiente a los centros de trabajo afectados por la medida modificativa, en línea con la lógica del sistema articulado para la representación de los trabajadores, basado en la representación legal o unitaria de los mismos¹⁷⁷⁶. Esta exigencia se hace con la evidente finalidad de impedir que sujetos sindicales minoritarios y con escasa presencia dentro de la representación unitaria puedan suscribir, por sí solos, con el empresario unos acuerdos modificativos que, lógicamente, habrían de tener eficacia general¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷⁶ En esta lógica, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La negociación colectiva en empresas sin representantes legales...”, cit., pg. 228.

¹⁷⁷⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Ley, convenios y acuerdos de empresa”, cit., pg. 54.

3.4. LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA-NEGOCIACIÓN ENTRE EL EMPLEADOR Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

3.4.1. Duración de la consulta-negociación

Este período de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores tiene una duración mínima de 15 días, de acuerdo con el artículo 41.4.primer LET, al igual que sucede con la movilidad geográfica del 40.2.primer LET. Estos días, aunque nada dice la norma, han de considerarse naturales, analógicamente con la afirmación expresa del artículo 51.4 LET¹⁷⁷⁸ y por la aplicación de la regla general del artículo 5.2 del Código civil¹⁷⁷⁹.

La finalidad del establecimiento de una duración mínima para estas consultas es, evidentemente, asegurar que las mismas se llevarán a cabo, sobre todo si pensamos en el supuesto de la modificación de condiciones colectivas contractuales del 41.4 LET, dentro de cuya regulación se fija esa duración mínima, toda vez que para su ejecución no se precisa alcanzar ningún acuerdo. En cambio, la situación es diferente cuando la modificación que se pretende se contiene en un convenio colectivo estatutario, porque el procedimiento modificatorio exige en este caso la conclusión del acuerdo, alcanzable

¹⁷⁷⁸ En este sentido, véase SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, pg. 55; LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, pg. 365; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 209. En contra, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 321, opina que los días deben considerarse hábiles, en base al artículo 48 LRJAP. Sin embargo, esta argumentación debe rechazarse porque esta fase de negociación y consulta no está inmersa en un procedimiento administrativo, aparte de que en los casos en que sí se esta en un procedimiento administrativo, como sucede con los artículos 47 y 51 LET, la misma norma especifica que los días son naturales. En esta lógica, véase NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva...*, cit., pg. 183.

¹⁷⁷⁹ “En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles”.

previa la preceptiva negociación, de cuya duración nada dice la norma, salvo que apliquemos analógicamente el plazo mínimo de quince días del 41.4, primero LET¹⁷⁸⁰.

De la dicción legal, “duración no inferior a quince días”, se desprende inequívocamente que su duración está configurada como un mínimo¹⁷⁸¹, mejorable, por tanto, a través de la negociación colectiva que puede establecer una duración mayor¹⁷⁸², y que esta duración mínima podrá ser prorrogada si las partes negociadoras lo estiman conveniente para así lograr un acuerdo¹⁷⁸³ o incluso ser prorrogada su duración por el empresario, unilateralmente, con vistas a la consecución del acuerdo¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁸⁰ En contra de esta aplicación analógica del plazo de quince días para la duración de la negociación, puesto que conseguir el acuerdo es imprescindible, se muestran GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones...”, cit., pg. 111, y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 180.

¹⁷⁸¹ Véase, por todos, VIDA SORIA, J.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 98. Igualmente se deduce claramente el carácter de plazo mínimo, tanto del artículo 51.4 LET como del 8.1 RPRE, que se refieren a una duración “no inferior a treinta días, al igual que sucede con los artículos 40.2 LET que utiliza la misma expresión.

¹⁷⁸² En este sentido, el C C de la empresa Zardoya Otis S.A. y Ascensores Euguren, S.A., Res. DGT de 22.8.1997 (BOE 12.9.1997, establece que el traslado colectivo total irá precedido de un período de consultas de cuarenta y cinco días.

¹⁷⁸³ En esta lógica, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 197; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo” en De LA VILLA GIL, L.E. (coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1.995, pg. 387; RENTERO JOVER, J.: “La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 51; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 370. Por otra parte, la posibilidad de prorrogar la duración de las consultas ya había sido admitida bajo la vigencia de la normativa anterior a la reforma de 1.994 a pesar de que el artículo 9 del RD 696/1980 establecía la duración como un máximo. Al respecto, véase MOLERO MANGLANO, C.: “Los expedientes de regulación de empleo: período de consultas y acuerdo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 8/1992, pg. 44.

Igualmente, se ha planteado si la observancia de este período tiene carácter de norma de orden público en el procedimiento de modificación de un convenio estatutario, a lo que se puede responder que no tiene sentido la limitación temporal de la negociación, puesto que la modificación del convenio por este procedimiento *ex* artículo 41 LET exige imperativamente la consecución del acuerdo modificativo y la aplicación de cualquier límite temporal, que por otra parte tampoco está explicitado en la norma, como ya hemos señalado, lo único que conseguiría sería más bien obstaculizar que favorecer la consecución del acuerdo.

En cuanto a la posibilidad de dar por terminadas las negociaciones y consultas *ante tempus* hay que señalar que nada hay que objetar si las partes han alcanzado el acuerdo reorganizativo antes de la finalización del plazo de quince días¹⁷⁸⁵. Además de la lógica, puesto que no parece razonable demorar la efectividad del acuerdo¹⁷⁸⁶, ya que si la finalidad del período de consultas es conseguir un acuerdo, una vez logrado éste, no tiene demasiado sentido dilatar innecesariamente su aplicación¹⁷⁸⁷. Abona esta idea el

¹⁷⁸⁴ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Los pactos modificatorios...”, cit., pg. 370.

¹⁷⁸⁵ Véase MONEREO PÉREZ J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho español, cit., pg. 197; RENTERO JOVER, J.: “La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo...”, cit., pgs 51 y 52; NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, cit., pg. 159; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 370; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Modificación de condiciones de trabajo...”, cit., pgs. 39 y 40; RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procesales”, cit., pg. 615. Una posición contraria es la que parece mantener VIDA SORIA, J.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 98, cuando señala que “se tiene que congelar la decisión quince días, y durante ellos agotar un intento de consulta”, incluso “aunque la consulta dure medio minuto”.

¹⁷⁸⁶ En este sentido, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre la modificación de condiciones de trabajo”, *Puntos críticos de la reforma laboral* (coord. R. MARTÍNEZ EMPERADOR), Madrid, 1.996, pg. 128.

¹⁷⁸⁷ Igualmente en esta lógica VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I.: “El informe de la Inspección de Trabajo en

que el artículo 8.1 del RPRE¹⁷⁸⁸ así lo admite, siempre que las consultas terminen en acuerdo¹⁷⁸⁹. Aunque esta norma se refiere a los despidos colectivos, nada obsta su aplicación analógica al ámbito de las modificaciones sustanciales de los artículos 40 y 41 LET¹⁷⁹⁰, puesto que, salvo este pronunciamiento, no existe norma alguna que permita dar por finalizadas anticipadamente las consultas, ni aún en caso de desacuerdo expreso¹⁷⁹¹, a lo que contribuye su configuración legal como un mínimo.

Si esto es así en caso de desacuerdo expreso, con más razón se debe dar idéntica respuesta negativa a la posibilidad de finalizar *ante tempus* las consultas por decisión unilateral de cualquiera de las partes, especialmente si ésta es la parte empresarial, puesto que, en caso contrario, carecería de sentido configurar su duración como un mínimo y establecer la obligación de negociar de buena fé¹⁷⁹².

los expedientes de regulación de empleo”, REDT, núm. 71/1.995, pgs. 385 y 386.

¹⁷⁸⁸ Artículo 8.1 RPRE: “podrá entenderse finalizado, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, en el supuesto señalado en el artículo 11 de este Reglamento”, precepto que se refiere a la conclusión de las consultas con acuerdo.

¹⁷⁸⁹ NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, cit., pg. 159; RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procesales”, cit., pg. 615; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1.994, de 19 de mayo”, AL, núm. 30/1.994, pgs. 489 y 490.

¹⁷⁹⁰ En esta lógica, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Modificación de condiciones de trabajo...”, cit., pgs. 39 y 40; en el mismo sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 210.

¹⁷⁹¹ Con la situación legal anterior a la reforma la doctrina mantuvo con apoyo en el RD 696/1.980, que configuraba la duración de las consultas como un máximo y que recogía la posibilidad de concluir las por desacuerdo expreso. Véase ALBIOL MONTESINOS, I.: “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas”, cit., pgs. 287 y 288; MOLERO MANGLANO, C.: “Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (I. y II)”, AL, núm. 41 y 42/1989, pg. 544; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Trotta, Madrid, 1993, pg. 73.

¹⁷⁹² RIVERO LAMAS, J., DE VAL TENA, A.L.: “Los despidos por causas económicas: aspectos

En cuanto a la determinación del día inicial del cómputo de los quince días, cabe señalar que coincidirá con el momento en que se realice la comunicación de apertura de las consultas y la puesta a disposición de los representantes de la documentación e información necesaria para evaluar adecuadamente la situación¹⁷⁹³, con lo que el *dies a quo* coincidirá con el momento en que se produzca la “plenitud informativa”¹⁷⁹⁴, sin que tenga por qué existir un período entre la comunicación de apertura de consultas y su inicio efectivo para facilitar el estudio de la documentación aportada por la empresa. Es determinante para la validez del período de consultas que éste se inicie con plenitud informativa, puesto que en caso contrario podrá ser impugnado y anulado por incumplimiento de un requisito esencial. Y el cómputo del plazo no puede iniciarse si no se ha aportado la información y documentación necesaria, lo que conlleva que la decisión modificativa tampoco puede adoptarse validamente. De aquí que la aportación de la documentación deba coincidir con la apertura-inicio de las consultas para que los representantes puedan hacer uso de ella y fundamentar su posición. Asimismo, la aportación tardía de todo o parte de la documentación debe ser considerada como contraria a la buena fé, lo que impide dar por cumplida la obligación de apertura de consultas, porque esta omisión, aunque sea parcial, imposibilita un adecuado desarrollo de las consultas.

Como la solución a estos incumplimientos procedimentales, la impugnación judicial de la decisión empresarial, conlleva, en el mejor de los casos, retrasos y perjuicios tanto a

procesales”, cit., pg. 615.

¹⁷⁹³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, cit., pgs. 419 y 420; igualmente, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo”, cit., pgs. 387 y 388.

¹⁷⁹⁴ Véase GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, cit., pgs. 390 y 391, donde, al usar esta expresión, pone de relieve el vínculo estructural entre la información a facilitar y el inicio real de las consultas, que identificando el momento de esa “plenitud informativa” con el *dies a quo* para el cómputo del plazo.

los trabajadores afectados como a la empresa, se ha propuesto¹⁷⁹⁵ una solución similar a la prevista para las consultas de los artículos 47 y 51 LET, que permite resolver anticipadamente estos problemas y que consiste en que la autoridad laboral, a la que se le ha solicitado la apertura del período de consultas *ex* 51.2 LET, dispone de diez días para comprobar si la empresa ha cumplido satisfactoriamente sus deberes informativos. En caso contrario dará un plazo de diez días para subsanar, es decir para entregar la documentación e información necesaria, computándose el plazo a partir de dicha entrega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 RPRE. Sin embargo, esta solución, que sin duda alguna evitaría la problemática derivada de los incumplimientos empresariales en esta materia, debe ser rechazada porque sería volver a una intervención administrativa ya superada en la lógica actual en que, acertadamente, el control de la legalidad de la modificación se encarga *ex post* a la jurisdicción laboral, aparte de que el principal perjudicado por la posible impugnación y nulidad de la decisión modificativa es el empresario incumplidor, que habría de asumir sus costes. No obstante, sí puede preverse por la negociación colectiva el señalamiento de plazos que permitan a los representantes de los trabajadores conocer con suficiente antelación las pretensiones reorganizativas empresariales¹⁷⁹⁶ y disponer de la documentación necesaria para afrontar debidamente el período de consultas con tiempo suficiente para su estudio¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹⁵ NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, cit., pg. 187.

¹⁷⁹⁶ En este sentido, el CC Nacional de “Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares”, Res. DGT de 5.3.1997 (BOE del 20.3.1997), señala que el traslado del centro de trabajo deberá ser comunicado con un año de antelación; el CC de las “Industrias del Calzado”, Res. DGT de 22.7.1997 (BOE del 13.8.1997), por su parte, establece que los proyectos extintivos y/o suspensivos deben ser comunicados con dos meses de antelación”.

¹⁷⁹⁷ El CC estatal para las “Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo”, Res. DGT de 16.1.1997 (BOE del 7.2.1997), establece que los traslados colectivos se comunican a los representantes de los trabajadores con treinta días de antelación, remitiéndoles la documentación necesaria. Estos sujetos cuentan con un plazo de quince días para su estudio, a partir del cual se inicia el período de consultas. En el CC nacional para las empresas de “Comercio al por mayor e Importadores de Productos Químicos Industriales y de Droguería, Perfumería y anexos”, Res. DGT de 3.7. 1.997 (BOE del 23.7.1.997), por otro lado, se establece la obligación de presentar a los representantes de los

3.4.2. Contenido de la consulta-negociación

Como se ha señalado, el párrafo tercero del artículo 41.2 LET ordena que, para llevar a cabo la modificación de las condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo estatutario, se debe alcanzar necesariamente un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, pero sin hacer especificación alguna acerca de cómo llegar a ese imprescindible acuerdo.

Sin embargo, donde sí se especifica como debe llevarse a cabo este procedimiento, aunque con referencia a las condiciones colectivas contractuales, es en el 41.4 LET, precisamente donde no es preceptiva la consecución del acuerdo. En este sentido, la doctrina, con buen criterio, ha considerado aplicable la regulación del 41.4 LET a la modificación del convenio colectivo¹⁷⁹⁸, puesto que carecería de lógica otra lectura del precepto.

¿Cuál es, entonces, este procedimiento?, ¿en qué consiste? ¿cuál es su contenido?

En primer lugar, en cuanto a qué se deba hacer durante estos días, es obvio que las partes deben reunirse y negociar, debiendo hacerlo cuantas veces lo estimen conveniente, pero sin que tengan que estar reunidos ininterrumpidamente¹⁷⁹⁹, aunque la

trabajadores un ejemplar del expediente de regulación de empleo que se pretenda instar con 25 días de antelación a su presentación, a efectos de que los mismos puedan estudiarlo”.

¹⁷⁹⁸ En esta lógica puede verse: ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, cit., pg. 98 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1.994 (una aproximación interpretativa)”, DL, núm. 43/1.994, pg. 50; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit. pg. 113.

¹⁷⁹⁹ Cfr. en este sentido las SSTSJ Cataluña de 5 de octubre de 1.996, AS 3911, de Galicia de 19 de mayo de 1.997, AS 1336, o de Cataluña de 23 marzo de 1.998, AS 2314, en la que se produce únicamente una

norma nada dice en concreto, señalándose la necesidad de que, si no el Estatuto, sí el RPRE debían haber ordenado el período de consultas, señalando, por ejemplo, un número mínimo de reuniones¹⁸⁰⁰. Evidentemente, este vacío regulador puede ser colmado por la negociación colectiva¹⁸⁰¹, aunque son pocos los convenios que hasta ahora se han ocupado de estas previsiones¹⁸⁰². No obstante lo anterior, tampoco parece que la libertad de que gozan las partes permita calificar de incompleta la regulación actual, puesto que siempre queda la posibilidad de impugnación de la decisión modificativa por incumplimiento del procedimiento exigido, igual que sucedería si no se llevaran a cabo el número mínimo de reuniones que se estipulara. Por otra parte, si ese número no se fijara con carácter mínimo podría perjudicar al correcto desarrollo de las consultas.

Además, el artículo 41.4, párrafo primero LET señala expresamente cuál sea el contenido de las referidas negociaciones, es decir, las causas que justifican la decisión modificativa, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, y las medidas que puedan adoptarse para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados¹⁸⁰³, con una

reunión que finaliza sin acuerdo.

¹⁸⁰⁰ En esta lógica, p.e., véase GOERLICH PESET, J.M^a: “Los despidos colectivos”, cit., pg. 147. Igualmente, NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, cit., pg. 183, nota 103 señala que “en el derecho francés, el artículo L.321.3 del Code du Travail prevé la realización de dos reuniones. La separación entre una y otra oscila entre los catorce y los veintiocho días, dependiendo del tamaño de la empresa. El número de reuniones previsto es de tres en el caso de que se haya solicitado por los representantes de los trabajadores la ayuda de un experto contable”.

¹⁸⁰¹ GOERLICH PESET, J.M^a: *El despido económico y tecnológico (causas y procedimiento)*, ejercicio de oposición inédito, Valencia, 1.994, pg. 244, citado en NORES TORRES, *ibidem*.

¹⁸⁰² Véase, p.e., la experiencia del Acuerdo de las empresas del grupo del metal INI/TENEO y los sindicatos UGT/CCOO/CIG, publicado en RL t.II/1.993, pgs. 1.438-1.451, incluía previsiones como el número de reuniones y la secuencia cronológica de las mismas.

¹⁸⁰³ Esta formulación ha sido tomada, sin duda, de la contenida en el artículo 2 de la Directiva 92/56/CEE (LCEur 1.992, 2902), que modifica la Directiva 75/129/CEE (LCEur 1.975, 40) referente a la

clara finalidad de fomento de una corresponsabilización de las partes en la búsqueda de reales y eficaces soluciones¹⁸⁰⁴.

De aquí que se pueda calificar esta primera alusión al contenido de las consultas como dual, puesto que se refiere, en primer lugar, a las causas motivadoras de la modificación que se pretenda como objeto de la consulta. En este sentido, “la propia consulta actúa como primer control de la concurrencia efectiva de la causa alegada por la empresa”¹⁸⁰⁵. Después, en segundo lugar, se menciona la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, en lo que es una “invitación a las partes sociales al recurso a medidas alternativas” que eviten o reduzcan el número de modificaciones y de trabajadores afectados¹⁸⁰⁶.

Además, el artículo 41.4, segundo LET establece que “durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fé, con vistas a la consecución de un acuerdo”, lo que no implica la obligación de convenir, sino sólo de negociar¹⁸⁰⁷, de lo que se

aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en el tratamiento de los despidos colectivos.

¹⁸⁰⁴ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 153. Igualmente en esta lógica, p.e., la STSJ de La Rioja de 26 de septiembre de 2.007, AS 2.008/450.

¹⁸⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁰⁶ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 153.

¹⁸⁰⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 158: “El precepto constituye la transposición interna del art. 2.1 de la Directiva modificada que utiliza la equivalente expresión “*con vistas a llegar a un acuerdo*”. Tal precepto ha sido pacíficamente interpretado por la doctrina española en el sentido de que impone una obligación de negociar, no un deber de convenir. En parecida línea, aunque más exigente, la STJ de La Rioja de 26 de septiembre de 2.007, AS 2.008/450, señala que “la inteligencia del precepto no exige un mero formalismo, y el período de consultas no puede reducirse a un simple dar y/o recibir un parecer, sino que se concibe por la Ley como un medio para alcanzar un acuerdo al que se ajusten las modificaciones que finalmente se produzcan”.

Sobre esta cuestión, véase, p.e., MULAS, A.: “Sobre la Directiva de la CEE de 17/2/75 relativa a los despidos colectivos. Notas a una cuestión polémica”, DL, núm. 13/1.984, pg. 55; CRUZ VILLALÓN, J.: “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la Legislación española”,

desprenden dos consecuencias distintas, una primera, que las partes tienen la obligación de negociar y, otra segunda, que deben negociar de buena fe¹⁸⁰⁸.

De aquí podemos extraer las principales cuestiones que plantea el régimen jurídico de este tipo de modificación.

Debe recordarse que el período de consultas y de negociación cumple una función de tipo informativo, además de servir de marco de desarrollo para un proceso de negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Desde esta perspectiva, la función informativa es instrumental a la actividad negociadora¹⁸⁰⁹.

De lo que acabamos de decir se desprende, tanto para el empresario como para los representantes de los trabajadores, un deber de negociar, que no es más que una

Noticias CEE, núm. 40/1.988, pg. 97; LÓPEZ MOSTEIRO, r.: “La Directiva 75/129, de 17 de febrero sobre despidos colectivos”, en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E. (Coord.), *La Reforma del mercado de trabajo: Libertad de empresa y Relaciones laborales*, AL, Madrid, 1.993, pg. 819. Sobre la naturaleza del período de consultas en la Directiva comunitaria y en nuestro ordenamiento interno, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos...*, cit., pg. 75 y ss. y 104 y ss..

¹⁸⁰⁸ Véanse, acerca del deber de negociar de buena fe, entre otros, GARCÍA BLASCO, J.: “El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el derecho español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6/1.981, pgs. 193-215; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “El deber de negociar”, en AA.VV., *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTSS, Madrid, 1994, pgs. 41-74; CABEZA PEREIRO, J.: *La buena fe en la negociación colectiva*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1.995; SÁNCHEZ TORRES, E.: *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, 2.000.

Entre la jurisprudencia reciente señalan la obligación de negociar de buena fé, sin que eso presuponga la obligación de alcanzar el acuerdo, entre otras muchas, las SSTJ de La Rioja de 26 de septiembre de 2.007, AS 2.008/450, y de 25 de junio de 2.007, AS 3341, de Cataluña de 21 de febrero de 2.005, AS 647, de Navarra de 21 de julio de 2.005, AS 2604, y de Galicia de 5 de julio de 2.003, AS 3973.

¹⁸⁰⁹ Sobre esta cuestión véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el derecho español*, cit., pg. 188 a 192.

especificación del genérico deber de negociar de buena fé del artículo 89.1, párrafo tercero LET, concreción que otorga a este período de negociaciones y consultas “un auténtico contenido de fondo, que lo aleja del mero trámite formal”¹⁸¹⁰ y que impone un derecho de información a los representantes de los trabajadores y unos deberes de conducta a las partes, tendentes al logro del acuerdo en que consiste el fin de la actividad negociadora. Desde este punto de vista, la buena fé que se exige a las partes negociadoras impone una cierta predisposición a la consecución del acuerdo¹⁸¹¹, mientras que el derecho de información de los representantes es el presupuesto imprescindible del real y efectivo ejercicio negocial, puesto que el único modo de que los representantes valoren adecuadamente las pretensiones empresariales es conocer las circunstancias subyacentes a la decisión modificativa, para, de acuerdo a sus conclusiones, discutir acerca de sus efectos. Sin embargo, en la modificación de las condiciones colectivas de carácter contractual sí que podemos encontrarnos ante una consulta de carácter sino formal, *cuasi* formal, puesto que siempre la posibilidad última de decisión, si no hay acuerdo, la tiene la parte empresarial, a la que le basta, en última instancia, con pasar el trámite de los quince días de consultas para tomar su decisión sin dejarse influenciar por la opinión de los representantes.

Se observa una contradicción entre la parca regulación y escasa concreción del deber de buena fé y su necesidad, dada la potenciación del período de consultas y negociación,

¹⁸¹⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial*, cit., pg. 164.

¹⁸¹¹ En esta lógica, véanse ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, 2ª ed., 1.990, pg. 124; Igualmente, IGLESIAS CABERO, M.: “Algunas reflexiones en torno al deber de negociar”, AL, núm. 7/1.989, pg. 79; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdo de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 887 y ss.; GARCÍA BLASCO, J.: “Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo”, AL, núm. 39/1.988, pg. 2.280: “Las representaciones negociadoras deben intentar llegar a un entendimiento, mostrando buena voluntad para discutir las respectivas propuestas y contrapropuestas” puesto que lo contrario supone “mala fé en una actitud o comportamiento de las partes que equivalga en la práctica a una negativa a negociar”.

así como de la negociación colectiva, que ha llevado a cabo la Ley 11/1.994, puesto que el reconocimiento explícito que la norma hace de la existencia en cualquier negociación de la buena fé lo que hace es establecer una regla de comportamiento a seguir a lo largo del procedimiento y que planea sobre todas las obligaciones de las partes en el mismo¹⁸¹². Por esto, se hace necesaria su especificación y concreción para delimitar, especialmente, los comportamientos contrarios a la misma¹⁸¹³.

El Acuerdo Interconfederal sobre la Negociación Colectiva (AINC) lo ha intentado¹⁸¹⁴ enumerando una serie de compromisos, que a modo de pautas de conducta deben ordenar el procedimiento de negociación colectiva y que pueden ser trasladados fácilmente al ámbito de las consultas, como es la de formular propuestas y alternativas por escrito, que por otra parte ya alguna doctrina había señalado debía hacerse en las consultas, señalando en concreto la conveniencia de haberse establecido la obligatoriedad de responder motivadamente a las propuestas de los representantes¹⁸¹⁵, en línea con la obligación impuesta por el artículo 89.1 LET cuando la contraparte se

¹⁸¹² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 884 y ss. Igualmente, NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva...*, cit., pg. 206 y ss.

¹⁸¹³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo”, cit., pgs. 387 y 388; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1.994, de 19 de mayo”, cit., pg. 490.

¹⁸¹⁴ En su apartado IV, epígrafe 8, donde bajo la rúbrica “criterios generales del procedimiento negociador”. Sin embargo, no debe olvidarse que el AINC carece de naturaleza normativa, siendo su carácter meramente obligacional para los firmantes del mismo, por lo que su incumplimiento por terceros no acarrea consecuencia alguna, aunque sí es verdad que puede servir para interpretar el significado del deber de buena fé.

¹⁸¹⁵ En esta lógica, GOERLICH PESET, J.M^a: “Los despidos colectivos”, cit., pg 147; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo”, cit., pgs. 389 y 390.

niega a iniciar la negociación del convenio¹⁸¹⁶ o lo señalado por el artículo 36.4 LPRL, en relación con los derechos de información, consulta y participación, cuando obliga al empresario a responder motivadamente el rechazo a las medidas propuestas por el delegado de prevención¹⁸¹⁷.

En esta línea interpretativa habría que entender rechazables las actuaciones empresariales contrarias al desarrollo de las consultas o deliberadamente obstruccionistas de las negociaciones¹⁸¹⁸, sin que se pueda asimilar a esta postura el mantenimiento de posiciones firmes¹⁸¹⁹, lo que llevaría a que las conductas empresariales que sistemáticamente rechacen las propuestas de los trabajadores sin motivar su negativa o aportar una alternativa pudiesen ser consideradas como un atentado a la buena fé negocial¹⁸²⁰, al igual que el rechazo de la parte laboral alegando la vigencia del convenio colectivo que se pretende modificar para justificar la negativa a negociar, siempre que concurren las causas legales y la modificación afecte a las

¹⁸¹⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *ibidem*.

¹⁸¹⁷ En consecuencia, el artículo 47.11 LPRL tipifica como infracción grave “el incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales” y el artículo 49 LPRL recoge las sanciones aplicables.

¹⁸¹⁸ P.e. la STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2.005, AS 647, declara llevadas a cabo las consultas “siendo en este caso el comité de empresa el que habría negociado de mala fé al no querer entrar en las causas que justificaban la supresión, en cuyo supuesto esta Sala tendría por concluido válidamente el período de consultas”.

¹⁸¹⁹ P.e., la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2.007, AS 3341, con respecto a la posición mantenida por la empresa.

¹⁸²⁰ Sobre esta cuestión, véase CABEZA PEREIRO, J.: *La buena fe en la negociación colectiva*, cit., pg. 339; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 887; NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, cit., pgs. 161 y 162; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 370; LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, cit., pg. 371.

materias señaladas en el artículo 41 LET, en lo que es una excepción a las reglas generales del artículo 84 LET acerca de la negociación de convenios¹⁸²¹. Esta posición, unánimemente mantenida, parece ser contradicha por alguna doctrina, afirmando que los representantes no tienen obligación de negociar mientras el convenio colectivo que quiera modificar esté en vigor, de manera que mientras no finalice la vigencia del convenio, o se encuentre prorrogado su contenido normativo, las partes no podrían negociar un acuerdo modificativo¹⁸²². Sin embargo, esta posición no puede ser asumida, porque es contraria tanto a la declarada finalidad de posibilitar la adaptación de las condiciones contractuales y convencionales a las específicas necesidades de la empresa que el ordenamiento asigna al artículo 41 LET, como a la exigencia de causalidad que justifique la modificación de algunas de las materias contenidas en el convenio colectivo, que el legislador ha previsto para la modificación *ante tempus* del convenio colectivo cuando sobrevengan determinadas circunstancias

Sin embargo, no siempre es fácil trasladar esta idea de la negociación de los convenios a la fase de consultas y negociación prevista para las modificaciones sustanciales, porque nos podemos encontrar con que la propuesta empresarial ya haya aquilatado al máximo la intensidad y afectación de las modificaciones propuestas para satisfacer las necesidades organizativas y sea la representación de los trabajadores la que proponga alternativas sin motivación ni fundamentación organizacional alguna. En este caso, simplemente por mantener la propuesta inicial, aún argumentada, la posición empresarial podría ser considerada reprobable, al contrario que la postura de la contraparte, lo que sin duda parece excesivo, porque no debe olvidarse que la obligación de negociar de buena fé, como no podía ser de otro modo, afecta indistintamente y por igual a la empresa y a los representantes de los trabajadores¹⁸²³.

¹⁸²¹ En esta lógica, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos”, REDT, núm. 75/1.996, pg. 110.

¹⁸²² Véase VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación...*, cit., pg. 131, donde manifiesta que “si este acuerdo *ad hoc* supone la derogación del régimen convencional previo y sólo cabe en situaciones excepcionales, la iniciativa empresarial- situación que será la más común- no ha de obligar a la otra parte a concurrir a la mesa negociadora, cabiendo a este última la simple negativa, aun sin causa justificativa”.

Por esto, parece acertada la opción legal que, a diferencia del control ejercido por la autoridad laboral en los supuestos de los artículos 47 y 51 LET¹⁸²⁴, deja en manos judiciales el control *ex post* de la posible vulneración del deber de negociar de buena fé por cualquiera de los obligados a ello, debiendo procederse, si ha sido infringido, a la declaración de nulidad de las consultas¹⁸²⁵ e incluso sancionar el incumplimiento¹⁸²⁶, con el problema de que las eventuales sanciones administrativas tienen como único sujeto tipificado el empresario, por lo que la negativa y el obstruccionismo inmotivado de los representantes de los trabajadores no son sancionables administrativamente, sino sólo por sus representados a través de la revocación de sus cargos o en términos

¹⁸²³ Entre otros, NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, cit., pg. 162 y LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, cit., pg. 367. Igualmente, la STSJ de Galicia de 26 de marzo de 1.996, AS 604.

¹⁸²⁴ En las consultas y negociaciones exigidas por los artículos 47 y 51 LET parece clave el papel de la autoridad laboral, que puede conocer la actitud mostrada por la empresa, no sólo por las comunicaciones que los representantes puedan enviarle, sino, sobre todo, por el conocimiento de las actas que le han de ser remitidas a la finalización de las consultas, y que, de acuerdo con el artículo 8.2 RPRE deben reflejar el contenido de las negociaciones mantenidas, lo que permite conocer si efectivamente ha existido o no una verdadera actividad negocial.

¹⁸²⁵ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “El art. 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 150; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 392; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 891 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 370; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 168; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 174 y 175.

¹⁸²⁶ GARCÍA BLASCO, J.: “El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el derecho español”, cit., pg. 213; CABEZA PEREIRO, J.: *La buena fé en la negociación colectiva*, cit., pg. 476, p.e., señalan que el incumplimiento del deber de negociar de buena fé *ex* 89.1 LET es susceptible de ser considerado como una infracción laboral en base a lo dispuesto en el 95.10 LET, aunque otra doctrina exige para esta tipificación la previa declaración judicial de vulneración del deber de negociación. En esta lógica RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “El deber de negociar”, cit., pg. 76.

electorales, quedando únicamente al alcance de la empresa el recurso a la vía judicial para exigir el cumplimiento del deber de negociar de los representantes¹⁸²⁷. Evidentemente, quién no quiere negociar no lo hace por mucho que se le obligue. Sin embargo, formalmente el trámite estará cumplido si la modificación afecta a condiciones de carácter contractual, cosa que no sucede si la modificación afecta al convenio colectivo que aún está vigente. En este caso la realidad impone que haya que esperar a su vencimiento para negociar las nuevas condiciones de trabajo, toda vez que la consecución del acuerdo es preceptiva para la modificación, y si es evidente que sólo negocia quién quiere, mucho menos va a convenir aquél que ha sido obligado judicialmente a negociar.

3.4.3. La necesaria exigencia de causalidad en la modificación

De entrada, hay que precisar que la primera condición que se necesita para iniciar el procedimiento de modificación de estas condiciones de carácter colectivo, estén contenidas en convenio colectivo estatutario, en cualquier otro tipo de pacto o convenio de carácter colectivo o hayan sido concedidas con tal carácter por el empresario es, aunque parezca obvio a estas alturas del discurso, la concurrencia de una, al menos, de las causas exigidas por el 41.1 LET. Esta exigencia, como ya se ha visto, es requisito imprescindible para poder hacer uso de cualquiera de los procedimientos modificativos contenidos en el artículo 41 LET, que exigen esta fundamentación al considerar que la

¹⁸²⁷ Cfr. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, Civitas, 96/1.999, pg. 561, donde estudia las vías judiciales a utilizar para exigir el cumplimiento del deber de negociar, ante la negativa de la parte contraria, a la hora de pretender la revisión de un convenio colectivo aún no vencido, concluyendo que habría que ejercer, a través de la modalidad de conflicto colectivo relativo a la aplicación del artículo 89.1 LET, la acción judicial para solicitar el reconocimiento del derecho a renegociar el convenio y que se condene a la otra parte a pasar por esa declaración y a cumplir su deber de negociar.

facultad modificatoria empresarial excede del ámbito normal del poder directivo y del ámbito del régimen común de los contratos¹⁸²⁸.

En esta lógica, el empresario debe precisar las concretas circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción justificadoras de la modificación propuesta. De aquí que la propia consulta actúe como un primer control de la concurrencia efectiva de la causa o causas alegadas por las empresa para llevar a cabo la modificación¹⁸²⁹

Sin embargo, a pesar de la rotundidad con que el texto legal exige la concurrencia, se ha planteado la duda de su exigibilidad cuando lo que se está tratando de modificar es un convenio colectivo, porque, aunque se lleve a cabo a través del procedimiento del artículo 41 LET, es un proceso negocial para el que es imprescindible el acuerdo con los representantes de los trabajadores, quedando únicamente a la decisión unilateral del empresario la propuesta de modificación iniciadora del procedimiento.

La respuesta no puede ser más que negativa puesto que la exigencia causal es presupuesto ineludible por imperativo legal *ex* 41.1 LET, como ya se ha comentado anteriormente¹⁸³⁰. En consecuencia, no es posible modificar el convenio colectivo a través del procedimiento de las modificaciones sustanciales sin la concurrencia de alguna de las causas habilitantes del artículo 41.1, incluso aunque las partes se pongan de acuerdo para ello y de que esta posibilidad sí se admitiera con anterioridad a la reforma de 1.994, para así proporcionar una flexibilidad a la negociación colectiva que permitiera llevar a cabo una negociación, en el ámbito de la empresa, que no venía propiciada por la estructura normativa de la negociación colectiva¹⁸³¹. Esta

¹⁸²⁸ sobre esta cuestión véase *supra*.

¹⁸²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo...*, cit., pg. 153.

¹⁸³⁰ Véase *supra*.

¹⁸³¹ En esta lógica, véase VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, cit., pg. 73.

modificación del convenio colectivo, en base a causas distintas de las recogidas en el 41 LET, se fundamentaba tanto en razones de *especialidad* en el ámbito de aquello que se modificaba como de *temporalidad*, puesto que si la necesidad de modificar el convenio surge en un momento distinto al de la negociación, debe poder admitirse su modificación para adaptar su contenido a las exigencias específicas de la empresa o centro productivo afectados por un convenio de ámbito más amplio o para adaptarlo a nuevas circunstancias surgidas con posterioridad a la entrada en vigor del convenio¹⁸³². Sin embargo, a pesar de la flexibilidad convencional que permitía y de su acogida por el Tribunal Constitucional¹⁸³³, este planteamiento también fué rechazado por otra doctrina, que alegaba, con razón, que su admisión convertía en dispositiva la regulación del artículo 41 LET, lo que era a todas luces inadmisibile¹⁸³⁴.

No obstante, la objeción formal no impide que la amplitud e indefinición de las causas permita, aún hoy en la práctica, que si las partes deciden negociar un acuerdo de empresa lo hagan, incluso por mera connivencia. Sin olvidar que la modificación del convenio para su adaptación al ámbito empresarial se ha llevado a cabo, siempre, por este procedimiento a través del preceptivo acuerdo, que en la práctica permite disponer de una flexibilidad negocial que la estructura legal de la negociación colectiva no concede y que, en esta lógica, permite en bastante ocasiones considerar prioritariamente el acuerdo negocial frente a la observancia rigurosa de la exigencias causales normativas¹⁸³⁵.

¹⁸³² Cfr. en este sentido DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 120.

¹⁸³³ Cfr. la STCo. 105/1.992, de 24 de julio, que se refiere a la modificación del convenio por razones técnicas, organizativas, productivas o de *cualquier orden*.

¹⁸³⁴ En esta lógica, CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La individualización de las relaciones laborales”, cit., pg. 144

¹⁸³⁵ La STCT de 25 de mayo de 1.987, Ar 10917, se referirá a este acuerdo como el “resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, como expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de la autonomía colectiva”. Más recientemente se

La segunda cuestión que el empresario debe exponer, además de la causa justificadora de su decisión modificativa, será el alcance subjetivo de su propuesta, es decir a cuantos trabajadores afecta y en qué grado, puesto que la selección de los trabajadores concretos a los que afecte la modificación es de su competencia, sin que sea necesario que adjunte la relación nominal de trabajadores afectados entre la información aportada a los representantes¹⁸³⁶. Sin embargo, aunque no sea formalmente imprescindible, sí que parece conveniente incluirla entre la documentación suministrada para acotar debidamente el ámbito subjetivo de la modificación y valorar adecuadamente la propuesta empresarial¹⁸³⁷.

Una vez informados los representantes de estos extremos es cuando se iniciarán realmente las negociaciones, que deben girar, *ex* 41.4, primero LET, en torno a la justificación causal de la modificación, la reducción del número de trabajadores afectados y la búsqueda de medidas compensatorias o alternativas minimizadoras de su incidencia, como mínimo, puesto que pueden plantearse y discutirse cuantas cuestiones se consideren relacionadas con la propuesta modificativa¹⁸³⁸, pero sin que la negociación deba tratar exhaustivamente y con igual intensidad todas esas cuestiones¹⁸³⁹. Igualmente, otro tema que razonablemente puede formar parte del

pronuncia en similar sentido la STS de 21 de diciembre de 1.998, Ar 1.999/1682, cuando niega la regresividad o irrazonabilidad de las medidas adoptadas, puesto que “bastaría para acreditar la razonable objetividad la propia existencia del acuerdo logrado con la mayoría sindical y por el Comité Intercentros”. En contra de este planteamiento, la SAN de 7 de diciembre de 2.004, AS 2.005/2542, declarando nulo el acuerdo alcanzado.

¹⁸³⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El régimen jurídico de la modificación sustancial..., cit., pg. 166.

¹⁸³⁷ *Ibidem*.

¹⁸³⁸ Cfr. LÓPEZ TARRUELLA, F.: Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, cit., pg. 321 y ss.

¹⁸³⁹ Véase, en esta lógica, la STSJ Cataluña de 4 marzo 1.996, AS 622, cuando afirma que “tampoco se

contenido de la negociación será la aceptación o no del criterio de selección utilizado por el empresario y si éste se considera discriminatorio o atenta contra algún derecho fundamental o libertad pública¹⁸⁴⁰.

3.4.4. Conclusión del acuerdo

Una vez llevadas a cabo todas las deliberaciones y negociaciones necesarias, si ambas partes se ponen de acuerdo acerca de la propuesta de modificación presentada, con las matizaciones y variaciones que hayan estimado oportuno hacer, podrán concluir el acuerdo que preceptiva o voluntariamente da fin al período de consulta-negociación, según estemos ante una modificación de un convenio colectivo o de cualquier otra modificación de carácter colectivo.

En cualquier caso, para su aprobación se necesita el voto favorable de las partes intervinientes, necesitando únicamente de matización, como anteriormente, cuando nos referíamos a la legitimación¹⁸⁴¹, el voto de los representantes de los trabajadores. La regulación de las mayorías necesarias para suscribir el acuerdo viene expuesta en el

puede ser excesivamente riguroso exigiendo que el período de consultas conlleve una negociación especialmente minuciosa, individual y pormenorizada, de todas y cada una de las circunstancias que pudieran afectar a las medidas que pretende adoptar la empresa (...). Habrá de estarse a cada caso concreto para determinar si se cumple adecuadamente con el deber de negociar por parte de la empresa, en función de las concretas medidas propuestas, su complejidad, situación específica por las que atraviesa la empresa, número de trabajadores, antecedentes del caso y, en fin, cuantos elementos puedan concurrir en cada particular supuesto”. En el mismo sentido, “(...) la mayor o menor precisión del escrito de la empresa con el que se inicia el proceso negociador, no puede invalidar su eficacia si con posterioridad se celebra una reunión en la que la representación de los trabajadores cuenta con la posibilidad de solicitar cualquier aclaración que tenga por conveniente y exigir todos los detalles y precisiones que estime necesarias”. Igualmente, STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 1.997, AS 1827.

¹⁸⁴⁰ En este sentido, no debe olvidarse que, interpretado a contrario *sensu* el artículo 68, b) LET, , los representantes de los trabajadores no ostentan prioridad de permanencia en sus condiciones de trabajo originarias.

¹⁸⁴¹ Véase *supra*.

artículo 41.4.tercero LET: “Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos”, es decir, por decisión mayoritaria de sus miembros y teniendo en cuenta que el *quorum* exigido debe tomar como referencia el número total de representantes, unitarios o sindicales, que componen la representación social, sin que importe el centro de trabajo al que pertenezcan¹⁸⁴².

En definitiva, una vez constituido el banco social por quienes tienen legitimación para ello, el acuerdo se alcanza cuando muestran su aceptación la mayoría de sus componentes, paralelamente a lo establecido en los artículos 65.1, para la capacidad del comité de empresa, y, sobre todo, el artículo 89.3, ambos de la LET, para la negociación de convenios colectivos.

Como ya se ha señalado, están legitimados para evacuar estas consultas y negociaciones y por tanto para concluir el acuerdo que las concluya, de manera alternativa, tanto la representación unitaria como la sindical, necesitándose si esta última es la que está negociando que represente a la mayoría de la representación unitaria. Cumplido este requisito adicional bastará, para la aprobación del acuerdo, con el voto favorable de la mitad más uno de sus miembros, que, como se ha señalado¹⁸⁴³, puede representar sólo a la mitad más uno de la representación sindical, no a todos, por lo que, desde este punto de vista, parece tener menos representatividad que si los que concluyen el acuerdo son los representantes unitarios, que nunca podrán aprobarlo por menos de la mitad más uno del total de representantes, frente a un posible veinticinco por ciento más uno de la representación sindical. Evidentemente, de este modo se facilita por el legislador la consecución del acuerdo sin necesidad de disponer de la mayoría de los votos

¹⁸⁴² Cfr. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Legitimación para negociar acuerdos en período de consulta...”, cit., pg. 78; igualmente, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los acuerdos de empresa”, cit., cit., pg. 63 y ss., nota 6.

¹⁸⁴³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 177.

favorables de la representación unitaria, idea que, por otra parte, puede enmarcarse sin dificultad en la lógica de la flexibilidad que inspira el presente artículo 41 LET en concreto y la normativa laboral en general y que pretende, acertadamente, posibilitar la adaptación del factor trabajo en función de las necesidades de la organización empresarial¹⁸⁴⁴.

3.4.5. La solución de discrepancias surgidas en la fase de consulta-negociación

En caso de discrepancias surgidas durante estas consultas y negociaciones las partes pueden acudir para solventarlas a los procedimientos previstos en el artículo 85.1 LET, que prevé la posibilidad de que los convenios colectivos incluyan procedimientos de solución de controversias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 LET¹⁸⁴⁵, en lo que no es más que un mero recordatorio de esta posibilidad y una invitación a materializarla, pero sin que forme parte del contenido obligatorio del convenio, sea éste de ámbito superior o de empresa¹⁸⁴⁶. Ahora bien, si se ha pactado esa cláusula las discrepancias surgidas en el período de consulta-negociación deben someterse para su solución al procedimiento previsto¹⁸⁴⁷. Aparte, por supuesto,

¹⁸⁴⁴ Sobre esta cuestión véase *supra*.

¹⁸⁴⁵ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales ...”, cit., pg. 100. Señala CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 151, que “después de reiterados fracasos de diversos proyectos legislativos dirigidos a la introducción de un sistema de solución extrajudicial de los conflictos laborales, la reforma legislativa de 1994 logra abordar esta materia”, pero como sólo lo hace al final de la tramitación parlamentaria, la tardía incorporación de estos planteamientos provoca tanto problemas de coordinación de las diversas reglas como su ubicación desperdigada en el texto legal.

¹⁸⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, *ibidem*.

¹⁸⁴⁷ Contienen pactos de este tipo, p.e., el convenio estatal de perfumería y afines (BOE de 23 de agosto de 2.008, núm. 202), en su artículo 10.2 señala que durante el período de preaviso se deberá acudir a un procedimiento de mediación y/o arbitraje; el c. colectivo estatal para las industrias del arroz (BOE de 12 de septiembre de 2.007, núm. 219, en su artículo 11, se refiere a la posibilidad de acordar la sumisión a un

de que las partes pueden someterse voluntariamente, en defecto de pacto convencional, a un procedimiento arbitral en base a su autonomía contractual, al igual que sucede con los supuestos de negociación de convenios, teniendo los laudos dictados, en ambos casos, idéntica eficacia y tramitación que los acuerdos alcanzados en la fase de consultas y negociación, a los que vienen a sustituir, como señala el 85.1 LET¹⁸⁴⁸.

Esta posibilidad de acudir a una solución arbitral responde claramente a una “opción político-legislativa de fomento o priorización de las vías autónomas de solución de controversias colectivas”¹⁸⁴⁹ que deriva, en cualquier caso, del propio artículo 37.2 CE, que consagra el principio de autotutela colectiva en el ámbito de las relaciones laborales¹⁸⁵⁰, otorgando preferencia a los procedimientos de solución de conflictos creados por los interesados, en los que se adaptan las técnicas generales de solución de conflictos al medio concreto y a las necesidades específicas del problema para así lograr la mayor operatividad del procedimiento de composición de conflictos¹⁸⁵¹.

arbitraje; el convenio estatal de la madera (BOE de 7 de diciembre de 2.007, núm. 293), artículo 35, dice que se deberá acudir a un procedimiento de mediación ante la comisión paritaria o acudir a un sistema de arbitraje externo; y el convenio estatal de Piscinas (BOE de 2 de julio de 2.007, núm. 157), en su artículo 15 se refiere al arbitraje.

¹⁸⁴⁸ Sobre esta cuestión véase *supra*. Igualmente, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 193, dicen a este propósito que esta remisión normativa “sorprende en tanto que la eficacia de dichos acuerdos no se regula explícitamente en ningún precepto, y sólo parcamente su tramitación en el art. 51 LET, aunque es evidente que su eficacia ha de ser deducible del propio sistema normativo”. Esta opinión, aunque referida a los despidos colectivos es perfectamente aplicable al ámbito de las modificaciones sustanciales del 41 LET. A su vez, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación Sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 280, donde señala que la utilización de estos procedimientos de autocomposición puede ofrecer dificultades adicionales a la aplicación de este precepto.

¹⁸⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *ibidem*, pg. 194.

¹⁸⁵⁰ Véase, en esta lógica, CASAS BAAMONDE, M.E.: “La solución extrajudicial de los conflictos laborales”, RL, núm. 16 y 17/1.992, pg. 27 y ss. Igualmente, SSTCo 217/1.991, de 14 de noviembre, 206/1.987, de 21 de diciembre, y 4/1.988, de 21 de enero.

La introducción de soluciones arbitrales en el procedimiento de modificación colectiva de condiciones supone dar un desenlace a negociaciones paralizadas, si bien los efectos de esta opción difieren en función de que la condición a modificar sea de carácter contractual o normativo. En el primer caso, lo que realmente se hace es sustituir la unilateralidad decisional del empresario, que en caso de desacuerdo estaría capacitado para decidir por sí sólo si se adopta o no la decisión, por una decisión compartida, puesto que al someterse al procedimiento arbitral el empresario está renunciado a su capacidad de imposición unilateral¹⁸⁵², mientras que si las modificaciones afectan a condiciones normativas el sometimiento al arbitraje sólo supone un compromiso de las partes negociadoras para superar la paralización del procedimiento negociador.

En lugar alguno se precisa el alcance de este tipo de arbitraje, por lo que en principio se puede, indistintamente, solucionar conflictos de intereses en base a la equidad, como enfrentar conflictos jurídicos que habrán de resolverse con arreglo a Derecho. No obstante, parece más lógico que sea el convenio, en caso de que regule esta posibilidad, o el acuerdo de sometimiento de las partes negociadoras, quienes regulen el alcance del mismo, si resolución equitativa o jurídica. En caso de falta de acuerdo acerca del alcance arbitral, la solución más acertada, teniendo en cuenta el carácter imperativo de la regulación del artículo 41 LET, sería que el alcance fuera estrictamente jurídico, puesto que la norma concede al empresario poder modificar sustancialmente las condiciones de trabajo si concurre la justificación causal exigida¹⁸⁵³.

¹⁸⁵¹ Cfr. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Sobre la intervención del Orden Jurisdiccional Laboral en la Solución extrajudicial de los conflictos laborales”, TL, núm. 6/1,986, pg. 131.

¹⁸⁵² Véase, RIVERO LAMAS, *ibidem*, pg. 280, donde pone de relieve como este sometimiento supone la aparición de “un nuevo frente de participación y negociación cooperativa a través de los representantes de los trabajadores en la empresa”; igualmente, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 152. Sobre la extensión del arbitraje y la mediación, en general, véase BALLESTER PASTOR, M.A.: *El arbitraje laboral*, Madrid, 1.993.

¹⁸⁵³ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 152.

En cuanto a la tramitación, nada se recoge en el artículo 41 LET, aunque es lógico exigir que el laudo se formalice por escrito para así dar una seguridad jurídica, con respecto a las condiciones modificadas, a los trabajadores afectados por la modificación. Igualmente, debe considerarse esta remisión al procedimiento arbitral como parte de la fase de consultas exigida por el procedimiento del 41 LET, por lo que ésta no se puede dar por finalizada en tanto no lo haga la tramitación del procedimiento arbitral¹⁸⁵⁴.

Evidentemente, la impugnación de estos laudos arbitrales se llevará a cabo “en los mismos términos que los laudos dictados para la resolución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios colectivos”, es decir, de acuerdo con el 91,4º, al que reenvía el 85.1, *in fine*, LET¹⁸⁵⁵.

En cualquier caso, no se debe entender que esta utilización de medios de solución de conflictos afecte a las posibilidades de impugnación de la modificación *ex* 41.4 quinto LET, ya sea a través del planteamiento de conflicto colectivo o del ejercicio de acciones individuales por los trabajadores para impugnar las modificaciones que se consideren injustificadas¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, señala que “en particular la cláusula debe fijar el plazo que posee para dictar la solución, la fecha de inicio de este plazo y su relación temporal con el previo período de consulta-negociación autónoma y directa entre las partes”.

¹⁸⁵⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 193, ponen de relieve como, además de la impugnación por los procedimientos y motivos previstos para los convenios, es decir por razones de legalidad o lesividad a terceros, “cabrá recurso contra el laudo arbitral cuando no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos de forma y procedimiento (vicios de forma) establecidos al efecto o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (*ultra vires* del laudo o resolución *extra petita*)” en línea con el 91, 4º LET.

¹⁸⁵⁶ Véase, en esta lógica, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación Sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET”, cit., pg. 280.

3.4.6. Documentación de las consultas y negociaciones

Evidentemente, toda esta actividad desarrollada durante el período de consulta y negociación debe quedar reflejado en las correspondientes actas que así lo demuestren, aunque el actual texto estatutario nada señala al respecto, a diferencia del anterior. Aparte de la lógica, que aconseja la conveniencia de dejar constancia formal de la realización del período de consultas¹⁸⁵⁷, podemos recordar que las modificaciones sustanciales forman parte de las medidas reorganizativas de la empresa que contemplan el grupo normativo formado por los artículos 40, 41, 47 y 51 LET. De aquí que deba tenerse en cuenta que del artículo 8. 2 y 3 del RPRE¹⁸⁵⁸ se deduce su obligatoriedad en el período de consultas de los artículos 47 y 51 LET¹⁸⁵⁹. Además, en el 40.2, tercero se exige que la postura de las partes tras la conclusión del período de consultas deberá ser notificada a la autoridad laboral para su conocimiento, lo que, lógicamente, se instrumenta a través de la remisión de las actas.

Cuál deba ser el contenido de estas actas se recoge en el 8.2 RPRE, que se refiere a la posición de las partes, el contenido de las negociaciones y los documentos e informes examinados, indicando lógicamente la fecha y la firma de los intervinientes, aunque nada se dice en la norma, debiendo redactarse, en cualquier caso, al menos un acta final comprensiva del contenido de las negociaciones¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁷ En este sentido, RENTERO JOVER, J.: “La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral”, cit., pg. 60; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, cit., pg. 370.

¹⁸⁵⁸ RD 43/1.996, de 19 de enero, que aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

¹⁸⁵⁹ El RPRE se refiere a “una o más actas y, en todo caso, (...) un acta final”. Igualmente, el anterior texto reglamentario disponía que “las consultas (...) deberán reflejarse en una o más actas, y si fuesen varias, en un acta final”(Artículo 11 del RD 696/1.980).

De este modo, las actas se configuran como el instrumento apropiado para conocer cuál ha sido el desarrollo del período de consultas, lo que permite, en caso de falta de acuerdo, averiguar la actuación de cada una de las partes durante las consultas en relación con su obligación de negociar de buena fé y con la intención del alcanzar un acuerdo, como se muestra en alguna jurisprudencia¹⁸⁶¹.

3.5. COMUNICACIÓN A LOS AFECTADOS POR LA DECISIÓN MODIFICATIVA

Una vez acordada la modificación o, en el caso del 41.4 LET, decidida por el empresario, se ha de comunicar al trabajador afectado por ella. En principio, las reglas que afectan a la notificación de la modificación ya han sido comentadas con anterioridad al hablar de la modificación sustancial individual¹⁸⁶². Sin embargo existe una diferencia, consistente en que, diversamente a lo señalado para la modificación individual por el 41.3, primero LET, no se exige que la notificación se envíe también a los representantes de los trabajadores. La razón de esta exclusión radica en que los representantes, al haber participado en las consultas y negociaciones previas a la adopción de acuerdo, no necesitan ser notificados de aquello que ya conocen de primera mano, puesto que lo han acordado o, al menos, han sido consultados de ello y lo han negociado y discutido.

¹⁸⁶⁰ En esta lógica, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 197.

¹⁸⁶¹ Véase, p.e, la STSJ de Asturias (CA) de 5 de septiembre de 1.995, AS 582, donde, ante una impugnación de la representación laboral alegando la violación de los deberes informativos por la empresa, el tribunal considera, ante los datos contenidos en las actas, que contaron con información suficiente, por lo que no procedía declarar la nulidad de la resolución administrativa por el incumplimiento alegado.

¹⁸⁶² Véase *supra*.

Por este razonamiento, alguna doctrina piensa, acertadamente, que sí deben ser notificados, además del trabajador o trabajadores afectados, aquellos representantes que no han participado en las consultas y negociaciones¹⁸⁶³. Igualmente debían ser notificados los representantes de los trabajadores en caso de modificaciones colectivas contractuales que no hayan sido acordadas, puesto que como la decisión final corresponde al empresario, éste, a la vista de lo expuesto en el período de consultas, puede adoptar una modificación que sea diferente a lo propuesto y discutido inicialmente. Por esta razón, sería conveniente que los representantes fuesen notificados de la decisión final del empresario con respecto a la modificación propuesta.

En cuanto al plazo, nada nuevo que decir, puesto que se debe hacer con una antelación mínima de treinta días a la efectividad de la medida, de acuerdo con lo señalado en el 41.3 LET para las modificaciones individuales, debiendo hacerse individualmente a cada trabajador afectado. De esa manera, el empresario no hace firme su decisión modificativa, sea la originaria o el resultado de su eventual alteración en la fase de consulta-negociación, hasta transcurridos, como mínimo, cuarenta y cinco días de explicitar su intención iniciando el procedimiento del artículo 41 LET¹⁸⁶⁴.

Sin embargo, se ha dicho que, al tratarse de una medida de carácter colectivo, no es necesaria la notificación individualizada a cada uno de los afectados, considerándose suficiente la difusión por cualquier medio que garantice su conocimiento y la identificación de los trabajadores objeto de la modificación, como podría ser a través de una circular general¹⁸⁶⁵ o de la exposición del acuerdo en el tablón de anuncios, aunque esta opinión no es compartida por todos, al pensar que parece bastante más conveniente la notificación personal a cada trabajador afectado por la modificación acordada¹⁸⁶⁶,

¹⁸⁶³ Véase, en esta lógica, LÓPEZ-TARRUELLA, MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 322, nota 10.

¹⁸⁶⁴ Cfr. VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 100.

¹⁸⁶⁵ Cfr. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 182.

¹⁸⁶⁶ A este propósito, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos

entre otras cosas, porque a partir del momento de su recepción se computa el plazo de que dispone el trabajador para impugnar la decisión modificativa, mientras que si no se notifica queda en el aire cuál sea el *dies a quo* para ese cómputo, lo que provocaría problemas innecesarios. Sin embargo, pensamos que la exposición pública del acuerdo puede servir, sin problemas, como referencia inequívoca del *dies a quo*.

problemas del artículo 41 ET”, cit. pg. 281, dice que la consecución del acuerdo “no excusa al empresario de comunicar su decisión sobre la modificación a los trabajadores afectados”.

4. LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY CONCURSAL

4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA LÓGICA DE LA LEY CONCURSAL

Además de estos procedimientos para la introducción e impugnación de las modificaciones sustanciales contemplados en el artículo 41 LET y 138 y 151 LPL, que han sido examinados, la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2.003¹⁸⁶⁷, en adelante LC, nos permite hablar de otra vía para llevar a cabo estas modificaciones y su correspondiente tramitación procesal, que no siempre coincide con lo que se ha expuesto anteriormente. Esto es así, esencialmente, porque la declaración de concurso, con carácter general, no supone la interrupción de la actividad empresarial que estuviera ejerciendo el empresario deudor. Evidentemente, la finalidad típica y preferente del concurso de acreedores será la satisfacción del interés de los acreedores, mientras que la conservación de la empresa y el consiguiente mantenimiento de los contratos de trabajo, sea o no en el número y condiciones anteriores a la declaración de concurso, se protegerán en la medida en que no cuestionen ni dificulten la consecución de la finalidad principal¹⁸⁶⁸.

¹⁸⁶⁷ Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 10 de julio).

¹⁸⁶⁸ En esta lógica, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, en *Actas del XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2.005, pg. 91 y ss.; igualmente, para una perspectiva de conjunto de esta problemática puede verse ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.004, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2.006 y MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dir.): *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Comares, Granada, 2.006, y RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2.004.

El planteamiento introducido por la Ley Concursal rompe con la situación establecida en la relación existente entre la legislación laboral y la concursal con respecto a los contratos de trabajo y nos ofrece un planteamiento radicalmente diferente.

Hasta la promulgación de la Ley Concursal la legislación laboral preveía un tratamiento separado del procedimiento concursal de los trabajadores de las empresas afectadas, de manera que la tutela de estos trabajadores se llevaba a cabo al margen del derecho concursal¹⁸⁶⁹, sin coordinación alguna entre la legislación laboral y la concursal, a pesar de las interrelaciones existentes entre ambas, como sucede, por ejemplo, con la contemplación de la situación de insolvencia o crisis empresarial como causa económica habilitante para la implementación de modificaciones sustanciales, suspensiones o extinciones contractuales, que facilitan el mantenimiento de estas empresas en crisis al permitir su reorganización y la adaptación de sus plantillas a su realidad presente.

Sin embargo, la verdad es que, a pesar de estas interrelaciones, existía una desconexión y separación manifiesta entre la normas laborales y concursales que, en conjunto, han favorecido la huida de los contratos de trabajo y de los créditos laborales del procedimiento concursal¹⁸⁷⁰ y que ha tenido su manifestación más evidente en el controvertido¹⁸⁷¹ privilegio de ejecución separada de los créditos laborales¹⁸⁷², además

¹⁸⁶⁹ Como señala DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, en RL, t. II/2.003, pg. 438, “los créditos sociales (...) han manifestado tradicionalmente una resistencia a entrar en el ámbito del proceso concursal” porque la política de protección de los trabajadores “se ha orientado de forma muy enérgica a lograr una satisfacción separada liberando al crédito social de su presencia en el concurso”.

¹⁸⁷⁰ Véase, en esta lógica, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M.: “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”, RL, t.II/2.003, pg. 414 y ss.

¹⁸⁷¹ Controversia favorecida, además, por la interpretación amplia y extensiva que se le ha dado (véase, p.e. STS de 19 de diciembre de 2.000). Véase RÍOS SALMERÓN, B.: “Jurisprudencia sobre los privilegios del crédito salarial”, AS, núm. 1/1.999, pg. 34 y ss.

La doctrina ha debatido acerca de si la existencia de esta privilegio favorecía o no un adecuado

de que la competencia “natural” de la Jurisdicción social suponía la existencia de una “prejudicialidad” social por la que el Juez mercantil debía asumir las resoluciones sociales que incidían en el pasivo del concursado¹⁸⁷³. De este modo, el privilegio de ejecución separada llegó a conformarse por la vía de las acumulaciones de ejecución como una especie de “procedimiento concursal social” paralelo y al margen del procedimiento concursal que permite la realización de bienes embargados¹⁸⁷⁴ y que contrasta con el modelo conservador de la empresa implícito en la LET¹⁸⁷⁵.

tratamiento de la totalidad de los créditos sobre el concursado e, incluso, si su existencia introducía un tratamiento perjudicial para los contratos y los créditos de los demás trabajadores de la empresa al privilegiarse el cobro inmediato de los créditos de determinados trabajadores. Sobre esta cuestión véanse RÍOS SALMERÓN, B.: *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, Madrid, 1.984, pg. 144; GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *La ejecución concursal laboral*, Comares, Granada, 1.996, pg. 111 y ss., donde sintetiza las posiciones sobre la valoración del privilegio de ejecución separada; DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La protección legal de la suficiencia del salario*, Dykinson, Madrid, 2.002, pg. 205 y ss.

¹⁸⁷² Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el ordenamiento español. El derecho de ejecución separada del art. 32.5 ET”, RL, t. I/1.993, pg. 113 y ss.; MONTERO AROCA, J.: *La ejecución dineraria en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pg. 281 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: “Concurrencia de la ejecución laboral con las universales y con las ejecuciones singulares civiles y administrativas”, RL, t. II/1.999, pg. 133 y ss.; ANDINO AXPE, L.F.: *Ejecución en la vía jurisdiccional social*, Comares, 2^a ed., Granada, 1.996; MAZUELOS FERNÁNDEZ FIGUEROA, M.: “El privilegio de ejecución separada; un privilegio en inminente peligro de extinción”, AJA, núm. 509/2.001, pg. 1 y ss..

¹⁸⁷³ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M.: *Ibidem*, pg. 416.

¹⁸⁷⁴ GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *La ejecución concursal laboral*, op. cit., pg. 112 y ss.; GONZÁLEZ PILLADO, E.: *La acumulación de ejecuciones en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998; GARRIDO PALACIOS, J. y AIZPURU ARROYO, I.: *La fase ejecutiva en el proceso laboral: problemas derivados de la acumulación de ejecuciones*, Edit. McGraw Hill, Cuadernos de Derecho Procesal Laboral, Madrid, 1.999.

¹⁸⁷⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M.: *Ibidem*, pg. 417. Esta interpretación implica un olvido de la funcionalidad propia del Fondo de Garantía Salarial que permite soportar la demora en el cobro de los créditos. Sobre el FOGASA y la protección salarial, véanse, p.e., ROQUETA BUJ, R.: *Las prestaciones*

El resultado de esta separación de acreedores y procedimientos era una situación que perjudicaba el interés general a una liquidación adecuada del patrimonio del deudor, contradecía los principios esenciales de los procesos concursales e incluso producía efectos perjudiciales para los trabajadores al no asegurar la continuidad de los contratos ni la tutela equilibrada de los créditos salariales¹⁸⁷⁶.

Frente a esta situación, la Ley Concursal, entre otras cuestiones, trata de coordinar la legislación concursal y laboral buscando soluciones “más equilibradas y actuales en el tratamiento de la incidencia del procedimiento concursal en el empleo y en los contratos de trabajo, a la vista de las tendencias más recientes en la legislación concursal y laboral, favorables ambas al mantenimiento en lo posible de la empresa en funcionamiento e indirectamente de los empleos”¹⁸⁷⁷, que han permitido calificar la interrelación entre las legislaciones concursal y laboral como bidireccional¹⁸⁷⁸, y lo hace estableciendo un nuevo marco legal del concurso y de su procedimiento que asume,

del fondo de Garantía Salarial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.997; RÍOS SALMERÓN, B.: “Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial”, RMTSS, núm. 38/2.002.

¹⁸⁷⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M.: *Ibidem*, pg. 417, donde pone de relieve como los instrumentos laborales de negociación colectiva en un contexto de extinción colectiva al acentuar en demasía la negociación sobre las “medidas sociales de acompañamiento” en detrimento de las causas y pertinencia de las medidas motivadoras del expediente de regulación de empleo han posibilitado, al centrar la discusión en las compensaciones económicas, favorecer las extinciones, sobre todo a las empresas solventes, dificultándolo a las insolventes que son las que más necesidad tienen de reducir personal de forma consensuada y no traumática.

¹⁸⁷⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M.: *Ibidem*, pg. 418 y nota 18, donde cita a OLIVENCIA RUÍZ, M.: “El derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma”, en *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, Madrid, 1.979; *idem*: “Los sistemas económicos y soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial”, en *Reforma del Derecho de quiebra*, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1.982, pg. 110 y ss.

¹⁸⁷⁸ Véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, en RL t.II/2.003, pg. 495.

como principio inspirador, el llamado principio de unidad¹⁸⁷⁹, “en una triple dimensión, unidad *legal*, material y formal, *de disciplina*, al ser la misma para comerciantes y no comerciantes, y de *sistema*, por establecer un único procedimiento común, el del concurso”¹⁸⁸⁰.

Por esto, trata la incidencia del concurso en el contrato de trabajo e impone un único fuero para conocer de todos los asuntos relacionados con el concurso, creándose incluso una jurisdicción especializada, la de los nuevos Juzgados de lo mercantil¹⁸⁸¹, a los que se asigna competencia exclusiva y excluyente en asuntos que anteriormente correspondían a otros órganos judiciales, entre los que estaban los Juzgados de lo Social¹⁸⁸². Aquí radica su incidencia en la normativa laboral, pues lo que hace es impedir que los jueces de lo social, en instancia¹⁸⁸³, conozcan de asuntos laborales que tienen una indudable incidencia en el concurso, evitando la huida de trabajadores y créditos laborales del concurso al juez laboral¹⁸⁸⁴, porque la jurisdicción del juez del

¹⁸⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, cit. pg. 92, donde señala que en la Ley Concursal se consagra el principio de unidad con la atribución de competencia al Juez mercantil.

¹⁸⁸⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M., *ibidem*, pg. 418 y la bibliografía que cita.

¹⁸⁸¹ Estos Juzgados han sido creados a través de la Reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 8/2.003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

¹⁸⁸² Sobre la incidencia de la reforma concursal en el orden jurisdiccional social, véase DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, RL, t. II/2.003, pg. 437 y ss.

¹⁸⁸³ Sobre la competencia de la Jurisdicción social en vía de recurso véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”, RL, t. II/2.003, pg. 459 y ss.

¹⁸⁸⁴ Cfr. RÍOS SALMERÓN, B.: “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, AL, núm. 21/2003, pg. 364.

concurso es “exclusiva y excluyente”¹⁸⁸⁵ en aquellas acciones sociales que, *ex artículo 8.2 LC*, tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, además de la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. Todo ello sin perjuicio de que, cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo, se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores, lo que nos remite, por otra parte, a lo previsto en el artículo 41 LET.

Sin embargo, estos “asuntos sociales” como las denomina el nuevo artículo 86 ter LOPJ y 8.3 LC no son todos¹⁸⁸⁶, como erróneamente pudiera pensarse, sino que se limitan a los que tienen por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección, mientras que para todos los demás asuntos se mantiene la jurisdicción social, sin olvidar, como se verá más adelante, que sólo son encomendadas en exclusiva al juez mercantil las de carácter colectivo.

Además, en esta misma lógica, se produce una extensión de jurisdicción, puesto que la jurisdicción del juez mercantil “se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas y sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal” (art. 9 LC)¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, *op, cit.*, pg. 92.

¹⁸⁸⁶ Si bien es cierto que el Anteproyecto de Ley Concursal de 2.000, en su artículo 7, declaraba la jurisdicción del Juez mercantil para conocer de todas las acciones declarativas, ejecutivas y cautelares de carácter social dirigidas contra el concursado y que tuvieran trascendencia patrimonial. Frente a este proyecto, como señala DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social...”, *cit.*, pg. 442 y la bibliografía que cita en las notas 19 a 34, la doctrina laboralista y los medios sindicales reaccionaron de forma contundente y “con críticas subidas de tono”.

¹⁸⁸⁷ Conforme al artículo 86 ter 1, segundo, de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial (incorporado por la Ley Orgánica 8/2.003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal), los juzgados de lo mercantil conocerán, en los términos previstos en la Ley reguladora, de “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea

De este modo, es evidente que la unidad competencial se traduce, en una “unificación de procedimiento y criterios de ordenación de *lo social* y de *lo mercantil* dentro del procedimiento concursal, pero garantizando el núcleo de garantías laborales básicas y la aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento laboral”¹⁸⁸⁸. No se olvide, sin embargo, que la vía de recurso a las resoluciones del juez de lo mercantil conduce a la esfera de competencia del orden social de la jurisdicción¹⁸⁸⁹.

De aquí que exista una fuerte tensión entre el principio de eficiencia, que es tanto como decir el principio de conservación de la empresa y el principio de protección, en su doble manifestación de protección de los intereses de los acreedores como grupo indiferenciado y de los trabajadores que tienen un interés que se manifiesta, por un lado en su carácter de grupo específico de acreedores y, por otra, como interesados en el mantenimiento de la empresa¹⁸⁹⁰.

empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la LC, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral”.

¹⁸⁸⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, cit., pg. 92. El art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadido por el art. 2.7 de la Ley Orgánica 8/2.003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, señala que la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente respecto de “*las acciones sociales.... En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la LC, deberán tener en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del procedimiento laboral*”. Aparte de la regla de supletoriedad *ex* artículo 64.11 LC.

¹⁸⁸⁹ Cfr. artículos 188.1 y 189.5 LPL, Texto Refundido de la LPL, aprobado por RD Legislativo 2/1.995, de 7 de abril, en la redacción dada por la disposición final 15ª de la LC.

¹⁸⁹⁰ En parecida lógica, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, cit., pg. 93.

No obstante, se puede decir que una característica general determinante del modelo normativo concursal es que, en última instancia, la continuidad de la empresa y del empleo en la misma está en todo momento subordinada a la satisfacción de los intereses de los acreedores del concursado¹⁸⁹¹.

4.2. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS CONTRATOS

Una vez declarada la situación de concurso del empleador en el correspondiente auto del juez mercantil sus efectos aparecen y se materializan también en el ámbito laboral. En principio, como señala la exposición de motivos de la Ley Concursal¹⁸⁹², “la declaración de concurso, por sí sola no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor”, como también reconoce el artículo 44.1 LC, sin perjuicio de la posible pérdida de sus facultades patrimoniales. La Ley Concursal trata de que la actividad empresarial del concursado no se interrumpa, por lo que la regla general es la continuidad de los contratos de trabajo en curso¹⁸⁹³, sin que la declaración de concurso sea causa de extinción ni deba afectar su vigencia y continuidad, puesto que el principio de conservación de la empresa, que junto con el de satisfacción del interés de los acreedores informa la Ley Concursal, se proyecta de forma muy significativa sobre las relaciones contractuales¹⁸⁹⁴, de manera que el propio sistema concursal

¹⁸⁹¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, op. cit., pg. 98.

¹⁸⁹² Véase el apartado III de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 10 de julio), y Ley Orgánica 8/2.003, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁸⁹³ El artículo 61 LC dice que “la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”.

¹⁸⁹⁴ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Lex Nova,

establece la regla de que la declaración de concurso no es por sí misma causa directa e inmediata para la resolución de los contratos de trabajo que, en principio, mantienen su vigencia y la de sus condiciones contractuales¹⁸⁹⁵, dentro del más amplio principio de conservación de la empresa en crisis y la posibilidad de su reestructuración o saneamiento, aunque ésta no constituya una finalidad típica del procedimiento concursal, más orientado a la satisfacción de los intereses de los acreedores¹⁸⁹⁶. No obstante, es claro que la continuidad de los contratos de trabajo constituye una medida favorecedora de la pervivencia de la empresa, si bien en la mayor parte de los supuestos se exigiría la adaptación flexible y negociada del factor trabajo, lo que se puede hacer perfectamente a través de los mecanismos previstos en la propia Ley Concursal para ello, como, los despidos o las modificaciones sustanciales del contrato, donde la representación de los trabajadores puede intervenir activamente¹⁸⁹⁷.

Consecuentemente, a pesar de esta apuesta por la continuidad de los contratos, la Ley Concursal prevé, igualmente, la adopción de medidas laborales de reestructuración y reorganización de la empresa que inciden directamente en los contratos de trabajo y en el mantenimiento de las condiciones contractuales, en aras de la consecución del objetivo de la conservación de la empresa¹⁸⁹⁸, contemplado no como una finalidad en sí misma, sino en la medida en que sea un instrumento útil para garantizar un equilibrio

Valladolid, 2.006, pg. 59 y ss. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, cit., pg. 489.

¹⁸⁹⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, op. cit., pg. 98.

¹⁸⁹⁶ Véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: Principales puntos críticos de la reforma concursal”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros), núm. 248/2.003.

¹⁸⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, cit., pgs. 38, 39 y 42.

¹⁸⁹⁸ Cfr., en esta lógica, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M.: “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”, cit., pg. 428.

interno entre los intereses implicados¹⁸⁹⁹, aunque subordinada a la realización de los fines preferentes del concurso, el interés de los acreedores, entre los que están de modo indiferenciado los trabajadores. Consecuentemente, si la continuidad de la empresa y/o de los contratos no los satisface adecuadamente se desatenderán sin más y se extinguirán o modificarán en todo o en parte, en función de las exigencias de esas finalidades, porque la conservación es estrictamente funcional a los intereses del concurso y sólo se procurará conservar la actividad empresarial si el valor de la empresa como organización productiva es superior al de sus partes¹⁹⁰⁰.

De aquí que se le conceda al juez mercantil la posibilidad de “acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta”¹⁹⁰¹, por medio de auto, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, si estima que la empresa no es económicamente viable o porque de no hacerlo perjudicaría gravemente los intereses del concurso más directamente merecedores de protección¹⁹⁰². Dentro de estas medidas que puede adoptar el juez mercantil, que antes correspondían al empresario, está “el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas.....cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo”¹⁹⁰³, que debe ejecutarse conforme a lo señalado en los artículos 8.2 y 64 LC.

¹⁸⁹⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, op. cit., pg. 98.

¹⁹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, cit., pg. 44 y 45.

¹⁹⁰¹ Cfr. artículo 44.4 LC.

¹⁹⁰² Cfr. en esta lógica, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, cit., pg. 91.

¹⁹⁰³ Cfr. artículo 44.4, segundo LC.

Con la atribución de estas competencias al juez mercantil, lo que se hace es adoptar un proceso de mercantilización decisonal, que se formaliza a través del conocimiento de los expedientes relativos a la reestructuración de la empresa con incidencia en la regulación del empleo¹⁹⁰⁴ y del establecimiento, en el artículo 64 LC, de una regulación específica materialmente laboral, a pesar de tener un carácter formalmente concursal, que permite la operatividad de los instrumentos laborales en el procedimiento concursal. Este planteamiento se reitera a través del nuevo artículo 57 bis LET cuando señala que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo y sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”.

Esta mercantilización se concreta a través de un procedimiento especial, el del artículo 64 LC, alternativo tanto a la resolución *ex* 61.2 LC¹⁹⁰⁵ como a la regulación laboral de los artículos 40, 41, 47 y 51 LET, a los que desplaza mientras dura la situación de concurso, y que le permite introducir tanto modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales como suspender o extinguir contratos de trabajo. Lo más llamativo de dicho proceso es que se asignan al juez del concurso funciones que en la regulación laboral corresponden al empresario o a la autoridad laboral en la toma de decisión de la correspondiente vicisitud contractual, que en las modificaciones sustanciales se concreta en que el juez del concurso sustituye al empresario adoptando la decisión modificativa que en la normativa laboral le corresponde. En esta misma línea se pronuncia el nuevo artículo 57 bis LET, incorporado por la disposición final 14.2 LC, cuando señala que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación,

¹⁹⁰⁴ A este propósito RÍOS SALMERÓN, B.: *La Ley concursal y los trabajadores...*, cit., pg. 362, afirma que “el Derecho del Trabajo conserva y aplica sus propias medidas frente a una crisis empresarial, en tanto en cuanto no haya sido abierto el procedimiento del concurso. A partir de este momento, las medidas adecuadas son algo tributario del Derecho concursal”.

¹⁹⁰⁵ El 61.2, segundo LC señala que “la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso”.

suspensión y extinción de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”.

4.3. EL EXPEDIENTE DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

El expediente de modificaciones sustanciales de la Ley Concursal no se puede entender si no tenemos en cuenta que el referente no es el procedimiento modificadorio del 41 LET, sino el expediente del artículo 51 LET, que ejerce una indudable *vis atractiva* sobre este procedimiento¹⁹⁰⁶, al que el artículo 64 LC sigue casi literalmente en algunos apartados.

Este planteamiento, inspirado en el expediente de regulación de empleo, aunque no exactamente igual, conlleva, al no hacerse distinción alguna entre el expediente de los despidos, suspensiones o modificaciones, que el procedimiento modificadorio de la Ley Concursal pueda ser calificado como más rígido y garantista que el del 41 LET, como se verá más adelante, aunque este pronunciamiento pueda ser atemperado recurriendo a las posibilidades de acudir a la aplicación supletoria de lo dispuesto en la normativa laboral *ex* artículo 64.11 LC¹⁹⁰⁷.

Igualmente, esta *vis atractiva*, ahora del expediente concursal de extinción colectiva, se muestra exigiendo en el procedimiento de modificaciones sustanciales la presentación de un Plan Social si los afectados son más de cincuenta trabajadores, al igual que sucede con la normativa acerca de los legitimados para iniciarlo, el plazo de duración del preceptivo período de consultas y con la intervención de la Autoridad laboral, temas sobre los que se volverá.

¹⁹⁰⁶ Cfr. GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos...”, cit., pg 495.

¹⁹⁰⁷ *Ibidem*.

4.3.1. Ámbito de aplicación del expediente: la modificación de los convenios colectivos

Como acabamos de exponer, aunque se mantenga el principio general de continuación de los contratos de trabajo una vez declarado el concurso, la difícil situación empresarial y las dificultades económicas que han provocado la situación concursal acaban produciendo efectos sobre los contratos de trabajo¹⁹⁰⁸ y sirviendo de fundamento para llevar a cabo modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones contractuales, que se deberán llevar a cabo a través del procedimiento señalado en el artículo 64 LC y que permiten responder a los requerimientos organizativos y económicos de la empresa. No obstante, para todo aquello no previsto específicamente en la legislación concursal, de acuerdo con el artículo 64.11 LC, se aplicará la legislación laboral, que entre otras cosas exige la participación de los representantes de los trabajadores, como se encarga de recordar el artículo 64.11 LC cuando dice que los representantes mantendrán las competencias que la normativa laboral les atribuya, idea que se reitera en diversas ocasiones en la norma concursal.

Los “expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, como se denominan en el artículo 64.1 LC, permiten llevar a cabo modificaciones sustanciales, de lo que hay que entender que se incluyen todas aquellas que tienen esta consideración en la normativa laboral¹⁹⁰⁹. Pero antes de entrar en el análisis procedimental debemos precisar algunas cuestiones, puesto que se suscita la duda de si estos expedientes permiten la modificación de cualquier tipo de condición contractual o únicamente se

¹⁹⁰⁸ Sobre los efectos de la Ley Concursal en la relación de trabajo puede verse ALAMEDA CASTILLO, M^a.T.: “La relación de trabajo en la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio”, *Temas Laborales*, núm. 73/2.004, pg. 11 y ss

¹⁹⁰⁹ Acerca de la delimitación del concepto de modificación sustancial de las condiciones contractuales véase *supra*.

refieren a las modificaciones colectivas y dentro de estas si tienen cabida todas ellas o sólo las contenidas en los convenios colectivos.

En principio, la expresión del 64.1 LC hace pensar que pueden incluirse tanto las modificaciones individuales como las colectivas, entendidas, evidentemente, de acuerdo a los criterios de la normativa laboral. Sin embargo esto no es así, puesto que tanto los artículos 8.2 LC y 86 ter LOPJ, así como el nuevo artículo 57 bis LET, se refieren siempre a la “extinción, modificación o suspensión colectivas”, aparte de que el propio artículo 64 LC reiteradamente se refiere a “medidas colectivas”, además de que el 64.9 hace mención a la “modificación sustancial de carácter colectivo”, sin que del contexto quepa deducir que este procedimiento del artículo 64 LC sea aplicable a las modificaciones individuales y plurales, que deberán seguir en toda su proceso de implementación el régimen de los artículos 40 y 41 LET¹⁹¹⁰, al igual que sucede con aquellas otras vicisitudes contractuales que aún siendo colectivas no están contempladas en la normativa concursal, como sucede con la movilidad funcional del 39 LET o los desplazamientos del 40.4 LET.

En estos casos los posibles conflictos existentes se sustanciaran en fase declarativa ante el juez de lo social y en fase ejecutiva ante el juez mercantil, de acuerdo con el artículo 8.3 LC¹⁹¹¹. El único cambio con respecto al régimen modificativo laboral estudiado es que la notificación al trabajador será efectuada por el deudor concursado o la administración laboral y que las causas justificativas serán reinterpretadas desde la perspectiva concursal.

¹⁹¹⁰ Igualmente llega a esta conclusión MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, CES, Madrid, 2.007, pgs. 93 y 94.

¹⁹¹¹ Es competencia “exclusiva y excluyente” del Juez del concurso “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”.

En cuanto a si caben todos los tipos de modificaciones colectivas o sólo alguno de ellos, puesto que podemos diferenciar, según su origen, entre aquellas condiciones que tienen su fuente en un convenio colectivo, en cualquier otro tipo de pacto o acuerdo colectivo o en una decisión empresarial de efectos colectivos. En principio no cabe hacer distinción alguna, puesto que condiciones colectivas lo son todas por su origen, luego cualquier modificación que afecte a cualquiera de ellas se incluye dentro de las previsiones de la Ley Concursal. Otra cosa es que el procedimiento de modificación sea exactamente el mismo, lo que no es el caso. De entrada, la propia Ley Concursal, en su artículo 66, establece que “la modificación de las condiciones establecidas los convenios colectivos regulados en el Título III LET requerirá acuerdo de los representantes legales de los trabajadores y limitado a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral”, haciendo un pronunciamiento que nada nuevo aporta, puesto que existe la remisión genérica del 64.11 LC a la normativa laboral, que reitera lo dispuesto en el artículo 41.2, tercero *in fine* LET¹⁹¹², pero que reafirma la lógica de la solución forzosamente negociada para la modificación de las condiciones contractuales contenidas en un convenio estatutario olvidando las fórmulas radicales del anteproyecto de 2.001¹⁹¹³ que, sin duda alguna, suponían una del vulneración del derecho constitucional a la negociación colectiva *ex art.37.1 CE*, tal como ha sido interpretado por la STCo 92/1.992, de 11 de junio¹⁹¹⁴.

¹⁹¹² En esta misma lógica GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas”, en *Actas del XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2.005, pg. 268.

¹⁹¹³ El anteproyecto de Ley Concursal de 2.001 preveía que “desde la declaración del Concurso, el juez a iniciativa del deudor o de la administración judicial y, en todo caso, a solicitud razonada de ésta, podrá acordar la suspensión por tiempo determinado o por plazo referido a una fase del procedimiento concursal, de la eficacia de los convenios colectivos de trabajo en la parte relativa a las obligaciones de contenido económico a cargo del concursado empleador que no se hallaren consolidadas a la fecha de la resolución judicial”.

¹⁹¹⁴ Véase el fundamento jurídico cuarto de la misma. En esta lógica se muestran MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, *cit.*, pg. 105; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Transmisión de empresas en crisis y derecho concursal: estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario*, Comares, Granada, 1.999, pgs. 60 y 61; GARCÍA-PERROTE, I. y

De este modo, únicamente pueden modificarse las condiciones convencionales, es decir el convenio estatutario, mediante acuerdo entre los representantes de la empresa y de los trabajadores y sólo acerca de las materias del 41.1 b), c), d) y e) LET, tal y como preconiza el 41.2 LET, sin que se pueda admitir la modificación unilateral por parte del empresario o de la autoridad judicial. Desde nuestra perspectiva, el artículo 66 LC se sitúa en la misma lógica del 64 LC, que prevé las vicisitudes contractuales colectivas, pero su reiteración refuerza la lógica del procedimiento decisorio participativo¹⁹¹⁵, coherente con el principio de inderogabilidad singular de los convenios colectivos.

En cuanto a los demás acuerdos o pactos colectivos, de los que nada se dice expresamente en la Ley Concursal, aunque sí se hacen referencias a los convenios colectivos de modo indiferenciado en los artículos 8.2 LC y 86 ter 2º LOPJ, puesto que hablan de “condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable” en general, sin distinción alguna entre clases de convenio, lo que “ofrece un margen de duda”¹⁹¹⁶, el procedimiento modificatorio tendrá en cuenta lo dispuesto en el 64.4 y el 41 LET, que exigen la realización de un período de consultas y negociación en el que no es preceptivo, como sucede con la modificación de los convenios estatutarios, la consecución del acuerdo. En caso contrario, dar el mismo tratamiento a la modificación de cualquier clase de convenio, la modificación de los convenios no estatutarios requeriría siempre el acuerdo, lo que no se exige en la normativa laboral, por lo que no parece aceptable, sobre todo si hacemos una lectura conjunta de la normativa aplicable,

MERCADER UGUINA, J.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, cit., pgs. 502 y 503.

¹⁹¹⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, op. cit., pg. 106, para quién el mandato del 66 LC en relación con el 41.2 LET nos emplaza ante “un verdadero “derecho de veto” (esto es una codecisión en sentido “fuerte” o “técnico”) a una posible decisión unilateral modificativa del contenido negocial”.

¹⁹¹⁶ MONEREO PÉREZ, *ibidem*, pg. 107.

donde los artículos 8.2 LC y 86 ter LORC hacen un planteamiento genérico que se concreta clara y expresamente en el 66 LC¹⁹¹⁷.

Si nos atenemos a la legislación laboral, una vez finalizado el período de consultas el empresario podrá unilateralmente proceder a la modificación, lo que ha permitido decir que podría permitir la modificación unilateral y directa por la administración concursal¹⁹¹⁸, mientras que si nos centramos en la regulación del expediente concursal de modificaciones sustanciales, una vez terminado el plazo para consultas y negociaciones sin concluir acuerdo alguno, será el juez del concurso el que disponga de la capacidad para decidir las modificaciones sustanciales propuestas, como se verá más adelante.

4.3.2. Legitimación

El expediente de modificaciones sustanciales puede ser iniciado, al igual que los de extinción o suspensión laboral, *ex* artículo 64.2 LC por la “administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales” mediante una solicitud al juez del concurso, nunca de oficio por el juez. Es evidente la asimetría de esta regulación con la del 41 LET, puesto que la legitimación de los trabajadores sólo es recogida por la legislación laboral para el caso de las extinciones colectivas y para el caso de que “racionalmente se presumiera” que la inacción del empresario pudiera acarrear a los trabajadores perjuicios de difícil o imposible reparación¹⁹¹⁹, mientras que el 41 LET únicamente acepta la legitimación empresarial para proponer y llevar a cabo modificaciones sustanciales.

¹⁹¹⁷ En esta lógica, GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, *op. cit.*, pg. 503.

¹⁹¹⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, *op. cit.*, pg. 107 juzga esta posibilidad como una “cuestión problemática”, por la inclusión de este tipo de convenios también en la garantía constitucional *ex* artículo 37.1 CE, lo que supone la aplicación del principio de inderogabilidad singular y de inmodificabilidad unilateral.

¹⁹¹⁹ Véase artículo 51.9 LET.

No obstante, la legitimación de los trabajadores a través de sus representantes, unitarios o sindicales como ya se estudió¹⁹²⁰, debe considerarse como algo positivo, dado el contexto en que nos desenvolvemos, puesto que son los primeros interesados en el mantenimiento de la empresa y de sus contratos. Sin embargo, alguna doctrina¹⁹²¹ no está de acuerdo con que el iniciador del concurso elija la representación con la que va a negociar, como sucede en las modificaciones colectivas, aunque en nuestra opinión debe aplicarse la misma regla, puesto que el artículo 64.11 LC remite a la legislación laboral para todo lo no previsto en ese artículo, y no está prevista la situación, señalando, en concreto, que “mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma”, y en el juego de esas competencias está claramente establecido y aceptado que el empresario, ahora el iniciador del concurso, elige la representación con la que llevará a cabo las consultas y negociaciones que correspondan.

En cuanto a la existencia como legitimado de la administración concursal no se plantea problema alguno, puesto que asume el papel del empresario deudor, con sus facultades de administración y disposición de patrimonio, cuando el juez decide encomendarle la administración de la empresa concursada en casos de concurso necesario, mientras que en casos de concurso voluntario el deudor, que mantiene la administración empresarial, será el legitimado con la conformidad de la administración concursal, de acuerdo con los artículos 40, 43 y 44 LC¹⁹²², puesto que el empresario deudor está sometido, a

¹⁹²⁰ Sobre la manera de entender la participación de los representantes de los trabajadores véase lo dicho *supra*, que es de entera aplicación aquí.

¹⁹²¹ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, cit., pg. 213 y 214.

¹⁹²² Acerca de las facultades del deudor en el concurso véase, p.e., ALAMEDA CASTILLO, M^a.T.: “La relación de trabajo en la Ley Concursal...”, cit., pg. 32 y nota 44.

efectos de la evolución de la plantilla, a un intenso control por los administradores judiciales¹⁹²³.

Cualquiera de los legitimados podrá proponer al juez del concurso la adopción de estas medidas laborales, una vez que se haya emitido por la administración concursal el informe relativo al estado financiero del deudor a que se refieren los artículos 74 y 75 LC¹⁹²⁴. Sin embargo, puede plantearse igualmente con anterioridad a la emisión de este informe, desde el momento en que se presente la solicitud de declaración de concurso, y siempre que se acredite¹⁹²⁵, a criterio del juez, que la demora en la aplicación de esas modificaciones sustanciales colectivas “comprometen gravemente la viabilidad futura de la empresa”, tal como exige el artículo 64.3 LC, lo que supone que la anticipación de las medidas se conecta directamente con la viabilidad de la empresa, de modo que si se prevé la desaparición de la misma no tiene lógica su admisión¹⁹²⁶.

4.3.3. Necesidad de justificación causal

Como se ha señalado anteriormente, para la modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex* artículo 41 LET se exige la existencia de “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” que deben entenderse concurrentes cuando de su adopción se mejore la organización de los recursos de la empresa, se favorezca su

¹⁹²³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, cit., pg. 530 y 531, para quién la atribución de esta facultad a la administración concursal es de “lo más llamativo y novedoso”.

¹⁹²⁴ Este informe se emitirá en el plazo de dos meses, ampliable en otro más, desde la aceptación de la administración concursal y previa solicitud del juez del concurso ante circunstancias extremas.

¹⁹²⁵ Esta acreditación debe ser documental y a través del estado contable del deudor y de la realidad productiva de la empresa. En este sentido, ALAMEDA CASTILLO, M^a.T.: “La relación de trabajo en la Ley concursal...”, cit., pg. 33.

¹⁹²⁶ Cfr. en este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas”, cit., pg. 256.

posición competitiva en el mercado o permita una mejor respuesta a los requerimientos de la demanda. De aquí se desprende que la expresión del 41.1 LET configura como razones justificadoras de las modificaciones sustanciales, más que la concurrencia de unas determinadas vicisitudes empresariales, el efecto beneficioso que las medidas modificativas van a ejercer sobre la estructura organizativa de los recursos empresariales al posibilitar una mayor competitividad de la empresa y contribuir a su mejor capacidad de respuesta frente a las exigencias del mercado¹⁹²⁷.

Sin embargo, el artículo 64.4 LC, en esa línea inspirada en el expediente del artículo 51 LET, usa la expresión “viabilidad futura de la empresa y del empleo”, lo que está en consonancia con la situación más o menos crítica que sufre una empresa sujeta a la declaración de concurso, a diferencia de la expresión del artículo 41.1, centrada en la mejora de la empresa, del 47.1, que se refiere a la “superación de una situación de carácter coyuntural”, o del 51.1, todos LET, que habla de una “más adecuada organización de los recursos”.

El resultado es que el artículo 64.4 LC es más exigente que el artículo 41.1 LET, puesto que si el primero exige que la modificación contribuya a la viabilidad futura de la empresa y del empleo, el segundo sólo prescribe que la medida modificativa mejore la situación de la empresa, exigencia que es, evidentemente, de menor rango. De aquí que pueda afirmarse, en principio, que el régimen de la justificación causal previsto en la Ley Concursal se pueda considerar más protector de los intereses de los trabajadores que el propio de la legislación laboral. Sin embargo, esta afirmación puede ser matizada, puesto que nada impide que el juez mercantil, en base a la remisión general del artículo 64.11 LC a la legislación laboral aplique esas finalidades menos exigentes¹⁹²⁸, aunque no debe olvidarse que la remisión del 64.11 es para lo no previsto en la norma concursal y, aún no estando de acuerdo con ese nivel de exigencia para

¹⁹²⁷ Véase lo dicho *supra*.

¹⁹²⁸ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, cit., pg. 494.

llevar a cabo una modificación sustancial, aunque sea colectiva, la causalidad exigida en este expediente de modificación sustancial sí esta prevista: la viabilidad de la empresa y el empleo.

No obstante lo anterior, es evidente que la norma especial, la concursal, no debe suponer mayores exigencias que la norma general, la laboral, por lo que parece razonable que el juez mercantil haga esa labor interpretativa sin perder de vista los requerimientos causales del 41.1 LET, puesto que en caso contrario, justo cuando la situación de la empresa exige que sea más fácil adaptar los factores productivos para su mantenimiento en el mercado, habría que aplicar un régimen que vuelve más rigurosa la modificación contractual, debido, al parecer, a que la inspiración para el tratamiento de las vicisitudes empresariales viene únicamente de la regulación del 51 LET, sin atender a las suspensiones ni a las modificaciones de los artículos 47 y 41 LET, que como se ha dicho no contemplan situaciones de crisis extremas.

En cualquier caso, lo cierto es que el juez concursal al aplicar supletoriamente la legislación laboral ex 64.11 LC, lo hará a la luz de la legislación y de los principios inspiradores de la legislación concursal, de tal modo que ambas legislaciones se influyen mutuamente.

4.3.4. Requisitos formales: la documentación exigida

En cualquier caso, la solicitud al juez mercantil debe ser acompañada de la documentación necesaria, como preconiza el artículo 64.4 LC, para acreditar las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen para así asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Como la Ley Concursal no concreta cuál sea esa documentación caben diversidad de interpretaciones. Una, más conservadora, que interpreta que habrá de acudirse a la normativa laboral para ello y encontramos que sólo se concreta reglamentariamente en el artículo 6 RPRE para los supuestos de despido colectivo, cuyo contenido será la referencia que se exija al deudor

o la administración concursal solicitantes¹⁹²⁹. Otra, que parece más innovadora y acorde con la filosofía de la Ley Concursal que otorga amplios poderes al juez del concurso y que entiende que la referencia a los “documentos necesarios” no cumple más función que otorgar libertad de criterio de lo que debe adjuntar el solicitante, aparte de excluir, por vía de silencio, la exigencia del listado documental impuesto por el art. 6 RD 43/1996¹⁹³⁰. En el caso de que sean los representantes de los trabajadores los que inicien el procedimiento estos requisitos podrían suavizarse y considerarse suficiente acompañar la solicitud con una memoria explicativa de la razones que justifican la iniciación del expediente de modificación sustancial, al igual que sucede en el expediente de regulación de empleo del 51 LET¹⁹³¹.

Junto con esta documentación y la solicitud de iniciación del expediente, cuando las modificaciones afecten a más de cincuenta trabajadores, debe acompañarse como exigencia formal un Plan social. Plan que en la normativa laboral sólo se exige para los supuestos de despidos colectivos en empresas de cincuenta o más trabajadores¹⁹³², mientras que en la normativa concursal se exige para todos los expedientes de extinción, suspensión y modificación contractual que superen el referido umbral, puesto que, como se ha dicho, el modelo del expediente concursal es el procedimiento de despido

¹⁹²⁹ ALAMEDA CASTILLO, cit., pg. 34. Estos documentos son la memoria explicativa de las causas o motivos de las medidas proyectadas y la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de la situación económica, financiera y patrimonial en los tres años últimos. Además, habrá de acreditarse documentalmente el número de trabajadores empleados en el año último, y número y categoría de los afectados por las medidas propuestas, los criterios para la selección de los trabajadores afectados y el período previsto para la adopción de las medidas propuestas.

¹⁹³⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...”, op. cit., pg. 535, donde recuerda, además, que esta posición puede explicarse en gran parte porque normalmente el Juez debe tener en su poder cuando se presenta la solicitud iniciadora del expediente el informe de la situación del deudor realizado por la administración concursal al que se refiere el artículo 74 y ss. LC.

¹⁹³¹ En esta lógica, ALAMEDA CASTILLO, cit., pg. 35.

¹⁹³² Véanse los artículos 51.4 LET y 6.1.c) RPRE.

colectivo del 51 LET. Debe observarse que el umbral numérico de ambos preceptos es distinto pues la Ley Concursal se refiere al número de trabajadores afectados, mientras que la norma laboral contempla el número de trabajadores que conforma la plantilla de la empresa afectada. De este modo, el umbral resulta bastante más elevado en los expedientes concursales, pero desde la perspectiva de las modificaciones sustanciales lo más importante no es que el umbral sea más o menos alto, sino la mera existencia de este Plan social que la normativa laboral no contempla para las modificaciones y que realmente tiene poca funcionalidad¹⁹³³. Primero, porque probablemente no pase de ser una exigencia meramente formal¹⁹³⁴, y segundo, lo que es más importante, porque la típica función de un Plan social es prever en los expedientes de regulación de empleo soluciones voluntarias menos o nada traumáticas que permitan una correcta adecuación de la plantilla a las necesidades organizativas, entre las que ocupan un importante papel las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. De aquí que sea difícil hallar alternativa menos traumática que las modificaciones, salvo no adoptar medida reorganizativa alguna o tratar de minimizar el número de trabajadores afectados.

4.3.5. Fase de consultas y negociación

Al igual que sucede en los procedimientos colectivos del 41 LET en el expediente de modificación sustancial concursal también existe un período de consultas y negociación¹⁹³⁵. Aquí es el juez del concurso el que, una vez recibida la solicitud de

¹⁹³³ Igualmente MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, pg. 202.

¹⁹³⁴ Véase, en esta lógica, GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, cit., pg. 496, donde señalan que la exigencia del Plan social “cuando se trate de efectuar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, puede resultar, en alguna medida cuestionado en cuanto a su necesidad y alcance”.

¹⁹³⁵ Acerca de la utilización del término “negociar” y del desvanecimiento en el sistema de relaciones laborales de las “teóricas diferencias entre la institución de la consulta y la correlativa de la negociación colectiva”, véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 116.

modificación¹⁹³⁶, convoca a los representantes de los trabajadores que el iniciador ha señalado¹⁹³⁷ para que lleven a cabo un período de consultas de una duración no superior a quince o treinta días, en función de que la plantilla empresarial sea menor o mayor de cincuenta trabajadores de acuerdo con el 64.5 LC. Esta duración coincide, no con la prevista en el 41.4 LET para la sustanciación de las modificaciones sustanciales colectivas, que es “no inferior a quince días”, sino con la prevista para el despido colectivo 51.4 LET, aunque introduciendo una duración distinta, puesto que lo que es una duración mínima para la regulación laboral pasa a configurarse como un máximo en la concursal, con el efecto inmediato de que las partes no pueden ampliar este plazo porque el mandato es imperativo, a diferencia de lo que sucede con el período de consultas y negociación en la normativa estatutaria que al estar configurados los plazos como mínimos permite a las partes acordar su ampliación si así lo creen conveniente¹⁹³⁸, no pudiendo tampoco el Juez del concurso ampliar este plazo, puesto

¹⁹³⁶ Una vez recibida la solicitud de iniciación del expediente, acompañada de la documentación necesaria, el juez del concurso, *ex* artículos 51.3 LET y 6.2 RPRE, comprobará el cumplimiento de los requisitos exigidos, concediendo, si no es el caso, un plazo de subsanación de diez días con la advertencia de archivo de las actuaciones por desistimiento si no es atendido debidamente. Si se subsanan los defectos formales debe remitirse copia de la subsanación a los representantes de los trabajadores. Cfr. ALAMEDA CASTILLO, M^a.T.: “La relación de trabajo en la Ley Concursal...”, cit., pg. 36.

¹⁹³⁷ En contra de este planteamiento se muestra MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, pgs. 211 a 215, donde señala que el juez deberá convocar a ambas representaciones para “la apertura del período de consultas con ambas representaciones”, aunque admite, a continuación, que “por lo común, el período de consultas se deberá desarrollar con una sólo de las representaciones permitidas”(pg. 214).

¹⁹³⁸ Véase lo dicho anteriormente al tratar del procedimiento de modificación colectiva. A este propósito, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos...”, cit., pg. 497, señalan que “de nuevo, la proyección de la lógica del expediente de regulación de empleo a este ámbito sirve para ampliar el plazo de duración de las consultas, mientras que las especialidades de la legislación concursal contribuyen a transformar el plazo” de mínimo en máximo.

que no se le reconoce facultad alguna de prórroga del período de consultas y negociación¹⁹³⁹.

La Ley Concursal no especifica con quién tienen que concluir el acuerdo los representantes de los trabajadores, que en la norma laboral, el 41.2, tercero LET, es la empresa. Aquí, del silencio del artículo 66 LC se puede deducir que sigue siendo la empresa, lo que no resuelve demasiado porque la empresa podría estar representada por la administración concursal y/o por el empresario deudor, aunque también se puede plantear, ante la falta de pronunciamiento, que el acuerdo se deberá concertar con el juez del concurso. La respuesta más razonable a la vista de lo dispuesto en el artículo 64.5, primero y 64.6, primero LC, es que debe ser la administración concursal la que debe negociar y, en su caso, concluir el acuerdo con los representantes de los trabajadores, puesto que quién participa en el período de consultas y negociación con los representantes será, lógicamente, quién concluya el acuerdo una vez abandonada la idea de que fuera el juez del concurso, como inicialmente se había previsto. El papel del juez con respecto a estas consultas y negociaciones se limita a convocar a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores para que las lleven a cabo y, finalmente, a su término, si acuerdan algo, refrendarlo, salvo que aprecie vicios insubsanables en su conclusión¹⁹⁴⁰.

Resulta significativa la exclusión del empresario deudor de estas consultas, aún en los casos en que mantiene las facultades de disposición y gestión patrimonial, porque no resulta lógico mantener su facultad dispositiva y excluirlo de una toma de decisión propia de la gestión empresarial que aún detenta¹⁹⁴¹. La única posibilidad de

¹⁹³⁹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, cit., pg. 541.

¹⁹⁴⁰ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, cit., pg. 540 señala que el “órgano judicial actúa como mera instancia que pone en marcha el período de consulta pero no es parte ni siquiera notario de su desarrollo”.

¹⁹⁴¹ En una línea similar, ALAMEDA CASTILLO, M^a.T.: “La relación de trabajo en la Ley Concursal...”, cit., pg. 36.

intervención y de hacerse oír que tiene es a través de su consideración como parte del expediente, puesto que junto con los administradores concursales puede ser tenido como parte sin necesidad de expresa comparecencia en forma, como señala el 184.1 LC, aunque esta intervención sea posterior al período de consultas si bien previa al auto judicial resolutorio del expediente¹⁹⁴².

Aunque la norma concursal nada dice de las consultas, si acudimos a la remisión genérica del 64.11 LC a la aplicación de la legislación laboral, éstas deberán referirse a las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados, como señala el 41.4, primero LET, todo ello para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, de acuerdo con el 51.4, primero LET. De aquí que el objetivo y la naturaleza de estas consultas-negociación sea igual a la de los procedimientos de modificación colectiva del 41 LET, debiendo negociarse de buena fé para la consecución de un acuerdo, como el 64.6 LC expresa reiterando el mandato estatutario del 41.4.2 LET.

En cuanto a la adopción de acuerdos, el artículo 64.6 de la Ley Concursal reproduce las previsiones estatutarias acerca de los mismos en casos de consultas frente a modificaciones sustanciales, suspensiones o extinciones contractuales, que exigen para la validez del acuerdo la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que, en conjunto, representen la mayoría de aquellos¹⁹⁴³. En esta lógica entendemos aplicable en su integridad todo lo anteriormente dicho acerca de la legitimación y negociación de estos acuerdos¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴² Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...”, op. cit., pg. 546.

¹⁹⁴³ Véase, por ejemplo, el artículo 41.4. tercero LET.

¹⁹⁴⁴ Véase *supra*.

En cuanto a la posibilidad de que las partes negociadoras decidan someterse a un procedimiento de mediación o arbitraje nada se dice en la Ley Concursal, contrariamente a la normativa laboral que expresamente admite su licitud, *ex* 85.1 LET, a través de su incorporación a los textos de los convenios colectivos, como sucede también con los Acuerdos Interprofesionales de resolución de conflictos colectivos laborales, sean estatales o autonómicos¹⁹⁴⁵. La respuesta nos vendrá de la aplicación supletoria de la normativa laboral, tal y como señala el artículo 64.11 LC para los casos de imprevisión de la norma concursal, como aquí sucede. En esta lógica debe admitirse la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación. Sin embargo, la posibilidad de un arbitraje plantea serias dudas puesto que el artículo 52.1 LC dice expresamente que “los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso”, salvándose únicamente, *ex* 52.2 LC, aquellos procedimientos arbitrales en tramitación a la declaración del concurso, que podrán continuarse hasta la firmeza del laudo. Además, juega en contra de la posibilidad del arbitraje el hecho de que el empresario, que es quién puede haber asumido el compromiso arbitral, es sustituido en las consultas y negociaciones por la administración concursal, que actúa por delegación y debe dar cuenta al Juez del concurso de su actuación, no estando prevista en la norma la delegación de decisiones por la administración concursal, pero no se prohíbe expresamente que puede someterse a un procedimiento arbitral, porque la dicción del 52.1 LC se refiere expresamente al “deudor”.

De aquí que, ante la falta de prohibición formal, se pueda admitir la posibilidad de acudir a una solución arbitral, puesto que la regla general del 64.11 LC es que, para lo no previsto en la norma concursal, se acuda a la legislación laboral¹⁹⁴⁶. Sin embargo,

¹⁹⁴⁵ Véase, p.e., el artículo 4.1.d) del Segundo Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos (ASEC), de 31 de enero de 2.001 (BOE de 26 de febrero).

¹⁹⁴⁶ Sobre esta cuestión cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, cit., pg. 542.

como se verá a continuación, la naturaleza de la intervención del Juez mercantil, que ante la falta de acuerdo de las partes debe adoptar la decisión que considere más oportuna, permite pensar que no está en absoluto en la lógica del procedimiento concursal la posibilidad del sometimiento del desacuerdo a un procedimiento arbitral.

4.3.6. Necesidad de informe de la autoridad laboral

Consecuente el expediente de modificación con su fuente inspiradora y con la indiferenciación concursal entre la tramitación de las diversas vicisitudes contractuales, se exige, también para el expediente de modificaciones sustanciales, la intervención de la autoridad laboral. El juez, una vez recibidos los resultados de las consultas-negociación o finalizado el plazo para las mismas, *ex* 64.6, segundo LC, debe requerir “un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado”, que debe ser emitido en el plazo de quince días por esa autoridad laboral que, si lo cree necesario para hacerse un juicio cabal de la situación, puede oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, aunque requiere el informe de la Autoridad laboral, no precisa quién sea esa, aunque deberá ser la Administración Laboral Autónoma, al estar transferidas a la misma las competencias de ejecución de la legislación laboral¹⁹⁴⁷, pudiendo dicha Administración, para la elaboración de su informe, solicitar la asesoría de otros órganos de la propia Administración como, por ejemplo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Fondo de Garantía Salarial o la entidad gestora del desempleo, aunque probablemente sea la Inspección de Trabajo quién acabe haciendo el informe en la mayoría de los casos.

¹⁹⁴⁷ Cfr. sobre esta cuestión CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...”, cit., pg. 544; *idem*: “La residual competencia del Estado en materia de ejecución de legislación laboral”, en AA.VV., *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía (1.983-2003)*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales., Sevilla, 2.003, pg. 394 y ss., si bien excepcionalmente se puede apelar a la competencia residual del Ministerio de Trabajo cuando el expediente afecte a trabajadores situados en varias Comunidades Autónomas (pg. 407 y ss. y 418 y ss.).

El informe de la autoridad es preceptivo y debe ser emitido aún fuera de plazo, pero no es vinculante para el juez que, podrá tenerlo en cuenta al adoptar su resolución, incluso si ha sido cumplimentado fuera de plazo¹⁹⁴⁸.

En consecuencia con la postura mantenida anteriormente sobre el papel jugado por la autoridad laboral, con respecto a las modificaciones sustanciales en la anterior redacción estatutaria, no se puede más que rechazar esta intervención administrativa, aunque ahora no sea vinculante su opinión, puesto que parece más lógico que sean las propias partes sean quienes conozcan mejor lo que les conviene que esa autoridad laboral que ve las cosas desde fuera sin la inmediatez y profundidad del conocimiento que los implicados puedan tener de la situación de la empresa¹⁹⁴⁹.

4.4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL. SU MARGEN DE APRECIACIÓN

El papel del Juez del concurso en este expediente es doble, puesto que si las negociaciones han concluido en acuerdo desempeña el papel que en la legislación laboral se asigna a la Autoridad laboral¹⁹⁵⁰, mientras que si no existe acuerdo o éste ha sido invalidado, lo que hace es ejercitar las facultades que el artículo 41 LET reserva en exclusiva para el empresario, decidiendo de forma unilateral si conviene o no implementar la modificación que se propone. En cualquier caso, lo que hace es resolver sin más trámite, una vez concluida la fase de instrucción del expediente, sobre la procedencia o no de las modificaciones propuestas, debiendo hacerlo de acuerdo con las normas estatutarias, puesto que el artículo 64.7 LC dice que “el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”.

¹⁹⁴⁸ Véase el último inciso del artículo 64.6, segundo LC.

¹⁹⁴⁹ Véase *supra*.

¹⁹⁵⁰ Sobre la técnica de la autorización administrativa en los expedientes de despido como potestad jurídica véase MONEREO PÉREZ J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 264 y ss.

Vaya por delante que la exigencia de aprobación de las modificaciones sustanciales por el juez mercantil es, tras la supresión de la autorización administrativa por la reforma laboral de 1.994, una retroceso y un encorsetamiento innecesario de las posibilidades de adopción de decisiones de modo compartido entre los representantes de los trabajadores y la empresa, aunque en este caso las facultades empresariales estén detentadas por una administración concursal, sólo entendible en un expediente de vicisitudes contractuales hecho a imagen del expediente de regulación de empleo del 51 LET, en el que no se han introducido las diferenciaciones y matizaciones que sí hace la legislación laboral cuando distingue entre los procedimientos de los artículos 41, 47 y 51 LET, cosa que no hace la Ley Concursal y el expediente de su artículo 64, puesto que la lógica de la institución, como se dijo, es la unidad de decisión y la centralidad de todo cuanto afecte al concurso en el Juez del concurso.

La realidad es que, una vez aportada toda la documentación necesaria y seguido el trámite previsto, el Juez mercantil debe resolver mediante auto, dictado en el plazo de cinco días, sobre las modificaciones sustanciales propuestas, debiendo aceptar el acuerdo concluido en el período de consultas y negociación, si lo hay, salvo que aprecie en el mismo fraude, dolo, coacción o abuso de derecho¹⁹⁵¹. Se ha planteado si de la interpretación conjunta del 64.7, primero, y 64.11 LC y 51.5 LET se puede deducir que si el juez concursal no dicta su auto en el plazo de cinco días, el acuerdo se debe considerar aceptado, como expresamente señala el 51.5 LET. En principio parece difícilmente aceptable la aplicación del silencio administrativo positivo a una resolución judicial¹⁹⁵², aunque se podría admitir para aquellas situaciones en que sí existe

¹⁹⁵¹ Véase el artículo 64.7, primero LC. Hay que recordar que el artículo 63 del Proyecto de Ley Concursal de 2.002 otorgaba plenas facultades resolutorias al juez del concurso para que resolviera con total libertad, pudiendo contradecir en su resolución lo pactado entre las partes.

¹⁹⁵² En esta lógica, RÍOS SALMERÓN, B.: “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia...”, cit. pg. 367; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”, JL, núm. 15/2.003, pg. 22.

acuerdo¹⁹⁵³, en línea con lo previsto en la normativa laboral para el expediente de regulación de empleo en los artículos 51.5 y 6 LET¹⁹⁵⁴, puesto que en estos supuestos el papel judicial es el mismo que en la normativa laboral se asigna a la autoridad laboral, que no es otro que una función estrictamente registral del acuerdo, que por sí mismo goza de eficacia jurídica vinculante¹⁹⁵⁵. No obstante, se ha dicho, con acierto, que, aunque el juez tenga la obligación de dictar su resolución en el plazo perentorio de cinco días, la dilación de la resolución judicial no supone *per se* la admisión o rechazo de lo solicitado, de manera que habrá de estarse a lo que disponga el auto judicial, aunque se dicte extemporáneamente¹⁹⁵⁶.

Ahora bien, en el caso de que no se haya concluido acuerdo alguno o, si alcanzado éste, se apreciara la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, el juez concursal deberá entrar al fondo y determinar lo que proceda conforme a la legislación laboral, según estipula el artículo 64.7, primero LC y ateniéndose al principio de congruencia procesal para no provocar indefensión a una de las partes¹⁹⁵⁷. Y lo que

¹⁹⁵³ CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, cit., pg. 548, diferencia entre el Auto del Juez mercantil que ratifica el acuerdo del período de consultas o cuando no ha habido acuerdo, supuesto este último en el que no considera admisible el silencio positivo.

¹⁹⁵⁴ Una posición crítica sobre la aplicación del silencio positivo es la mantenida por MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 291 a 296, esp. 192, donde se pone de relieve como la técnica autorizatoria del silencio positivo beneficia unilateralmente al empresario, tanto respecto a la Administración que se vincula en idénticos términos que si hubiera autorizado expresamente, como respecto a los trabajadores afectados por el expediente, en lo que no es más que una traslación de las consecuencias del incumplimiento de los plazos al trabajador.

¹⁹⁵⁵ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 543.

¹⁹⁵⁶ CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pgs. 547 y 548.

¹⁹⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 544, para quién esta congruencia se muestra no concediendo menos de lo admitido por los representantes de los trabajadores ni más de lo solicitado por la administración concursal.

procede conforme a las estipulaciones del artículo 41 LET va a depender de la naturaleza de las condiciones que se pretenden modificar. Si estas son condiciones recogidas en un convenio colectivo, de acuerdo con el 41.2 segundo LET, sólo pueden modificarse a través del acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, de modo que, si se ha concluido válidamente el acuerdo del período de consultas y negociación del expediente concursal de modificación, cabrá admitir su modificación. En caso contrario no puede admitirse su modificación bajo ningún concepto, como ya se vió, luego aquí el juez mercantil no puede aceptar la propuesta modificativa porque es contraria a la legislación laboral, que exige preceptivamente la conclusión del acuerdo con los representantes de los trabajadores.

En el caso de que las condiciones a modificar no tengan un origen convencional, la expresión del 41.4, cuarto LET permite que el empresario adopte la decisión que crea conveniente una vez concluido el período de consultas. Aquí, no es el empresario, ni quién hace sus veces, la administración concursal, quién puede tomar la decisión, sino que esta facultad se le concede al juez del concurso, que será quién deba decidir, en ausencia de acuerdo, si se adoptan o no las modificaciones sustanciales propuestas. Evidentemente el juez tendrá amplios márgenes de apreciación, como mínimo las mismas facultades del empresario, a quién está realmente sustituyendo, para decidir la conveniencia de la modificación, sino más, puesto que se ha afirmado que no tiene que atenerse estrictamente a las causas que permiten llevar a cabo modificaciones sustanciales colectivas¹⁹⁵⁸, lo que parece un exceso de atribución de facultades al juez. Éste deberá de apreciar si razonablemente¹⁹⁵⁹ las modificaciones propuestas son

¹⁹⁵⁸ Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas, cit., pg. 262, donde cita a SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a.L.: “Incidencia del proyecto de Ley concursal en la normativa laboral”, Información Laboral Jurisprudencia, núm. 9/2.002, pg. 22, que lo admite, aunque con respecto de redacciones o versiones anteriores del actual artículo 64 LC y con referencia únicamente al artículo 51.1 ET.

¹⁹⁵⁹ Sobre la problemática del juicio de razonabilidad véase *supra*. Evidentemente es de aplicación todo lo dicho sobre la conexión de razonabilidad que debe existir entre la causa alegada y la modificación adoptada, así como a la proporcionalidad e intensidad de ésta.

necesarias para alcanzar los fines previstos en el artículo 41.1 LET, es decir, si van a contribuir a mejorar la situación de la empresa, finalidad que también puede ser englobada en aquella que el artículo 64.4 LC exige para la admisión de las propuestas extintivas, suspensivas o modificativas: asegurar la “viabilidad futura de la empresa y del empleo” o, como ya se dijo en base a la remisión del 64.11 LC a la legislación laboral, entender que el juez puede aplicar la finalidad menos exigente del 41.1 LET¹⁹⁶⁰. Sin embargo habrá que esperar, para tener una respuesta definitiva sobre cuál sea el margen de apreciación del juez del concurso, hasta que la jurisdicción social se pronuncie sobre los recursos que impugnen sus resoluciones.

En cuanto al contenido del auto que acuerde la modificación sustancial solicitada, un planteamiento es que, simplemente, contenga una autorización genérica de modificación, remitiéndose a lo dispuesto en el acuerdo que se aprueba o, en línea con la interpretación actual del artículo 51 LET y el 6 RD 43/1.996, se haga constar el número y categoría de los trabajadores afectados y de los criterios usados, pero no una relación nominal, y, finalmente, que contenga una relación nominal de los trabajadores afectados¹⁹⁶¹. No obstante, como la solicitud de iniciación del expediente tiene que contener el detalle de las modificaciones que se proponen y el acuerdo, si existe, las concrete aún más, debe ser suficiente en la mayoría de los casos una autorización genérica que concede lo que finalmente se ha acordado, aunque es cierto que en caso de desacuerdo el juez se ha de enfrentar bien a conceder lo que se pide en la solicitud de

¹⁹⁶⁰ A este propósito señala GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas, cit., pg. 262, que “probablemente haya que reafirmar el mayor margen de apreciación que tiene el Juez de lo mercantil respecto del ya amplio margen que puede tener el orden social de la jurisdicción al revisar las decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex artículo 41 ET y el orden contencioso administrativo cuando revisa las resoluciones adoptadas por la autoridad laboral sobre suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo”.

¹⁹⁶¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ibidem*, señala que “aunque no sea un argumento del todo concluyente, el párrafo segundo del artículo 84.2,5º LC parece partir y sugerir la existencia de la citada relación nominal”.

inicio del expediente o bien lo que entienda que es razonable, en cuyo caso tendrá que precisar como mínimo los criterios y número de trabajadores afectados, dejando la concreción personal a la administración de la empresa y los representantes de los trabajadores.

4.5. EL RETORNO A LA JURISDICCIÓN SOCIAL: LA COMPETENCIA EXCLUSIVA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DEL CONCURSO

Como ya se ha dicho, el juez del concurso tiene competencia exclusiva y excluyente sobre todas las acciones del mismo, incluidas las acciones sociales que tienen por objeto las modificaciones sustanciales, las suspensiones y las extinciones contractuales en que el empleador sea el empresario concursado. Sin embargo, esta afirmación, plena de sentido en cuanto a las ejecuciones, puesto que le corresponde la competencia de “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado”¹⁹⁶², no tiene la misma eficacia cuando hablamos de acciones declarativas, puesto que sólo es válida en instancia¹⁹⁶³, porque las resoluciones del juez mercantil en estas materias pueden ser impugnadas ante la Jurisdicción social de acuerdo con lo previsto en la Ley de Procedimiento Laboral y a través del recurso de suplicación esencialmente¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁶² Cfr. el artículo 8.3 LC.

¹⁹⁶³ Y únicamente de “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación y suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado” y las que se refieran a “la suspensión y extinción de los contratos de alta dirección”; igualmente al conocimiento de las impugnaciones individuales del auto dictado en los procedimientos del artículo 64 LC y de las acciones de resolución de contrato del 50.1 b) LET, cuando se tengan la consideración de colectivas a efectos de su tramitación por la vía del 64.10 LC.

¹⁹⁶⁴ Sobre los medios de impugnación en general, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”, cit., pg. 459 y ss.

De esta manera, la Jurisdicción social recupera, por vía de recurso, las competencias perdidas a favor del Juez mercantil, probablemente con la finalidad de que exista un único orden jurisdiccional, el social, que sienta jurisprudencia sobre materias propiamente laborales en las que existe una resolución del juez del concurso, que puede usar criterios no enteramente coincidentes con los consagrados en el orden social¹⁹⁶⁵. En cualquier caso esta recuperación es relativa, puesto que realmente el papel que ocupa el juez mercantil no es el del juez social, sino el de la Autoridad laboral en los casos de extinciones y suspensiones laborales y el del empresario en las modificaciones sustanciales¹⁹⁶⁶. Únicamente ocupa el papel del juez social en la impugnación individual del auto que autoriza la modificación, que se tramita por el incidente laboral previsto en la Ley Concursal en lugar de por el procedimiento del 138 LPL y, en su caso, de las referidas a extinciones y suspensiones contractuales.

Dicho esto, sólo se puede expresar la sorpresa que supone la descoordinación legislativa existente, como se ha ido poniendo parcialmente de relieve, entre lo previsto en la normativa laboral material y procesal con respecto a las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales y lo previsto para esas modificaciones en la legislación concursal y las remisiones que ésta hace a la legislación procesal social. Esta falta de sintonía y de técnica legislativa permite que sean recurribles en suplicación las

¹⁹⁶⁵ Cfr. en esta lógica, GARCÍA PERROTE, I.: “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas, cit., pg. 263 y 264, donde, además, pone de relieve la paradoja de que sólo en situaciones de concurso las Salas de lo social de los TSJ tendrán competencias relacionadas con los artículos 47.1 y 51.1 LET, que en situación de no concurso se sustancian, tras la resolución administrativa, ante el orden contencioso-administrativo. Sobre la polémica doctrinal derivada de la problemática competencial de la delimitación de los órdenes contencioso-administrativo y social en materia y despidos colectivos, cuyas conclusiones son enteramente aplicables al tema que nos ocupa, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho español, cit. pg. 299 y ss.

¹⁹⁶⁶ Véase DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social...”. cit., pg. 446, donde parece mostrar su desacuerdo calificando esta sustitución del empresario por el juez del concurso como una “judicialización cuestionable”.

impugnaciones individuales que puedan hacer los trabajadores afectados individualmente por el auto del juez mercantil que acuerda las modificaciones sustanciales, impugnación que es imposible en situaciones no concursales, puesto que cualquier impugnación individual se debe sustanciar a través del procedimiento del 138 LPL, a cuya sentencia está vedado el acceso a este recurso. Esta manifestación anterior no significa, en absoluto, desacuerdo con la posibilidad de recurrir en suplicación, más bien lo contrario, sino que evidencia esa descoordinación legislativa, derivada, quizás, como tantas otras cuestiones de este expediente, de la absoluta y única inspiración del mismo en el expediente del artículo 51 LET, con olvido de que se prescribe la misma tramitación procedimental para suspensiones y modificaciones contractuales, a las que las normas sociales otorgan un menor nivel de exigencia, especialmente a las modificaciones del artículo 41 LET.

Esta atribución o, si se prefiere, esta recuperación de competencias del orden social, aunque sea en vía de recurso, se recoge en los artículos 64.8, 197.7 y 196.3 LC, así como, especialmente, en la nueva redacción de los artículos 188.1 y 189.5 LPL¹⁹⁶⁷, que taxativamente se refieren a la posibilidad de recurrir en suplicación los autos y sentencias de los jueces de lo mercantil dictados en el proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral.

De aquí que sean susceptibles de recurrirse en suplicación o por cualquier otro recurso de los previstos en la LPL, el auto del juez mercantil que resuelve el expediente de modificación sustancial contractual, ante el que también debe tramitarse la interposición del recurso de suplicación en lugar de ante los Juzgados de lo social¹⁹⁶⁸. Este tramitación es la equivalencia concursal de la impugnación colectiva frente a la decisión modificativa prevista en el artículo 41 LET y sustanciada a través del 151 LPL, sólo que

¹⁹⁶⁷ Este apartado 5 del artículo 189 LPL incorpora la Disposición final decimoquinta de la Ley Concursal, correspondiente con la nueva redacción dada al artículo 75.2º LOPJ por el 2.2 LORC.

¹⁹⁶⁸ Cfr. RÍOS SALMERÓN, B.: “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, cit., pg. 368.

planteada ahora como un recurso de suplicación¹⁹⁶⁹. Ahora bien, como señala el 64.8, primero LC, la interposición de cualquiera de estos recursos no tiene efectos suspensivos, que se descartan absolutamente, sobre la tramitación concursal ni de los posibles incidentes concursales, sucediendo algo similar, de acuerdo con el 197.7 LC, respecto a los recursos contra la sentencia que resuelva los posibles incidentes concursales¹⁹⁷⁰. Esta imposibilidad de suspender los efectos de la decisión recurrida puede causar perjuicios de muy difícil o imposible reparación, señalándose como ejemplificadora la situación en que un despido de toda o la mayor parte de la plantilla, autorizado por el juez mercantil y revocado en suplicación, provoca el cierre de la empresa, haciéndose de esta manera imposible ejecutar la sentencia del recurso¹⁹⁷¹.

Sin embargo, puede plantearse una dificultad práctica en la interposición del recurso de suplicación, derivada de la falta de hechos probados del auto del juez mercantil, que para una correcta sustanciación del recurso debieran hacerse constar, aunque el procedimiento del expediente de modificaciones sustanciales es un procedimiento sin pruebas¹⁹⁷².

¹⁹⁶⁹ Igualmente, DESDENTADO BONETE, A: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, op. cit., pg. 448.

¹⁹⁷⁰ Sin embargo, el artículo 197.5 LC señala que “el juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución”, decisión que puede ser revisada ante la Audiencia Provincial en un procedimiento abreviado y preferente en extremo.

¹⁹⁷¹ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral”, cit. pgs. 481 y 482.

¹⁹⁷² Como señala MOLINER TAMBORERO, G.: “Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal” en GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.): La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 2.004, la dificultad para incluir la relación de hechos probados dificultará el recurso por la vía del artículo 191 b) LPL.

Todo esto con referencia a las impugnaciones colectivas del auto del juez mercantil, porque con respecto a la vía de tramitación de las acciones individuales de los trabajadores afectados por la modificación aprobada hay que señalar otro camino para la impugnación, que es el procedimiento del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 195 LC, que termina en sentencia que, según el 64.8 LC, será recurrible en suplicación igualmente¹⁹⁷³.

Como este procedimiento sólo es admisible para cuestiones referidas en exclusiva a la relación jurídica individual, se hace necesario puntualizar cuáles sean esas cuestiones. Para unos son las relativas a las cuantías concretas de la indemnización fijada, su salario, antigüedad, categoría profesional, etc.¹⁹⁷⁴, mientras que otros opinan que esas cuestiones hacen referencia a todo aquello que se diga de ellos y les afecte del contenido del auto¹⁹⁷⁵, de manera similar a lo previsto con respecto a la impugnación del 41.3 LET¹⁹⁷⁶.

La coexistencia de la posibilidad de impugnación individual y colectiva plantea el mismo problema de coordinación que el existente entre la impugnación por el procedimiento individual del 138 y del 151 LPL, sin que exista un mecanismo de coordinación similar al previsto en el procedimiento social. Abunda en esta disfunción

¹⁹⁷³ Véase, en parecida lógica, DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, cit., pg. 446, donde señala que, a pesar de la apariencia de ejercicio inicial de acciones por el trabajador, en realidad estamos ante una impugnación que se tramita como un incidente laboral, en el que cabe Suplicación. Además, en pg. 446 y ss. expone las posiciones doctrinales acerca de la problemática interpretación de este supuesto.

¹⁹⁷⁴ RÍOS SALMERÓN, B.: “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto...”, cit., pg. 372; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de las empresas”, cit., pg. 265.

¹⁹⁷⁵ MOLINER TAMBORERO, G.: “Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”..., cit.

¹⁹⁷⁶ Véase *supra*.

el que el auto del juez del concurso es recurrible directamente en suplicación ante la Jurisdicción social por los legitimados colectivamente, mientras que la impugnación individual es tramitada a través del incidente laboral del 195 LC ante el juez mercantil y sólo es recurrible individualmente en suplicación la sentencia del incidente. De esta manera si bien, por un lado, cuando se resuelven los recursos de suplicación interpuestos individualmente ya tenemos la sentencia del recurso colectivo, por otro, esta situación de falta de coordinación no fomenta en absoluto, más bién al contrario, la economía procesal, aparte de que, como el juez mercantil resuelve el incidente laboral con anterioridad a que se dicte la sentencia de suplicación colectiva, si el trabajador individual no impugna, podremos encontrarnos con sentencias individuales que pueden ser contradictorias con la sentencia de la impugnación del auto, lo que acrecienta la disfuncionalidad del modelo. Hubiera sido, sin duda, mas acorde con los principios de economía y celeridad procesal permitir que las impugnaciones individuales del auto judicial tuviesen acceso inmediato al recurso de suplicación, en lugar de hacerse a través de la tramitación incidental¹⁹⁷⁷.

4.6. UN OBSTÁCULO AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR: LA PROHIBICIÓN TEMPORAL DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES RESCISORIAS

Junto a la ampliación de las garantías que la legislación concursal concede al trabajador frente a la introducción de modificaciones sustanciales, existe una disminución de sus derechos en lo dispuesto en el artículo 64.9 LC, que contiene una previsión específica con respecto al derecho de rescisión indemnizada del contrato que se prevé en el artículo 41 LET, concretamente el 41.3 segundo y 41.4, mencionando expresamente la modificaciones colectivas y el “traslado colectivo que suponga movilidad geográfica”¹⁹⁷⁸. En estas situaciones el derecho de rescisión indemnizada previsto en la

¹⁹⁷⁷ Igualmente, DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, cit., pg. 447.

¹⁹⁷⁸ Se aplicará este supuesto si el traslado colectivo acordado supone movilidad geográfica, “siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de origen y a menos de 60

legislación laboral quedará en suspenso durante la tramitación del concurso, aunque al menos se pone un tope temporal por el 64.9, párrafo final LC, al establecer un límite máximo de un año desde que se dictó el Auto judicial que autorizó la modificación.

Evidentemente, esta limitación de derechos del trabajador rompe el equilibrio contractual, al no permitir el ejercicio del derecho a la rescisión previsto laboralmente frente a situaciones que hacen más onerosa la prestación y que pueden llegar incluso a imposibilitarla¹⁹⁷⁹, en cuyo caso no le quedaría al trabajador otra opción que la dimisión o el abandono del trabajo, planteándose entonces el problema de si pierde o no el derecho a reclamar esa indemnización pasados esos doce meses de suspensión. Es decir, si es posible percibir la indemnización haciendo uso de la posibilidad de interrumpir la prestación por circunstancias excepcionales, que ya se ha comentado, o si se entendería que no procede ejercitar la acción rescisoria cuando el contrato no está en vigor¹⁹⁸⁰.

La respuesta no puede ser unívoca, como casi siempre en cuestión de modificaciones sustanciales, sino que habría de ser casuística, puesto que aunque no parece igual la incidencia de un perjuicio genérico que específico y de las perturbaciones y molestias, incluso mortificaciones, que el desempeño del trabajo ocasiona al trabajador afectado en uno u otro caso, la verdad es que tan grave puede ser trabajar bajo unas condiciones que directamente afectan a la dignidad o formación profesional del trabajador, como si el perjuicio genérico se concreta en que el trabajador no puede compatibilizar su horario de trabajo con el cuidado de sus hijos, por ejemplo no puede llevarlos o recogerlos del

kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo” (artículo 64.9, segundo LC).

¹⁹⁷⁹ Véase, en igual sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos...”, cit., pg. 499, donde se refiere, además, al Dictamen del CES 4/2.001, en relación con el Anteproyecto de Ley Concursal que manifestaba que “deben aplicarse las previsiones del ET, respetando el derecho a la extinción del contrato de trabajo, en ambos casos, en atención a los perjuicios que, de lo contrario, se ocasionarían al trabajador”.

¹⁹⁸⁰ Sobre esta problemática véase *supra*.

colegio sin tener que contratar a alguien para hacer una labor que el hacía, sin tener en cuenta la cuestión afectiva. En cualquiera de los casos la prestación se ha vuelto excesivamente gravosa y desequilibrada en perjuicio del trabajador y beneficio de la empresa, en este caso del interés de los acreedores que es el interés prevalente del concurso, puesto que esta y no otra es la *ratio legis* concursal¹⁹⁸¹, por lo que debe admitirse que el trabajador pueda ejercitar su *ius resistentiae* al desempeño de su prestación en esas condiciones sin perder el derecho a la extinción indemnizada de ese contrato¹⁹⁸².

¹⁹⁸¹ Véase, en igual lógica, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, op. cit., pg. 91, donde señala, que la conservación de la empresa y de los contratos se protegen en tanto en cuanto no cuestionen la finalidad principal, que es la satisfacción del interés de los acreedores.

¹⁹⁸² Sobre esta cuestión véase lo dicho anteriormente.

II.- LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN MODIFICATIVA.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: DEL AQUIETAMIENTO A LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA

La decisión modificativa es un acto recepticio que no necesita del consentimiento del trabajador para su efectividad, puesto que si lo necesitara no estaríamos ante una modificación sustancial del artículo 41 LET, sino frente a una novación modificativa. De aquí que una vez ha sido adoptada la decisión modificativa, ya sea acordada o decidida unilateralmente por el empresario y notificada debidamente al trabajador afectado, éste puede optar entre varias alternativas, teniendo en cuenta el carácter ejecutivo de la decisión modificativa, una vez transcurrido el plazo de preaviso de treinta días con que se le comunicó el cambio de condiciones contractuales, por lo que debe desempeñar su prestación laboral en las nuevas condiciones una vez terminado ese plazo, siempre que no haya optado por alguna de las demás alternativas posibles, que son, además del aquietamiento, la impugnación de la modificación si considera que no se ajusta a las previsiones normativas en el fondo o en la forma, para tratar de mantener las condiciones contractuales vigentes, por los diversos mecanismos procesales previstos en el 138 y 151 LPL y la extinción de la relación contractual, lo que puede llevar a cabo a través de dos vías alternativas, la del artículo 41.3, segundo y la del artículo 50.1.a), ambos de la LET. El trabajador afectado por la modificación podrá hacer uso de cualquiera de estas posibilidad de actuación, sea la modificación individual o colectiva, haya sido decidida unilateralmente por el empresario o acordada con los representantes de los trabajadores y, por supuesto, si es producto de un procedimiento arbitral.

2. EL AQUIETAMIENTO DEL TRABAJADOR

Consiste, simplemente, en que el trabajador no reacciona contra la modificación, la acepta pacíficamente, no hace nada y la asume, dando su conformidad de manera expresa o tácita y desempeñando su prestación desde ese momento de acuerdo a las nuevas condiciones de trabajo, debido, lo que es indiferente en términos legales, tanto al convencimiento de que no existen causas reales y suficiente de oposición, como a su decisión personal de no impugnar, aunque considere que la modificación es injusta o le perjudica. Es decir que no extingue el contrato ni lo impugna porque no tiene motivos o aún teniéndolos no quiere hacerlo.

A este propósito, se ha planteado si la acomodación del trabajador con sus condiciones de trabajo supone o no una aceptación de las mismas. Alguna doctrina opina que no cabe hablar de aceptación por el trabajador, ni siquiera tácitamente, puesto que no estamos ante un negocio jurídico novatorio¹⁹⁸³, aunque esta opinión no es mantenida por todos¹⁹⁸⁴, al igual que otros mantienen que precisamente por la aceptación del trabajador se produce la novación de sus condiciones de trabajo¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁸³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 159; BLASCO SEGURA, B.: “La eficacia del acto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el tratamiento procesal de esta institución”, cit., pg. 19; igualmente, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 213.

¹⁹⁸⁴ Véase LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 328, donde afirma que “la aceptación de la modificación en cuanto tal no supone una disposición de derechos prohibida por el artículo 3.5 ET”; VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, cit., pg. 65, se expresará en sentido matizadamente similar puesto que señala que “de hecho, si la decisión (de aquietarse) del trabajador fuese auténtico reflejo de su voluntad, el cambio podría efectuarse a través de una novación consensuada, y el empresario no necesitaría acudir a las facultades extraordinarias del artículo 41 ET”.

¹⁹⁸⁵ Véase, en esta lógica, ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 2.

Ahora bien, el artículo 41.3 LET nada dice expresamente de la posibilidad de aquietamiento del trabajador, aunque es fácil deducirlo de la existencia de plazos para la extinción contractual o la impugnación de la modificación, puesto que su transcurso, sin que se haya ejercitado ninguna de esas dos opciones, permite presumir que el trabajador acepta pacífica y quietamente la modificación¹⁹⁸⁶. De aquí que sean muchos los pronunciamientos judiciales que deducen el aquietamiento del trabajador por el transcurso de un período de tiempo mas o menos largo: de varios meses¹⁹⁸⁷, años¹⁹⁸⁸ o

¹⁹⁸⁶ En esa lógica se muestra, entre otras, la STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 1.999, AS 86, cuando señala que “la consecuencia de dejar caducar el ejercicio de tal acción no es otra que el haber consentido y tener que acatar la medida de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo”. A su vez, La STSJ de Andalucía/Granada de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049, deduce el aquietamiento del transcurso de los plazos procesales para el ejercicio de la impugnación de la modificación: “el plazo para el ejercicio de la acción resolutoria es el de un año de prescripción desde que se verificó la conducta empresarial tipificada, el aquietamiento del trabajador durante dicho período y tiempo implica su tácita aceptación del incumplimiento y, por tanto la consolidación del mismo y la enervación de la acción extintiva”. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2.005, JUR 66325.

¹⁹⁸⁷ La STSJ de Aragón de 15 de julio de 2.000, AS 3550, refiere que “no puede haber tal [la impugnación] cuando el trabajador se aquietó durante diez meses a sus nuevas funciones, tras ser elegido miembro del Comité de Empresa, desarrollando junto a su trabajo la actividad sindical consiguiente”. Igualmente la STSJ de Madrid, de 24 de septiembre de 2.002, JUR 282254, dice que “no se comprende cómo no ejercitó acción alguna, hasta transcurridos seis meses, por ser indudable que se hubiese producido una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, al cambiar de forma importante su horario laboral, debiendo haber accionado, contra esa modificación esencial”. La STSJ de Andalucía/Málaga de 15 de julio de 1.999, AS 3038, citando las STS de 20 de enero y 13 de noviembre de 1.987, RJ 87 y 7871, señala que “si transcurren varios meses desde que se operó el cambio invocado por el trabajador, sin que éste accione frente a él, ha de entenderse que admite tácitamente la situación en la que, con posterioridad, apoya su voluntad extintiva”. Igualmente, STSJ Galicia de 16 de mayo de 1.996, AS 1479, y STSJ Valencia de 13 de diciembre de 1.995, AS 4535.

¹⁹⁸⁸ La STSJ de Andalucía/Sevilla de 25 de septiembre de 2.002, AS 723, señala que los trabajadores “no impugnaron esta decisión empresarial durante el año que estuvo vigente, con lo que se acredita un consentimiento tácito a la modificación del régimen de trabajo que les afectaba”.

un largo lapso de tiempo¹⁹⁸⁹ e incluso se considera el aquietamiento a aquella modificación de la que no se llegó a instar la ejecución, aunque fue declarada por el juez como improcedente¹⁹⁹⁰.

Del aquietamiento del trabajador sólo cabe deducir su aceptación individual de la modificación de sus condiciones contractuales, sin que implique limitación alguna de las facultades de los representantes de los trabajadores que, como se verá, también pueden impugnar las modificaciones sustanciales individuales en determinados supuestos, aunque de la actuación de éstos también cabe deducir el aquietamiento a la modificación¹⁹⁹¹, que tampoco afecta a la posibilidad de impugnación que sigue manteniendo el trabajador individualmente considerado en defensa de sus condiciones de trabajo, con absoluta independencia de cuál sea la actitud que adopten los

¹⁹⁸⁹ Otros pronunciamientos se refieren a un plazo más largo de tiempo. Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2.001, AS 2054, dice que “ha excedido en mucho al plazo legalmente establecido, del cual no puede afirmarse que ha existido suspensión alguna, ya que la situación, según el propio actor, ha venido siendo la misma sin solución de continuidad durante más de año y medio”; igualmente la STSJ Aragón de 3 de mayo de 1.995, AS 2003, dice que “la modificación introducida en 1994 cobraría relevancia sobre la base de entender nulas y sin efecto las anteriores (1990, 1991, 1992), pero no si se entiende que la situación anterior fue consentida”; la STSJ de Andalucía/Málaga de 15 de julio de 1.999, AS 3038 considera que “aquietado el actor a la modificación de sus condiciones de trabajo durante 5 ó 6 años es obvia su aceptación tácita de dicha situación”.

¹⁹⁹⁰ Cfr. en este sentido, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de enero de 2.002, AS 1067, donde se dice que “al negarse el empresario a reponer en las anteriores condiciones -y no ejecutar el demandante- ha de soportar este incumplimiento. La adscripción continuada al horario partido -durante más de tres años, sin ejecutar las Sentencias que lo declaraban improcedente- constituye una situación de hecho tan prolongada, persistente y respetada, que determina la validez del indicado horario”.

¹⁹⁹¹ La STSJ de Aragón de 3 de mayo de 1.995, AS 2003, señala que “se comprende que los trabajadores ejecutaran el cuarto turno para no incurrir en posible responsabilidad, pero no se comprende que, al menos, la representación de los mismos, que en tales momentos debía autorizar la modificación, no planteara la acción correspondiente”, dejando transcurrir unos cuatro años para ello; igualmente, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de enero de 2.002, AS 1067.

representantes colectivos frente a ellas, incluso aunque éstos aprueben y acuerden la modificación con el empresario.

3. LA NO CONFORMIDAD CON LA DECISIÓN MODIFICATIVA

Si el trabajador no se muestra conforme con la modificación de sus condiciones de trabajo que se le ha notificado por el empresario puede reaccionar, de acuerdo al artículo 41.3 LET, y con indiferencia de que la modificación tenga carácter individual o colectivo, impugnando ante la jurisdicción la modificación por no considerarla ajustada a derecho a través del procedimiento previsto en el 138 LPL o extinguir su contrato de trabajo con indemnización, ya sea por la vía del 41.3, segundo o del 50.1 a) LET o, en última instancia, dimitir *ex* 49.1.d) LET sin derecho a indemnización alguna, sin olvidar las posibilidades de impugnación colectiva de la modificación a través del 151 LPL, opciones todas que serán analizadas a continuación.

3.1. LA IMPUGNACIÓN DE LA MODIFICACIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL

Otra de las opciones de que dispone el trabajador afectado por la modificación sustancial, de acuerdo con el artículo 41.3, tercero LET, si no quiere aceptar sin más la modificación ni extinguir su contrato, es impugnar la medida modificativa ante la jurisdicción social competente para volver a las condiciones contractuales anteriores, lo que podrá hacer a través de varias modalidades procesales, en función de las circunstancias concretas que concurran en la modificación sustancial enjuiciada¹⁹⁹².

Con la situación anterior a la reforma de 1.994, en que era necesaria la aprobación por la autoridad laboral de las modificaciones sustanciales que no hubiesen sido aprobadas por los representantes, existía una duplicidad de vías jurisdiccionales para la impugnación de estas decisiones, debiendo acudirse, en función de que existiese o no

¹⁹⁹² Exponen esta diversidad de posibilidades, por todos, BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 361 y ss.; igualmente GODINO REYES, M. y SAGARDOY REYES, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, McGraw Hill, Madrid, 1.999, pg. 20 y ss.

resolución administrativa, a la jurisdicción contencioso-administrativa, en base al artículo 19.2 RD 696/1.980, de 14 de abril, o a la social, sin que existiese modalidad procesal específica para ello. En este caso, el trabajador afectado por la modificación podía acudir, en base a lo regulado por los artículos 41.3 y 50.1,a) LET, al procedimiento ordinario, tanto para las pretensiones rescisorias del contrato por la existencia de perjuicio a su formación profesional o menoscabo de su dignidad, derivados de la modificación sustancial, como para la impugnación de la modificación, pretendiendo la declaración de improcedencia o nulidad de la misma y la vuelta a las condiciones de origen, si aquella se había adoptado sin el preceptivo acuerdo con los representantes o sin la autorización administrativa¹⁹⁹³, al igual que si el trabajador entendía no concurrentes las causas legalmente establecidas o si la modificación resultaba abusiva o discriminatoria, ejercitando una acción declarativa que exigía un previo pronunciamiento acerca del carácter sustancial de la modificación¹⁹⁹⁴. Estas acciones individuales podían ejercitarse ante la jurisdicción social, incluso aunque hubiera acuerdo entre la empresa y los representantes para la adopción de las modificaciones sustanciales, al igual que sucede ahora.

Además de este ejercicio de acciones individuales, los representantes legales podían acudir al procedimiento de conflicto colectivo, si la modificación afectaba los intereses generales de un grupo indiferenciado de trabajadores, al igual que también la autoridad laboral podía iniciar el procedimiento de oficio, en base al 145.b) LPL, siempre que apreciara dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos

¹⁹⁹³ Como señala PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales” en *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (Dir.), CGPJ, Madrid, 1.996, pg. 149, el Tribunal Central de Trabajo afirmó la competencia de la jurisdicción social para conocer estas pretensiones en las SSTCT de 17 de marzo de 1.982, Ar 1663 y 5 de diciembre de 1.983, Ar 10501, seguidas, a continuación, por otras en el mismo sentido, al igual que hicieron las SSTS de 10 de julio de 1.985, Ar 3730, y de 15 de febrero de 1988, Ar. 1416.

¹⁹⁹⁴ Véase, sobre el ejercicio de esta acción, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pgs. 200 a 202.

modificativos alcanzados entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores¹⁹⁹⁵.

Actualmente y de acuerdo con la legislación sustantiva y procesal vigente, la primera posibilidad que tiene el trabajador es acudir a la modalidad del 138 LPL, prevista para la impugnación individual de la movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales, con independencia de que la modificación sea de naturaleza individual o colectiva, aunque la impugnación sí habrá de ser individual, puesto que un trabajador, individualmente considerado, puede estar en desacuerdo con la modificación colectiva pactada entre sus representantes y la empresa, aunque ésta sea razonable, parezca seriamente argumentada y se haya seguido el procedimiento legalmente previsto para ello.

En cambio, si el ámbito de afectación de la modificación sustancial supera lo individual y se hace colectivo, la modificación puede impugnarse por los representantes de los trabajadores, esta vez de manera colectiva, acudiendo al procedimiento previsto en el artículo 151 y ss. LPL para los conflictos colectivos, mientras que si es el trabajador individual el que pretende impugnar la modificación colectiva deberá hacerlo a través de la modalidad del 138 LPL. Esta duplicidad de vías procesales, que permite la coexistencia del ejercicio individual y colectivo de la impugnación de las modificaciones sustanciales, plantea bastantes problemas para una correcta articulación de ambos procedimientos, puesto que la sentencia del proceso colectivo va a condicionar la solución de los procesos individuales, que se ven suspendidos por la mera interposición del colectivo, por lo que analizaremos, más adelante, las consecuencias y efectos de esta interrelación.

¹⁹⁹⁵ Como se muestra en la STSJ de La Rioja de 27 de junio de 1.995, Ar 2248, esta posibilidad de actuación de oficio ha sido utilizada aún después de la reforma de la Ley 11/1.994, aunque no se recoge en el artículo 146 del TRLPL. Sobre esta cuestión véase, PALOMO BALDA, cit, pg. 150. Acerca de la posible inconstitucionalidad de la intervención de la autoridad administrativa a través del 145.b) LPL, véase GARCÍA BLASCO, J.: *Aplicación Del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio*, MTSS, Madrid, 1.993, pg. 60.

Igualmente, aunque con carácter opcional, puede acudir al proceso especial de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, regulado en los artículos 175 y ss. LPL, si el demandante, sea éste individual o colectivo, considera que se han lesionado sus derechos fundamentales y libertades públicas a través de la modificación sustancial impuesta. El que hayamos dicho que el demandante puede optar entre acudir a esta modalidad o a las contempladas en el 138 o 151 LPL deriva de que en la relación del 182 LPL no se incluyen, ni el proceso de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, ni el de conflicto colectivo, con la excepción de la impugnación de arbitrajes, que sí se encuentra excluida, por tramitarse como una impugnación de convenios¹⁹⁹⁶. Si se opta por esta modalidad de tutela de derechos fundamentales hay que tener en cuenta que el objeto de este procedimiento, de acuerdo con el 176 LPL, queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical o, en su caso, de los demás derechos fundamentales invocados, sin posibilidad alguna de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la libertad sindical y los demás derechos fundamentales. De esta manera se impide el análisis de otras cuestiones ajenas a la lesión invocada, salvo que estén relacionadas directamente con esos derechos fundamentales, en lo que es un claro ejemplo de sumariedad cualitativa, en cuanto “implica una limitación de la *cognitio* judicial exclusivamente a la materia relativa a la lesión del derecho fundamental”¹⁹⁹⁷.

Otra posibilidad es que se acuda a la modalidad de impugnación de convenios colectivos del artículo 161 y ss. LPL, cuando las modificaciones sustanciales colectivas

¹⁹⁹⁶ El artículo 182 LPL señala que “las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”.

¹⁹⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Comentario al art. 176”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral* (MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA y GALLEGU MORALES, dirs.), Comares, Granada, 2.001, pg. 1.078.

impuestas sean consecuencia de un laudo arbitral pactado con carácter previo en un convenio colectivo, de acuerdo con lo previsto en el 85.1 y 91 LET, o se haya acordado expresamente para supuestos de solución extrajudicial de conflictos para la solución de las discrepancias en los períodos de consultas¹⁹⁹⁸. Los legitimados en esta modalidad son, únicamente, la autoridad laboral, *ex* artículo 161 LPL, las representaciones colectivas si se trata de ilegalidad o los terceros perjudicados en caso de lesividad, de acuerdo con el 163 LPL, sin que se admita la legitimación del trabajador individualmente afectado por el laudo, que tendrá que acudir para su impugnación al proceso del 138 LPL.

Esta pluralidad de vías de impugnación y la diversidad de sujetos legitimados provoca una duplicidad de procesos que obliga al establecimiento de reglas de conexión entre las diversas vías procesales, cuando se han planteado coetáneamente, lo que se pone especialmente de relieve en la regulación de la relación entre el proceso individual del 138 y el conflicto colectivo del 151 LPL, cuando se establece que el proceso individual se suspende hasta la resolución del conflicto colectivo de impugnación de la modificación sustancial, de acuerdo con los artículos 41.4, quinto LET y 138.3 LPL, suspensión que se mantiene hasta la firmeza de la sentencia colectiva. En cambio, si el planteamiento es sucesivo y se dispone de una sentencia firme, cuando se interpone el segundo procedimiento, ésta surtirá efectos de cosa juzgada, plena o parcial en función de las personas que integraron la relación procesal¹⁹⁹⁹, como se explicará más ampliamente²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁸ Véase el Acuerdo sobre solución extrajudicial de Conflictos Colectivos (ASEC) y el Reglamento para su aplicación suscritos el 25 de enero de 1.996 (BOE de 8 de febrero), así como el Acuerdo Tripartito en materia de solución extrajudicial de conflictos laborales suscrito el día 18 de julio de 1.996 (BOE de 27 de agosto), que complementa el ASEC.

¹⁹⁹⁹ En este sentido, BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 363.

²⁰⁰⁰ Véase *infra*.

3.2. LA IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN MODIFICATIVA EMPRESARIAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 138 LPL

3.2.1. Ámbito objetivo de aplicación

A través de la modalidad procedimental introducida por la reforma laboral de 1.994 y regulada en el artículo 138 LPL se deben sustanciar los conflictos jurídicos individuales²⁰⁰¹ que se refieran a la impugnación de las modificaciones sustanciales de los artículos 40 y 41 LET instadas por el empresario, hayan sido o no negociadas colectivamente²⁰⁰², como se puede deducir del propio artículo 41.3 y 4 LET y de los artículos 59.4 LET y 138.2 LPL, que supongan para el trabajador un cambio sustancial de condiciones de trabajo con respecto a su situación anterior y que el trabajador insta con el objetivo de conseguir, en principio, la reposición en las condiciones de trabajo anteriores, aunque algunos discrepen, opinando que la admisión de la impugnabilidad individual de las modificaciones de carácter colectivo puede limitar el valor y eficacia de los acuerdos²⁰⁰³, o simplemente muestren sus reticencias²⁰⁰⁴. Igual posibilidad tiene

²⁰⁰¹ Evidentemente gozan de este mismo carácter las impugnaciones plurales resultantes de la acumulación de las acciones individuales dirigidas contra el mismo demandado a través del mismo procedimiento procesal. Sobre esta cuestión véase, p.e., MONTERO AROCA, J.: *Introducción al Proceso Laboral*, Bosch, 3ª ed., Barcelona, 1.996, pg. 209.

²⁰⁰² Este planteamiento ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia, entre otras, por la STS de 22 de enero de 1.996, Ar 4126.

²⁰⁰³ Véase MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 235, donde considera cuestionable la opción legal a favor de la impugnabilidad individual del acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, porque limita su valor y eficacia.

²⁰⁰⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit, pg. 155 y ss., señala, aunque duda acerca de la compatibilidad entre la reclamación individual y la naturaleza jurídica del acuerdo por el que se modifica un convenio colectivo, que cabe “interpretar que el legislador, pese a ser consciente de aquella singular configuración, y como consecuencia de la excepcionalidad de la

el trabajador frente a la modificación derivada de un laudo arbitral, consecuencia de un acuerdo logrado a través de la mediación, en virtud de un procedimiento extrajudicial de solución de discrepancias surgidas durante el período de consultas, que, igualmente, puede ser objeto, a su vez, de impugnación individual a través del 138 LPL²⁰⁰⁵. De esta manera y por este procedimiento el trabajador puede impugnar la modificación sustancial pactada entre los representantes y la empresa, ya sea tratando de invalidar el propio acuerdo, si considera que se adoptó contraviniendo lo preceptuado en el artículo 41 LET, como si únicamente se dirige a cambiar la aplicación del mismo a su persona.

Consecuentemente, quedan fuera del ámbito de este procedimiento aquellos cambios no susceptibles de ser calificados como modificaciones sustanciales, aunque afecten a las mismas condiciones de trabajo, pero que por no alcanzar la suficiente entidad se incluyen dentro del poder directivo empresarial, por lo que su impugnación debe tramitarse a través del proceso ordinario, sin que puedan serles de aplicación, ni siquiera con carácter analógico, las previsiones del 138 LPL²⁰⁰⁶, lo que conlleva, a pesar de la menor importancia de la modificación, que el régimen jurídico de su impugnación pueda considerarse como más favorable al trabajador que el de las modificaciones sustanciales, puesto que, además del mayor plazo para su impugnación y la posibilidad de recurso, consecuencias del uso del procedimiento ordinario, el empresario está obligado a reponer al trabajador en sus anteriores condiciones si la impugnación resulta estimada, sin que pueda hacer uso de las previsiones del 138.6 LPL que le permiten

figura, ha pretendido primar, en materia de impugnación judicial, el eventual perjuicio individual de los trabajadores afectados frente a la exclusividad de un cauce de carácter colectivo, más acorde, sin duda, con la verdadera naturaleza del acuerdo de empresa”.

²⁰⁰⁵ En esta lógica, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit, pg 268, nota 561.

²⁰⁰⁶ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: “Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional”, cit., pgs. 262 y 263; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pgs 159 y 160.

cambiar la ejecución *in natura* de la sentencia por el despido indemnizado²⁰⁰⁷. Como contrapartida, el ámbito del control judicial del poder directivo empresarial es bastante más reducido que el existente para las modificaciones sustanciales, derivado, no de la naturaleza del cauce procesal seguido, sino de la diferente regulación sustantiva de las distintas facultades empresariales²⁰⁰⁸.

Se ha dicho, con razón, que la aparente claridad expositiva del texto del 138 LPL contrasta con la envergadura de los problemas jurídico-procesales que suscita su interpretación²⁰⁰⁹, entre los que sobresale el relativo a la determinación de su ámbito material, puesto que el uso del cauce procesal adecuado es una cuestión de orden público que no puede quedar al arbitrio del demandante²⁰¹⁰, que no puede optar por otra

²⁰⁰⁷ SOUTO PRIETO, J.: “Movilidad funcional (Funciones equivalentes, inferiores y superiores)”, en AA.VV., La nueva regulación de la contratación temporal, modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo, CGPJ, 1.995, pg. 178. Es interesante el planteamiento de la STSJ de Madrid de 23 de enero de 2.002, AS 1472, donde se razona que si “los procesos en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre los que se encuentran las movilidades funcionales «fuertes o graves», carecen de acceso al recurso de suplicación a pesar de su mayor peso específico o de su mayor trascendencia en la relación jurídico-laboral, lógico es que, aplicando los sistemas de interpretación a que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil de 1881-1974, procesos en los que, sencillamente, se dilucide una cuestión atinente al artículo 39 estatutario, es decir, una cuestión de movilidad funcional «débil o leve», tampoco tengan acceso al recurso de suplicación, aunque sólo sea por el absurdo que sería admitir que una cuestión «menos importante», según el criterio del Legislador, tuviera acceso al recurso de suplicación mientras que otra «más importante», según también el criterio del Legislador (la somete a más garantías, trámites, consultas y requisitos por estimarla, sin duda, más novadora del contrato), no lo tuviera, girando, por demás, ambas cuestiones (la «más» y la «menos» importantes) sobre una temática sumamente parecida y, desde luego, incardinada en el mismo aspecto de la contratación laboral: las novaciones o cambios contractuales”. Igualmente la STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2.002, AS 4130

²⁰⁰⁸ PALOMO BALDA, E.: *Ibidem*, pg. 161.

²⁰⁰⁹ Véase ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones...*, cit., pg. 226.

²⁰¹⁰ Esta idea ha sido resaltada, entre otras, por la STSJ de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, cuando dice que “la adecuación del procedimiento es una cuestión de orden público procesal cuya observancia se

modalidad procesal más favorable para él como la ordinaria, sino que debe forzosamente acudir al 138 LPL en los casos en que así está dispuesto²⁰¹¹. En caso contrario, el juez debe declarar, de oficio o a instancia de parte, la inadecuación del procedimiento seguido, luego la nulidad de lo actuado, aunque algunos pronunciamientos apelan para no hacerlo al principio de conservación de los actos

impone a las partes y al Tribunal, de manera que la Sala ha de examinarla de oficio y sin vinculación alguna a los respectivos planteamientos de los litigantes, porque escapa a su poder de disposición y de su mayor o menor acierto en el planteamiento del trámite o recurso”, siguiendo la argumentación de la STS de 8 de julio de 1.994, Ar 7155, que se refiere a “la facultad-deber que tiene el órgano judicial de conocer aquellas anomalías producidas en el proceso que, aun, no denunciadas afectan al orden público procesal”, y que “no cabe la menor duda que todo lo relativo al procedimiento adecuado afecta al orden público, y sin que quepa admitir -dado el carácter necesario de los preceptos que lo regulan- un proceso convencional hecho a la medida de las partes o del propio órgano jurisdiccional”. En similar sentido, asimismo, las SSTS 9 de mayo de 1.998, Ar 4588, 27 de julio de 1.993, Ar 5992, y 8 de junio de 1.993, Ar 4548; Igualmente las SSTSJ de Galicia de 28 de septiembre de 1.998, Ar 3270, de 15 de junio de 2.000, y 22 de noviembre de 2.000, y de Madrid de 30 de diciembre de 2.000, AS 1400. Igualmente la STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2.000, AS 2059: “no corresponde a las partes decidir sobre el procedimiento por el que debe tramitarse una determinada pretensión al tratarse de una cuestión de orden público procesal sobre la que el juzgador de instancia, e incluso la Sala, han de pronunciarse de oficio y decidir a la vista de los hechos que resulten de las pruebas practicadas”, o la STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2.004, AS 58027, dice que “ante una impugnación individual de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo(...). El acogimiento legal a esa modalidad procesal, (resulta) obligado además, dado el carácter indisponible de la correspondencia del ejercicio de las acciones a la concreta modalidad procesal que venga legalmente prevista para cada una de ellas”.

²⁰¹¹ Véase, p.e., la STSJ de Madrid de 5 de abril de 2.000, AS 2728, en un supuesto en que se presentó la demanda como si fuera un proceso ordinario, para así acceder a la suplicación, en lugar de “la propia del artículo 138 de la LPL”, la Sala señala que tal opción procesal no es facultativa del trabajador; ello porque la modalidad procesal del artículo 138 de la LPL tiene unos límites de perentoriedad (introduce caducidad para el ejercicio de la acción, y abre una posibilidad opcional rescisoria del contrato en caso de contumacia empresarial al cumplimiento de sentencia desfavorable a sus intereses) que hacen que tal tipo de acción no sea encauzable, por propia naturaleza, en la modalidad procesal ordinaria (no urgente, sometida la acción al general plazo de prescripción y sin posibilidad de opción rescisoria del contrato) de forma tal que no cabe, en este caso, la superación de trabas procesales precisamente porque normativizan el espíritu de la Ley 11/1994”.

procesales²⁰¹², con el inconveniente de que esa declaración se producirá después del juicio oral, hecho que casi inevitablemente conllevará el transcurso del plazo de veinte días para el ejercicio de la impugnación y la caducidad de la acción²⁰¹³. Ahora bien, el problema está en conocer cuando está dispuesto que se deba accionar a través del 138 LPL, porque no todos los interpretes piensan igual, ni el texto normativo contiene previsión expresa sobre el objeto de esta modalidad procesal, aparte del hecho de que el artículo 138 LPL es el único de la sección 4ª del cap. V. titulada “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”²⁰¹⁴, lo que sin duda es una clara indicación de que el objeto natural de esta modalidad procesal se superpone al ámbito material de las previsiones de los artículos 40 y 41 LET, reguladores de los desplazamientos, traslados y modificaciones sustanciales.

²⁰¹² La STSJ de Madrid de 5 de abril de 2.000, AS 2728, señala que “la conservación de actos procesales hábiles conduce a la Sala a la solución de inadmisión del recurso frente a la posibilidad anulatoria de todo lo actuado para su remisión al cauce procesal del artículo 138 de la LPL ya que al haber seguido una vía procesal inidónea provocaría inexorablemente la caducidad de la pertinente, según amplia doctrina constitucional al respecto”. Igualmente las SSTSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2.003, AS 2.004/138, y de 24 de noviembre de 2.004, AS 58027, que admiten en la sentencia que los procedimientos ordinarios interpuestos son, en realidad, procedimientos especiales del artículo 138 LPL.

²⁰¹³ En esta lógica PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 155. Igualmente, la STS de 8 de junio de 1.993, Ar 4548, señala que la declaración de inadecuación de procedimiento “supone el incumplimiento de la exigencia de que la pretensión se sustancie necesariamente a través del proceso predeterminado en la ley, a consecuencia, a su vez, del carácter de orden público y de derecho necesario absoluto de las normas rectoras del proceso y del principio de legalidad que lo preside”.

²⁰¹⁴ Véase GARCÍA MURCIA, J.: “Comentario al art. 138”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral* (MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, Mª.N. y GALLEGO MORALES, A.J., Drs.), Comares, Granada, 2.001, pg. 839; igualmente, GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pg. 15, donde ponen de relieve el contraste con otras modalidades procesales que sí que están perfectamente delimitadas en su ámbito material.

Al no existir delimitación normativa alguna de esta modalidad procedimental, aparte de lo dispuesto en el artículo 138 LPL, una lectura apresurada puede hacer creer que a su través se podrían plantear todos y cada uno de los aspectos de esas modificaciones sustanciales. Sin embargo, esto no es así, puesto que existe una gran variedad de situaciones derivadas de la implementación de modificaciones sustanciales que pueden acabar planteándose ante la jurisdicción social y no todas ellas lo hacen a través del 138 LPL, sino que se deben presentar a través del proceso ordinario o del proceso de conflicto colectivo, al igual que se puede acudir a la modalidad de tutela de derechos fundamentales, sin olvidar aquellas otras situaciones en que el trabajador puede ejercitar las acciones rescisoria y resolutoria de los artículos 41.3, segundo, y 50.1.a) LET, que se tramitarán por el proceso ordinario.

De aquí la necesidad de precisar que la modalidad del 138 LPL sólo debe usarse para la impugnación de las modificación sustanciales y con la pretensión de volver a las condiciones contractuales anteriores. Es decir, que servirá para verificar la legalidad de la decisión modificativa, no sólo en lo estrictamente formal, como es el cumplimiento de los plazos o el seguimiento del procedimiento legalmente previsto, sino también en términos materiales o sustantivos, como la adecuación de la modificación al espíritu, finalidad y contenido de lo preceptuado en la regulación sustantiva, debiendo rechazarse por el juez cualquier otra pretensión que no verse sobre la modificación sustancial so pena de incurrir en inadecuación de procedimiento²⁰¹⁵.

Dicho de otra manera, el objeto de este proceso es, esencialmente, el análisis del fondo del problema, que es tanto como decir que se comprobará la justificación de la modificación y la conexión de razonabilidad, es decir, la relación existente entre la justificación causal de la modificación, su veracidad e intensidad, y la correlativa proporcionalidad de sus efectos modificativos, como ya se ha visto anteriormente²⁰¹⁶.

²⁰¹⁵ En esta lógica, también GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 15 y 16.

²⁰¹⁶ Sobre esta cuestión véase lo argumentado *supra*.

Pero, además de esta cuestión de fondo, también pueden y deben plantearse y analizarse otras cuestiones más formales, como el cumplimiento o no de todas las reglas previstas para el proceso de toma de decisión, individual o colectiva, es decir, las relativas al período de consulta-negociación, la existencia o no de notificación suficiente y respeto de plazo de preaviso y, finalmente, los criterios de selección utilizados para señalar los trabajadores afectados, independientemente de que su origen sea legal, convencional o contractual. En resumen, que el trabajador puede alegar para la impugnación de la modificación sustancial cualquier infracción normativa de los requisitos de forma y fondo que el empresario deba respetar para la válida adopción de la decisión modificativa²⁰¹⁷. Desde esta perspectiva, el objeto natural del procedimiento del 138 LPL se corresponde con el ámbito material de los artículos 40 y 41 LET.

En este sentido, la modalidad procesal del 138 LPL es la adecuada para la impugnación individual de las modificaciones sustanciales, con independencia de cuál sea la condición modificada, la concurrencia o no de perjuicios para el trabajador afectado, la naturaleza individual o colectiva de la modificación, la observancia o no de los requisitos formales y procedimentales del 41 LET y la existencia o no de acuerdo entre la empresa y los representantes para su adopción. Es decir, que esta modalidad es utilizable para enjuiciar la validez de las decisiones modificativas empresariales de carácter sustancial cuando el trabajador afectado las impugne²⁰¹⁸, pero no todas las modificaciones sustanciales, sino sólo aquellas que puedan considerarse incluidas en el ámbito aplicativo de los artículos 40 y 41 LET²⁰¹⁹, cuestión que ya se estudió con anterioridad, por lo que no se va a entrar ahora en ello de nuevo²⁰²⁰.

²⁰¹⁷ Igualmente DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Aranzadi, 2.001, pg. 102 y 103, y más terminantemente en pgs. 116 y 117, y ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 267 y 268.

²⁰¹⁸ Véase, en este sentido, PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 154.

²⁰¹⁹ PALOMO BALDA, E.: *Ibidem*, pg. 157.

²⁰²⁰ Sobre la extensión del concepto de modificación sustancial véase lo dicho *supra*.

Dicho de otro modo, el objeto típico de la modalidad procedimental del 138 LPL es el relativo al cumplimiento o no de los requisitos formales por parte del empresario y, en su caso, los representantes de los trabajadores, pero también la justificación de la medida de acuerdo con los parámetros legales de causas de la decisión empresarial o la impugnación directa del acuerdo alcanzado en el período de consultas²⁰²¹.

De esta manera, sólo quedarán fuera del ámbito del 138 LPL, además del ejercicio de cuantas acciones no persigan la impugnación de una modificación sustancial, aunque tengan su origen en ella, como las acciones extintivas que puede ejercer el trabajador por causa de los perjuicios que la modificación le causa *ex* 41.3, segundo y 50.1.a) LET²⁰²² o cuando la modificación no tiene encaje en el artículo 41 LET, ya sea por estar fundadas en causas distintas o porque su naturaleza es diferente a la contemplada en el referido artículo, como sucede, por ejemplo, con la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial²⁰²³ o con la reducción directa de la cuantía salarial²⁰²⁴,

²⁰²¹ Acerca del ámbito objetivo del artículo 138 LPL véase BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 360 a 363; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit, pgs. 20 y 21.

²⁰²² Sobre el ejercicio de la facultad extintiva del trabajador y la problemática que conlleva véase *supra*.

²⁰²³ Sin embargo, existen pronunciamientos que argumentan, no sin razón, como la STSJ de Cantabria de 27 de marzo de 2.000, AS 892, ante un supuesto en que a una profesora de dibujo se le reduce la jornada de 26 horas lectivas a 16, que, no obstante “la reforma del contenido del art. 12 del ET, producida por el Real Decreto-ley de 27-11-1998 (RCL 1998, 2781), entendiendo que la empresa no puede efectuar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por razones técnicas, organizativas o de producción, que afecten a la jornada de trabajo, cuando estas modificaciones determinen que se convierte un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial o viceversa, entendiendo que se procede a sacar de las facultades otorgadas al empresario por el art. 41 del ET la modificación de la jornada cuando esta modificación suponga convertir un contrato de tiempo completo en uno de tiempo parcial”. A pesar de esta modificación normativa el legislador no ha procedido “a la modificación consecuente del art. 138 de la Ley Procesal Laboral, lo que no ha ocurrido, pues dicho artículo y también el 41 del ET han permanecido, después de la reforma aludida en la redacción anterior; en consecuencia se ha producido

aunque hubiesen sido adoptadas siguiendo la justificación causal y los trámites del 41 LET²⁰²⁵ o si la modificación es resultado de una sanción disciplinaria²⁰²⁶ o de un

una modificación de normas sustantivas que no ha tenido trascendencia procesal alguna, al no haberse traducido en modificación de esta última naturaleza, pudiéndose afirmar que la modificación normativa operada, no excluye que la modificación de la jornada de la actora deba calificarse de modificación substancial de las condiciones de trabajo y que en consecuencia la demanda deducida deba acomodarse al procedimiento previsto legalmente”, puesto que “si el legislador del Real Decreto-ley mencionado hubiese querido otra cosa, lo sostenido por la parte recurrente, así lo había establecido”. En similar línea la STSJ Aragón de 8 de mayo de 2.000, (BDE 25507/2000. Rec. núm. 243/1.999), estima la caducidad de la acción que pretende la revisión de una decisión unilateral de la empresa por la que se reduce la jornada de 40 a 18,5 horas semanales, al calificarse aquélla como modificación sustancial. Igualmente admiten la impugnación a través del 138 LPL las SSTSJ de Murcia de 21 de mayo de 2.001, JUR 271881, de Aragón de 3 de julio de 2.002, JUR 227121 reducción de jornada a tiempo completo de 37,5 a 18 horas, de Castilla y León/Valladolid de 10 de enero de 2.005, JUR 33487, y de Cataluña de 16 de mayo de 2.006, JUR 271396, aunque en el supuesto enjuiciado lo rechaza, únicamente lo es por no haberse cumplimentado la tramitación del 41 LET, aceptando implícitamente la vía del 138 LPL si la decisión hubiese seguido las reglas del 41 LET.

²⁰²⁴ Como señala BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, cit., pg. 137, estas modificaciones suponen un grave incumplimiento contractual del empresario, que permiten accionar al amparo del artículo 50.1, apartado a) y c), primer inciso, LET, además, de permitir, en su caso, instar la correspondiente demanda de reclamación de cantidad. Igualmente, las SSTS, unif. de doctrina, de 18 de julio de 1.997, Ar 6354, y de 7 de 1.998, Ar 2690, resolviendo un supuesto de incumplimiento de un pacto de reducción de salarios por dos años con promesa de volver a recuperar las retribuciones anteriores pasado este tiempo, señalan que “el proceso especial regulado en el artículo en el artículo 138 LPL tiene como presupuesto (...) la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 ET”, deduciéndose de los datos antes citados que “el comportamiento de la empresa no se ajusta a las prevenciones del artículo comentado, ni en consecuencia, se justifica el procedimiento especial del artículo 138 LPL mencionado, pues se está ante un incumplimiento de lo pactado por la empresa y el recurrente, sobre reducción temporal de sus retribuciones, que no admite amparo legal [por esta vía procesal]; o como dice la STS, unif. de doctrina, de 8 de abril de 1.998, Ar 2693, en estos casos se está realmente “ante una reclamación de cantidad”.

²⁰²⁵ SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo. Aspectos procesales”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1.995, pg. 361 Y SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV.,

acuerdo entre empresario y trabajador²⁰²⁷, incluso, si están fundadas en circunstancias relativas a la disminución de la capacidad del trabajador por afectación de su salud²⁰²⁸, aunque en este caso sí cabe admitir la vía del 138 LPL, toda vez que puede ser tanto solicitada por el trabajador como impuesta por la empresa²⁰²⁹, o cuando la modificación lo es a iniciativa e interés del trabajador y no de la empresa²⁰³⁰.

Sin embargo, no todos están de acuerdo con este planteamiento, puesto que existe otra doctrina que opone a esta concepción amplia del objeto del procedimiento del 138 LPL otra interpretación más restrictiva. Desde este planteamiento reduccionista se opina, en contra de la apariencia de que el procedimiento del 138 LPL se puede utilizar frente a cualquier caso de modificación sustancial, que de la propia norma se desprende que no

El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos, Actualidad Editorial, Madrid, 1.995, cit., pg. 36; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 136 y 150.

²⁰²⁶ RÍOS SALMERÓN, B.: “Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994”, RL, núm. 2/1.994, pg. 34.

²⁰²⁷ SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 221. Igualmente las ya citadas SSTs, unificación de doctrina, de 18 de julio de 1.997, Ar 6354, y de 7 de 1.998, Ar 2690.

²⁰²⁸ SALA FRANCO, T.: “Movilidad geográfica”, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T.I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1.994, pgs. 306 a 310.

²⁰²⁹ Igualmente se plantea esta duda DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 118.

²⁰³⁰ DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 102, señala el caso en que “se aleguen razones de seguridad y salud laboral, arts. 25, 26 y 27 LPRL; o por razón de guarda y custodia de menores, mayores o discapacitados, tal como ha establecido la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral. Disposición, esta última, que incluye a su vez una modalidad procesal propia a efectos de conocer los conflictos interpretativos y de aplicación que pueda conllevar (nuevo art. 138 bis LPL).

debe ser así, puesto que el procedimiento especial del artículo 138 LPL está ubicado dentro del ámbito de los artículos 40 y 41 LET, en el sentido de haberse previsto únicamente para los supuestos de “movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, como explicita la rúbrica de la Sección 4ª del Capt. V del Tit. II de la LPL. De aquí que se haya afirmado que este procedimiento sólo podrá ser utilizado para impugnar una modificación sustancial de las previstas en los artículos 40 y 41, teniendo en cuenta que sólo se considerará como tal aquella que haya sido implementada de acuerdo con las previsiones formales y procedimentales allí señaladas²⁰³¹. Porque el artículo 41 LET “no es un precepto de alcance general sobre la

²⁰³¹ En esta lógica, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo”, REDT, núm. 117/2.003, pg. 438 y 439. Igualmente, ROMAN DE LA TORRE, Mª.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 228 y ss., declarando, además, que “esta afirmación ha sido puesto de relieve por el conjunto de la doctrina laboral”. Esta tesis se apoya en la doctrina de unificación sentada por la STS de 18 de julio de 1.997, Ar 6354, cuando afirmó que “el proceso especial regulado en el artículo 138 de la Ley Procesal Laboral tiene como presupuesto, en el caso que nos ocupa, la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del Estatuto” de lo que concluye que “de los datos que obran en las presentes actuaciones se deduce que el comportamiento de la empresa no se ajusta a las prevenciones del artículo comentado, ni en consecuencia, se justifica el procedimiento especial del artículo 138 mencionado”. Esta doctrina ha sido seguida por el Tribunal Supremo, existiendo una consolidada doctrina de unificación en esta línea, como la mantenida por las SSTS de 8 de abril de 1.998, Ar 2693, de 7 de abril de 1.998, Ar 2690, 8 de abril de 1.998, Ar 2693, 11 de mayo de 1.999, Ar 4721, o 7 de abril de 2.000, Ar 2690, cuando dice que “no cabe hablar, desde un plano formal y a efectos de una posible caducidad de la acción, de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por más que la medida sí pueda implicarla en el fondo”, puesto que la modificación se ha llevado a cabo sin respetar los requisitos exigidos por el artículo 41 LET, de manera que “el proceso especial regulado en el artículo 138 de la Ley Procesal Laboral tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”.

Igualmente, entre otras, la SSTSJ de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, es muy expresiva cuando señala que “considerar, en un supuesto como el presente en que están ausentes todos los requisitos de forma, que la acción ejercitada debe seguir los trámites del art. 138 LPL y está afectada por la caducidad supondría: A) Utilizar indebidamente una modalidad procesal a la que sólo cabe acudir, dada su especificidad frente al proceso ordinario, cuando se impugne una auténtica modificación sustancial (...). B) Hacer una interpretación extensiva de un instituto tan severo como es el de la caducidad (...). C) Cercenar definitivamente el derecho del trabajador no sólo a acceder al proceso, sino posiblemente

modificación de las condiciones de trabajo, sino una norma sobre supuestos de modificación concretos y sobre instrumentos modificativos específicos”, con independencia de que existan, además, “otras especies de modificación de condiciones de trabajo” y “otras vías o cauces para la adaptación de la relación individual de trabajo a nuevas circunstancias”²⁰³². La idea esencial es que sólo son modificaciones sustanciales las implementadas de manera formalmente correcta siguiendo los preceptos del 40 y 41 LET y sólo en cuanto tales pueden ser impugnadas por la modalidad del 138 LPL²⁰³³, quedando para la impugnación de las demás modificaciones el procedimiento ordinario, que, además del plazo de un año para su interposición, permite el acceso al recurso de suplicación y la ejecución *in natura* de la sentencia, cuestiones cuya importancia se analizará más adelante. Por otra parte, llama la atención que este razonamiento, extremadamente restrictivo, no se haya pretendido hacer con respecto al despido, que es una vicisitud mucho más grave en la vida del contrato.

De esta manera, quedarían fuera del ámbito del 138 LPL, aquellos supuestos de modificación que no se acomoden exactamente a las previsiones de los artículos 40 y 41 LET²⁰³⁴, como sucede con aquellas modificaciones que, aunque sean sustanciales, no

también, por razón de la perentoriedad del plazo, el de ejercitar la opción que le reconoce el art. 40.3 del Estatuto de los Trabajadores. Y D) Primar indebidamente una conducta patronal cuando menos irregular, y que podría incluso incurrir en fraude de ley, si es que la empresa adopta la modificación sin garantía alguna para los trabajadores, con la finalidad de enervar su derecho a reclamar frente a ella, por mor de una supuesta caducidad que sólo cabe esgrimir si previamente se cumple con las exigencias formales que impone el art. 41». Con similar argumentación la STSJ de Andalucía/Granada de 28 de enero de 2.003, AS 766.

²⁰³² MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...”, pg. 180; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 156. En esta lógica, asimismo, la STJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 1.994, Ar 4026, señala que el artículo 41 LET prevé un régimen para la modificación sustancial de condiciones de trabajo adquiridas por el trabajador.

²⁰³³ En esta lógica, entre otras, la STS de 17 de junio de 1.998, Ar 5406.

²⁰³⁴ Véase, p.e., la STS 18 de julio de 1.997, Ar 6354, que ante un supuesto de reducción salarial, después

han sido decididas ni implementadas de acuerdo con las formalidades contenidas en esas previsiones normativas, debiéndose, en estos casos, sustanciarse la impugnación de estas modificaciones por medio del procedimiento ordinario²⁰³⁵.

de decir que debía haberse llevado a cabo por los trámites del artículo 41 LET, al no existir notificación formal al trabajador concluye “que no es aplicable el artículo 41 citado del Estatuto de los Trabajadores que justificaría, a su vez, el seguimiento de la vía procesal del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

²⁰³⁵ Es muy clarificadora en este sentido la STS de 11 de mayo de 1.999, Ar 4721, cuando dice que “el proceso especial regulado en el artículo 138 de la Ley Procesal Laboral tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (...).De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto: apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales, no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art. 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad”. Mantienen igual doctrina las SSTS, unif. de doctrina, de 18 de julio de 1.997, Ar 6354, de 7 de abril de 1.998, Ar 2690, de 8 de abril de 1.998, Ar 2693, de 11 de mayo de 1.999, Ar 4721, de 27 de diciembre de 1999, Ar 2029, 18 de septiembre de 2000, Ar 8333, 20 de abril de 2000, 6 de marzo de 2001, Ar 2836, 15 de enero de 2001, Ar 770, entre otras, y que ha sido reiterada modernamente por la STS de 10 de octubre de 2.005, Ar 8484, recordando que “no cabe hablar, desde un plano estrictamente formal y a efectos puramente procesales (por ejemplo la caducidad) de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por mas que la medida si pueda implicarla en el fondo, cuando la empresa no cumple con los requisitos de forma, puesto que el proceso especial regulado en el art. 138 LPL “tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del ET””.

En idéntica lógica se pronuncia la STSJ de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, al decir que “la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del art. 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del art. 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el art. 59.4 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra

De acuerdo con esta lógica restrictiva, que no se comparte, sólo pueden conocerse por la vía procesal del 138 LPL las cuestiones planteadas acerca de la justificación o injustificación causal de la modificación, los conflictos sobre las preferencias de los trabajadores afectados y sobre la elusión de las normas de procedimiento de modificaciones colectivas o cuando se han realizado modificaciones sustanciales individuales en fraude de ley para evitar la tramitación colectiva, siempre que se hayan cumplido las exigencias formales del 40 y 41 LET, remitiéndose los demás supuestos de impugnación al proceso ordinario²⁰³⁶. La principal consecuencia de este planteamiento es que se remite al proceso ordinario la impugnación de todas aquellas modificaciones sustanciales que se han implementado incumpliendo los requisitos procedimentales y formales que para su adopción se han previsto en el 41 LET. Esta posición, como ya se ha expuesto, es la defendida por el Tribunal Supremo y seguida mayoritariamente por los Tribunales Superiores de Justicia, argumentando que las modificaciones que no se adopten y notifiquen como tales deben remitirse al proceso ordinario, entre otras cosas porque difícilmente pueden impugnarse unas causas que no se conocen²⁰³⁷.

Esta tesis restrictiva se basa, para los supuestos de modificaciones individuales, esencialmente, en dos ejes argumentativos interconectados: uno, la falta de notificación de la modificación, de la que se deduce el segundo, la falta de causalidad, ya sea de la mera inexistencia de notificación o de la ausencia de especificación de las razones justificativas de la misma.

estará sometida a plazo de caducidad”. Igualmente las SSTSJ de Aragón de 26 de septiembre de 2.001, AS 3321, de Cataluña de 10 de abril de 2.003, JUR 138230, de Madrid de 19 de octubre de 2.004, AS 3391, de Aragón de 23 de marzo de 2.005, JUR 103191, y de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092.

²⁰³⁶ En este sentido, véase BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 147.

²⁰³⁷ Igualmente en esta lógica PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 152. Véase, entre otras muchas, las SSTS de 10 de abril y 18 de septiembre de 2.000, Ar 3523 y 8333.

En cuanto a la falta de notificación debe partirse de la libertad de forma de ésta, aunque defendamos la conveniencia de que se haga por escrito, precisamente para evitar este problema, toda vez que el 41 LET sólo se refiere a que se debe notificar la modificación al trabajador afectado. De aquí que se pueda afirmar que de la existencia de unos hechos concluyentes, como la presencia de una orden concreta y puntual o una sucesión de órdenes expresas y actos que modifiquen las condiciones en que se desarrollaba el trabajo, se deba deducir que se ha impuesto una modificación sustancial, salvo aquellos casos en que sea el trabajador quién haya solicitado ese cambio de condiciones.

Más problemático todavía es alegar la falta de causalidad de la modificación para soslayar el procedimiento especial del 138 LPL, ya sea *per se* o derivándola de la falta de notificación o de su insuficiencia. La dificultad para aceptar este planteamiento deriva de que sólo puede afirmarse la acausalidad de la modificación después de que en el correspondiente proceso judicial así se haya declarado, no *a priori* y por la libre apreciación del afectado o deducible de la falta de notificación expresa.

Porque parece razonable pensar, como se ha dicho, que, aún con la falta de notificación formal, estamos ante una modificación sustancial siempre que ésta se base realmente en las causas justificativas del artículo 41 LET y el cambio tenga la suficiente entidad, con independencia de que tras su enjuiciamiento la modificación sea convalidada o no, o del motivo que provoque su rechazo, porque existe modificación sustancial para el trabajador cuando sus condiciones laborales sufran un cambio de entidad por decisión unilateral del empresario, sin que sea obstáculo el que éste actúe o no dentro de su ámbito organizativo. En este sentido, la existencia de modificación sustancial es una realidad objetiva, no únicamente una categoría jurídica, que debe impugnarse por el procedimiento legal previsto para que el trabajador disconforme con esa modificación contractual a que ha sido sometido pueda acudir a al jurisdicción, que no es otro que el del 138 LPL y sólo tras la impugnación se podrá conocer si la modificación emprendida es o no conforme con la normativa aplicable, obteniendo de acuerdo a ello la calificación y los efectos que correspondan.

En una lógica similar puede entenderse que si la modificación dispone de una adecuada fundamentación causal no existe incumplimiento legal suficiente para romper el nexo que lleva del artículo 41 LET al 138 LPL, mientras que si esta fundamentación causal no concurre, la impugnación sí debe encauzarse a través del proceso ordinario, porque la regulación de los artículos 41 LET y 138 LPL tiene como nexo de unión la existencia de una modificación sustancial causada por la existencia de unas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin que deba presumirse que toda modificación se basa en estos motivos, al poder existir otros, como una decisión arbitraria del empresario, lo que la convierte en acausal, en cuyo caso sí debe excluirse de la tramitación del 138 LPL²⁰³⁸. A este modo de pensar sólo se le puede hacer un reproche, que ya ha sido avanzado y que es suficiente para descartar su utilización real: que la ausencia de causalidad en la modificación no se puede deducir *a priori* por el trabajador afectado, sino por el juez de instancia tras la sustanciación del proceso de impugnación.

Esta argumentación restrictiva sólo se sostiene, sin apoyo legal alguno, desde una concepción quizás excesivamente tuitiva y conservadora del Derecho del trabajo, buscando reducir el ámbito de discrecionalidad empresarial en detrimento de la flexibilidad y adaptabilidad organizativa inspiradora de la reforma laboral de 1.994²⁰³⁹, puesto que, ya sea a través de la modalidad específica del 138 LPL o por el proceso ordinario, las causas y razones que hay que probar siguen siendo las mismas y no se ve diferencia alguna en el tratamiento legal de fondo, salvo, eso sí, la mayor amplitud del plazo de impugnación, 20 días de caducidad en la modalidad del 138 o un año de prescripción en el proceso ordinario y la posibilidad de acceso al recurso de suplicación, vedado en el proceso especial. Por eso, la admisión de esta tesis por la doctrina científica y judicial parece configurarse como una sanción al empresario por su

²⁰³⁸ Véase PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 158, donde señala que no deben aplicarse en este caso las reglas del 138 LPL, “que se encuentran completamente ajustadas al carácter causal de la decisión empresarial y a la específica naturaleza de las causas que amparan la decisión empresarial”.

²⁰³⁹ Con una opinión similar, DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pgs. 104 y 105.

informalidad en el procedimiento modificativo, en lo que es, evidentemente, una extralimitación interpretativa, puesto que, como se verá más adelante, ya la norma prevé la sanción correspondiente a ese modo de actuar a través de la declaración de injustificación de la modificación emprendida. Pero, incluso aceptando la diversidad de vías de impugnación, alguna doctrina mantiene que el plazo para su ejercicio ha de ser siempre el de caducidad del 59,4 LET²⁰⁴⁰, planteando una vía intermedia, que realmente viene a desmontar el planteamiento restrictivo, puesto que la verdadera ventaja de éste consiste en la naturaleza y duración del plazo de prescripción, al considerar que no se está ante una verdadera modificación sustancial y que, por tanto, no es aplicable el plazo de impugnación de 20 días del 59.4 LET.

En contra de esta interpretación limitativa del ámbito material del procedimiento del 138 LPL se puede argumentar, además, que si éste se ha previsto para la impugnación de aquellas modificaciones que tengan naturaleza sustancial, ésta no depende de que su ejecución se haya realizado cumpliendo exhaustivamente los requisitos formales y procedimentales de los artículos 40 y 41 LET, sino de que la condición modificada y la entidad de la modificación sean las previstas en la norma legal, que no hace distinción alguna entre las modificaciones en función de si cumplen o no esos formalismos para considerarlas sustanciales²⁰⁴¹. De aquí que, si las normas procesales tienen carácter de normas de orden público, como se ha visto, y si la norma sustantiva reguladora de las modificaciones sustanciales no hace tampoco distingo alguno, no se pueda diferenciar el cauce procesal para la impugnación de una modificación sustancial en función del respeto o no de las exigencias del 41 LET, porque la modificación es sustancial si la naturaleza y entidad del cambio lo es y si se imponen a iniciativa del empresario y sin contar con la aquiescencia del trabajador afectado, no porque se hayan respetado o no

²⁰⁴⁰ PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 159, siguiendo la doctrina de la STS de 6 de mayo de 1.996, Ar 4379, entiende que el plazo de caducidad de 20 días del 59.4 LET debe aplicarse incluso si la empresa no ha notificado de forma expresa al trabajador su decisión modificativa.

²⁰⁴¹ Para el concepto de modificación sustancial véase lo dicho *supra*.

determinadas formalidades, y la modalidad del 138 LPL está prevista para la impugnación de las modificaciones sustanciales. En definitiva, que basta que se pueda interpretar que se están ejercitando por la empresa los poderes modificativos de los artículos 40 y 41 LET para que se deban impugnar esos cambios por medio del proceso del 138 LPL. Cuestión distinta es que una vez enjuiciados reciban la calificación de improcedentes o nulos, en función del tipo de incumplimiento que haya concurrido en su sustanciación.

Por otra parte, esa visión restrictiva del ámbito del 138 LPL deja un amplio margen a la iniciativa del demandante para determinar el cauce procesal que seguirá su impugnación, elección que dependerá de su interpretación acerca de si la modificación sustancial se ajusta o no a lo preceptuado en el artículo 41 LET, lo que parece contrario a ese carácter imperativo de la normativa procesal que se ha señalado.

Evidentemente, el demandante siempre debe hacer una elección entre las diversas alternativas procesales a su alcance, pero debe hacerlo en base, primeramente, a criterios estrictamente jurídicos y, en segundo lugar, elegir el que le sea más beneficioso de entre las diversas posibilidades. En cambio, en el caso que nos ocupa, parece que la exclusión del ámbito material del 138 LPL de las modificaciones sustanciales realizadas sin sujeción estricta a los criterios formales del 41 LET, lo que parece primar es una opción contraria al espíritu de facilitación de la flexibilidad interna de la empresa, en línea, por otra parte, con bastantes otros pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que se mantienen anclados en planteamientos ideológicos anteriores a la reforma de 1.994, ya criticados, que rigidificaron e imposibilitaron cualquier interpretación minimamente flexibilizadora de la normativa anterior a la reforma de 1.994²⁰⁴².

La admisión de un planteamiento u otro no carece en absoluto de importancia, al contrario, puesto que si se opta por el concepto amplio, el ejercicio de la acción impugnatoria dispondrá del plazo de 20 días de caducidad señalado en el 138 LPL y la

²⁰⁴² Sobre esta cuestión véase lo dicho *supra*.

sentencia será irrecurrible, mientras que si aceptamos el planteamiento restrictivo, en bastantes ocasiones la acción se podrá ejercitar, ex 59.1 LET, durante un año, el plazo será de prescripción y se podrá acceder al recurso de suplicación.

Sin embargo, dejar al demandante la elección del procedimiento para la impugnación presenta el inconveniente de que un error en el momento de la opción puede conllevar la caducidad de la acción de impugnación²⁰⁴³ o la declaración de nulidad de lo actuado²⁰⁴⁴, lo que viene a ser lo mismo, teniendo en cuenta que el demandante tiene la carga de la elección correcta del cauce procesal que sigue²⁰⁴⁵, salvo que admitamos la posibilidad de conversión del proceso una vez iniciado éste, lo que no parece correcto²⁰⁴⁶, aunque

²⁰⁴³ Este es el supuesto que se recoge en la STSJ Andalucía/Sevilla de 17 de noviembre de 1.998, AS 4470, donde, ante un modificación de jornada adoptada por el empresario preavisando al trabajador con sólo tres días de antelación a su efectividad, impugnada por los trabajadores afectados a través del procedimiento ordinario, la Sala considera que debía haberse seguido la modalidad del 138 LPL, aunque entra a resolver y estima la caducidad de la acción por haberse ejercitado extemporáneamente. Igualmente la STSJ de Madrid de 13 de mayo de 1.997, AS 1739.

²⁰⁴⁴ Véase, p.e., la STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2.003, JUR 178131, donde se declara de oficio la inadecuación de procedimiento y, por tanto, la caducidad de la acción, por haber planteado la impugnación por el procedimiento ordinario habiendo transcurrido el plazo de veinte días; igualmente STSJ de Extremadura de 24 de febrero de 1998, AS 922, donde se estima la inadecuación del procedimiento ordinario seguido por el trabajador, entendiéndose que se está ante una modificación sustancial incardinable en el artículo 41 LET, por lo que se debía haberse sustanciado la impugnación por la modalidad procesal del 138 LPL. Igualmente la STSJ de Madrid de 13 de mayo de 1.997, AS 1739, declara la nulidad de la sentencia de instancia que había estimado una demanda por el proceso ordinario sobre reclamación de cantidad y mantenimiento de turnos de trabajo unilateralmente suprimidos por la empresa sin atender al procedimiento del artículo 41 ET, al entender la Sala que el procedimiento adecuado era el establecido en el 138 LPL, presentando, además, la demanda en el plazo de veinte días de la notificación de la decisión modificativa.

²⁰⁴⁵ BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg 448, señalan que esta elección “se trata de un motivo de orden público procesal, apreciable por el TS de oficio, con el tratamiento procesal correspondiente”. En similar sentido ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 228.

²⁰⁴⁶ Señala ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg.

para algunos sea posible²⁰⁴⁷, o confiar al juez la rectificación de la selección del proceso en el trámite de subsanación de errores de la demanda *ex* 81 LPL, que no parece siempre válida, sin que pueda admitirse en modo alguno el ejercicio simultáneo de la acción en distintos procedimientos, posibilidad que podría excepcionarse de litispendencia. En cualquier caso, este riesgo ha de correrlo el demandante, aún

231, que no le parece posible la reconversión del procedimiento tras llegar a la conclusión, una vez analizado el fondo del asunto, de que correspondía haberlo tramitado como modificación sustancial por el 138 LPL o si ésta no lo era por el proceso ordinario. Con similar planteamiento, la STSJ de Cantabria de 27 de marzo de 2.000, AS 892.

²⁰⁴⁷ Mantiene este planteamiento CRUZ VILLALÓN, J.: “La modificación...”, cit., pg 251, con base en la doctrina de la STS de 13 de julio de 1.993, Ar 5673, admitiendo la conversión, incluso de oficio, por el mismo Tribunal, como se hace en esa sentencia cuando admite la tramitación de una demanda por la vía del conflicto colectivo, aunque fue presentada como de tutela de libertad sindical, en lugar de decretar la nulidad de actuaciones, “en virtud del principio de economía procesal”.

Con similar planteamiento véase la STSJ la STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2.003, AS 2.004/138, dice que “pese a que en el momento del juicio oral se vino a argumentar que el procedimiento era el ordinario, es lo cierto que, fuera de tal «voluntarismo de parte», se está, por naturaleza, en presencia de un supuesto enmarcable en el procedimiento especial del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pues las cosas son lo que son y no es posible supeditar cuestiones de orden público procesal al deseo de una parte”, al igual que la STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2.003, JUR 138230, afirmando que “al margen de la calificación o denominación que los demandantes quieran darle, no cabe duda de que tanto la cuestión litigiosa que enfrenta a las partes como el procedimiento seguido por los actores son propios de la modalidad a que se contraen el aludido art. 138 de la L.P.L.”, admitiendo, en consecuencia, que la impugnación interpuesta por una vía procesal se termine por otra.

Igualmente la SSTSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2.004, AS 58027, STSJ de Madrid de 5 de abril de 2.000, AS 2728, y de Cataluña de 20 de marzo de 2.000, AS 2059, que apelan a la doctrina del Supremo sentada en las SSTS de 26 de marzo de 1.983, Ar 1983, de 2 de julio de 1.983, Ar 3706, de 5 de mayo de 1.984, Ar 2042, y 9 de junio de 1.984, Ar 3309, para recordar “que las normas procesales, pese a su carácter de orden público y de derecho necesario o indispensable, han de interpretarse con criterio espiritualista y jamás como obstáculo solutorio superando formalismos y buscando interpretaciones jurídicas sólidas”.

admitiendo un cierto margen de discrecionalidad²⁰⁴⁸, pero teniendo en cuenta que habrá de atenderse prioritariamente a la apariencia de modificación sustancial que el empresario dé a su orden modificativa, especialmente si encaja en las previsiones normativas del 41 LET. En estos casos habrá que acudir, necesariamente, al 138 LPL, aunque posteriormente, en su sustanciación, se concluya que la modificación no es sustancial²⁰⁴⁹. En cualquier caso, es necesario que la respuesta judicial atienda a las singularidades de estas impugnaciones, en las que la proximidad e interferencias entre las categorías sustantivas y procesales exigen una actuación que, en caso de duda, satisfaga materialmente la petición que se hace al órgano judicial.

3.2.2. Características del procedimiento del artículo 138 LPL

3.2.2.1. Sumariedad y urgencia

Este procedimiento tiene la consideración de preferente y sumario, según declara el artículo 138.4 LPL, con la pretensión de que la impugnación pueda ser resuelta antes de que finalice el preaviso empresarial y se pueda evitar que una modificación injustificada o nula acabe surtiendo efectos.

Esta sumariedad y preferencia, que es absoluta frente a todos los asuntos que se estén tramitando en el juzgado, salvo los procesos de tutela de derechos fundamentales del 175 y ss. LPL y de conflictos colectivos de los artículos 151 y ss. LPL²⁰⁵⁰, se muestra en

²⁰⁴⁸ Señala CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, que el riesgo que corre el demandante tampoco es tan grande si se admite, como hace, la posibilidad de conversión del procedimiento. A su vez, ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pg. 231 y 232, señala que el trabajador, cuando no le ha sido notificada formalmente la modificación, no tiene que asumir los riesgos inherentes a la elección de procedimiento.

²⁰⁴⁹ En esta lógica, véase, p.e., la STS de 17 junio de 1.998, Ar 5406.

²⁰⁵⁰ El artículo 157 LPL señala, con respecto al proceso de conflicto colectivo que “la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical

varios aspectos: de un lado, en la obligación de señalar la vista oral dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda; de otro, en la ejecutividad inmediata de la sentencia, contra la que no cabe recurso alguno, como preceptúa el 138.4, segundo, LPL. Sin embargo, esta pretensión de sumariedad se quiebra, al menos en parte, si observamos, de entrada, que esta modalidad procesal no está excluida de la exigencia de conciliación previa, aunque el artículo 138.1 LPL señale que el proceso se inicia con la demanda, porque el 64 LPL no incluye entre los exceptuados de este requisito el procedimiento del 138 LPL²⁰⁵¹, lo que va a producir, en la práctica, una demora cercana al mes en la interposición de la demanda. Además, el plazo para dictar sentencia pasa de cinco días, en el proceso ordinario, a diez días, en lo que es una ampliación que no tiene lógica dentro de esa pretendida sumariedad y urgencia, por lo que ha sido criticado con razón²⁰⁵², aunque alguna doctrina la ha justificado con el argumento de que compensa en cierta forma la carencia de recurso de suplicación, no se sabe bien de que manera, y por la “complejidad del objeto del proceso ligado a cuestiones económicas y técnicas”²⁰⁵³.

y demás derechos fundamentales”.

²⁰⁵¹ Ponen de relieve esta cuestión PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 386; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial...”, cit., pg. 47; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 271.

²⁰⁵² MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, pg. 465, dice a este propósito que esta ampliación lo es “sin justificación alguna”; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 35, consideran este plazo razonable si se cumple, junto con los demás, de manera rigurosa; en similar sentido se pronuncian SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit, pg. 271, o DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 153, cuando dice que tal dilación supone una contradicción en un proceso caracterizado por su preferencia y brevedad.

²⁰⁵³ En este sentido, véase SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 230.

No obstante, se puede afirmar que ésta ampliación del plazo supone una contradicción del proclamado principio de preferencia y brevedad²⁰⁵⁴, salvo que opinemos, como ha hecho alguna doctrina, que el plazo de diez días del 138.4 no es tan extenso si se refiere a que la sentencia habrá de ser dictada en ese plazo desde la interposición de la demanda²⁰⁵⁵, entendiéndose así que si el acto del juicio oral se señala dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda y la sentencia debe dictarse en el plazo de diez días desde su admisión, en realidad se está manteniendo el plazo común de cinco días, porque el 138.4 *in fine*, sólo dice que la sentencia “deberá ser dictada en el plazo de diez días”, sin más especificación²⁰⁵⁶, por lo que, en principio, puede considerarse lógica y admisible, aunque no para todos²⁰⁵⁷, argumentándose que en la modalidad procesal del 133 LPL, para la impugnación de la resolución administrativa denegatoria del registro de las actas de elecciones a representantes, con la misma redacción, el plazo para dictar sentencia es de tres días²⁰⁵⁸, lo que ya vuelve materialmente imposible la interpretación anterior que cuenta desde el día de admisión de la demanda, aparte de que si acudimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en lo no previsto en la Ley de Procedimiento Laboral, encontramos que tanto en el juicio

²⁰⁵⁴ Igualmente ALFONSO, C.L., CARRATALÁ, J.L. y MORRO, J.L.: *La reforma del proceso laboral*, Tirant lo Blanch, 1.994, pg. 51, y DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso Especial de Modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 153.

²⁰⁵⁵ Véase GARCÍA MURCIA, J.: “Comentario al art. 138”, cit., pg. 845, donde señala que los diez días “habrán de computarse, en buena lógica, a partir de la fecha de admisión de la demanda, pues de otro modo se prolongaría indebidamente el plazo general de cinco días desde la conclusión de la vista establecido por el artículo 97.1 LPL”.

²⁰⁵⁶ En esta lógica, ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.Mª. : *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 11 ed., 2.001, pg. 237.

²⁰⁵⁷ En contra, p.e. DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 153.

²⁰⁵⁸ El artículo 136 señala que “la sentencia, contra la que no cabe recurso, habrá de dictarse en el plazo de tres días”.

ordinario como en el juicio oral los plazos para dictar sentencia se cuentan siempre a partir de la terminación del juicio y la vista oral²⁰⁵⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que se hubiera conseguido un proceso más urgente si se hubiera suprimido la exigencia de conciliación y de reclamación previas²⁰⁶⁰, puesto que se mantiene la posibilidad de conciliación judicial previa al inicio del juicio oral, lo que no se concilia bien con esa pretendida sumariedad y urgencia, al igual que sucede con “la prejudicialidad de los conflictos colectivos con la misma causa de pedir, o con el propio objeto de la litis que a veces exige pruebas periciales incluso para mejor proveer”²⁰⁶¹.

En cambio, sí coadyuva a la pretendida sumariedad y urgencia la consideración del mes de agosto como hábil para su tramitación.

3.2.2.2. La irrecurribilidad de la sentencia de instancia

Igualmente, debe criticarse la imposibilidad de que la sentencia recaída en instancia pueda ser recurrida en suplicación, como se preceptúa en el 138.4 LPL, cuando dice que la sentencia “no tendrá recurso y será inmediatamente ejecutiva”, lo que conduce a que pueda entenderse, en principio, que la ejecución de estas sentencias nunca podrá plantearse provisionalmente²⁰⁶². Sin embargo, alguna doctrina, alegando que el artículo

²⁰⁵⁹ Cfr. el artículo 434.1 de la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: “La sentencia se dictará dentro de los 20 días siguientes a la terminación del juicio”, para el juicio ordinario, y el 447.1: “se dará por terminada la vista y el Tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes”.

²⁰⁶⁰ Igualmente ALFONSO C.L., CARRATALÁ, J.L. y MORRO, J.L.: *La reforma...*, op. cit., pg. 51..

²⁰⁶¹ Igualmente, en este sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 465, donde concluye diciendo que “no se entiende muy bien la urgencia y preferencia que se le ha querido dar”.

²⁰⁶² Véase CÁMARA BOITÍA, A.: “Tutela judicial efectiva, ejecución provisional en procesos de

189.1 LPL, donde se enuncian los supuestos irrecurribles, no contiene expresamente esta prohibición con referencia a los procesos por modificaciones sustanciales, opina que sería posible interponer recurso de suplicación²⁰⁶³, lo que es rechazado terminante y unánimemente por la jurisprudencia, manteniendo que las sentencias de los procesos de impugnación individual de supuestos de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales a través del procedimiento del 138 LPL no son susceptibles de suplicación²⁰⁶⁴, existiendo incluso algunos pronunciamientos que extienden la

modificación sustancial de condiciones de trabajo antes de la Ley 11/1994 y limitación temporal del fallo judicial”, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, dirs.), t. XIV, ref. 949, *Civitas*, Madrid, 1.997, a propósito del comentario de la STC. 87/1.996, de 21 de mayo (BOE de 21 de junio de 1.996). Igualmente en contra de la ejecución provisional GODINO REYES, M. y SAGARDOY SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pg. 57. En contra, defendiendo la posibilidad de ejecución provisional en caso de recurso, véase PALOMO BALDA, E.: “Modificación...”, cit., pg. 184.

²⁰⁶³ En esta lógica, RIVERO LAMAS, J.: “Aspectos relacionados con la movilidad funcional, y geográfica...”, cit., pg. 85. Igualmente la STSJ de Valencia de 13 de marzo de 1.997, AS 1132. A este propósito, CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, Aranzadi, Pamplona, 1.996, pg. 150, citando la STS de 21 de enero de 1.994, Ar 360, referida al proceso de clasificación profesional, señalan que podría considerarse de carácter absoluto la exclusión del recurso cuando viene señalado expresamente, como sucede aquí.

²⁰⁶⁴ Véanse, entre los más recientes, la STS de 6 de octubre de 2.005, RJ 7182 y las SSTSJ de Madrid de 4 de junio de 1.998, AS 2697, STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 1.999, AS 718, STSJ de Madrid de 5 de abril de 2.000, AS 2728 STSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2.000, AS 1400; de Cataluña de 20 de marzo de 2.000, AS 2059, de 22 de abril de 2.002, AS 8702, de 29 de septiembre de 2.005, AS 3756, y especialmente la de 10 de abril de 2.003, JUR 138230, cuando dice que: “la cuestión litigiosa que enfrenta a las partes como el procedimiento seguido por los actores son propios de la modalidad a que se contraen el aludido art. 138 de la L.P.L. en la que, conforme a la misma normativa en la sentencias que recaigan no permite el legislador la viabilidad ni posibilidad de interposición de recurso de suplicación como argumentara ya la Sala en su sentencia de 29 de marzo de 1996”; de Asturias de 7 de marzo de 2.003, JUR 175806; de Murcia de 24 de noviembre de 2.003, AS 2.004/138, que dice: “como el legislador no ha otorgado recurso de suplicación, a casos como el presente, la Sala así debe acordarlo”, o la STSJ de Cantabria de 27 de marzo de 2.000, AS 892: “formula la oportuna demanda acomodándose al procedimiento adecuado para ello y que es el de «movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», como lo son las que afectan a la «jornada de trabajo», solicitando el auxilio

irrecurribilidad a los supuestos de impugnación de las modificaciones funcionales del 39 LET llevadas a cabo a través del *ius variandi*, entendiéndola absurda con toda razón, como ya se ha dicho, la situación creada por esa falta de sintonía, lógica interna y coordinación entre los preceptos que regulan las diversas modificaciones individuales y su impugnación judicial, unas, las de menor entidad siempre a través del procedimiento ordinario, con acceso a la suplicación, y otras, las modificaciones sustanciales, por definición más graves para el trabajador, por medio del 138 LPL que lo tiene vedado²⁰⁶⁵.

judicial, procedimiento que debe observarse en todos sus extremos y entre ellos en el relativo a la circunstancia de que la sentencia que recaiga no tendrá recurso”, y la STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2.004, AS 58027, y de 24 de noviembre de 2.003, AS 2.004/138, siguiendo la doctrina de la sentencia de 21 de mayo de 2.001, JUR 271881, afirman que “el artículo 138,4, segundo párrafo de la Ley Procesal Laboral de 7-4-95 señala que la sentencia que se dicte en la modalidad procesal que se regula en ese precepto, de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo, no tendrá recurso. Pese a que no se repite esa exclusión, del acceso a recurso, en el artículo 189, 1 de la citada norma procesal, la dicción del precepto es tan clara que, de conformidad con el artículo 3,1 del Código Civil, no ofrece duda de clase alguna, interpretado de acuerdo con el sentido propio de sus palabras”.

²⁰⁶⁵ Véanse, en esta lógica, las SSTSJ de Madrid de 23 de enero de 2.002, AS 1472, y de 11 de octubre de 2.002, AS 4130, afirmando que “es claro, por tanto, que tales procesos no pueden alcanzar el grado de suplicación, como tampoco lo puede alcanzar el proceso ordinario en el que se dilucide una cuestión atinente a la movilidad funcional «ex» artículo 39 estatutario, pues, como ya hemos visto y argumentado, este precepto es considerado por el propio Legislador como de «menor calado sustantivo» que la movilidad funcional que implique modificación sustancial de condición de trabajo, materia en la que no cabe recurso de suplicación como acabamos de ver, si no cabe en lo más, no cabe en lo menos, tesis ésta que tiene, además, su aval indirecto en las decisiones reiteradas de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a propósito de la irrecurribilidad en suplicación de los procesos en materia de clasificación profesional, acumulada o no a reclamación de cantidad basada en igual «factum» y sea ésta superior o no a 300.000 pesetas. Y de la misma manera no cabe tampoco argumentar, para lograr el acceso a la suplicación, que no estamos ante una modificación de las condiciones sustanciales de trabajo «ex» artículo 41 estatutario, sino ante una aplicación del poder de dirección empresarial que, sin llegar a producir una modificación de «gran calado», sí que provoque una de «mediano o pequeño calado», pues lo más no alcanza valor suficiente en la mente del Legislador para darle acceso al recurso de suplicación, lógico es que lo menos tenga igual tratamiento de inaccesibilidad al mencionado recurso”. Igualmente MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Acceso al recurso de suplicación”, RL 8/2008, pgs. 28 y 29.

Esta unanimidad se mantiene una vez que se ha aceptado que la impugnación de la modificación individual se debe hacer por la vía del 138 LPL, porque aquí, precisamente en la aceptación o no a trámite de los recursos de suplicación, es donde se manifiesta, esencialmente, la diferente concepción de lo que se deba entender como modificación sustancial individual a efectos procesales. Es decir, aquí, junto con la cuestión de la caducidad del plazo, es donde se muestra la importancia de aceptar o no la concepción restrictiva del ámbito objetivo del procedimiento del 138 LPL, porque aquellos que la aceptan entienden que si no se han cumplido los requisitos formales del 41 LET, aunque realmente estemos ante una modificación sustancial, la sentencia de instancia siempre podrá ser recurrida en suplicación, sin distinguir si la sustanciación procesal lo ha sido por la vía ordinaria o por la modalidad especial²⁰⁶⁶.

En cambio, otros²⁰⁶⁷ opinan, con razón, que la irrecurribilidad debe entenderse únicamente referida al fondo del asunto, siendo posible, en cambio, recurrir el

²⁰⁶⁶ En esta lógica, p.e., las SSTSJ de Madrid de 19 de octubre de 2.004, AS 3391: “la comunicación no constituye una modificación sustancial ni la empresa la ha adoptado siguiendo el cauce del artículo 41.3 LPL, lo que lleva a considerar que la decisión de la empresa es susceptible de recurso de suplicación” o la de 20 de febrero de 2.006, JUR 127763, que por no respetar la totalidad del preaviso en la notificación al trabajador entiende que “la empresa no se ha atenido a los requisitos de forma”, de lo que concluye que “la consecuencia es que estamos ante un proceso ordinario, contra el que cabe interponer recurso de suplicación por la naturaleza del derecho”. Igualmente la STSJ de Aragón de 23 de marzo de 2.005, JUR 103191, afirmando que “la sentencia de instancia es recurrible en suplicación porque no se han cumplido las exigencias de forma del art. 41 Estatuto de los Trabajadores”, o las SSTSJ de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, de Aragón de 26 de septiembre de 2.001, AS 3321, de Extremadura de 21 de enero de 2.003, AS 1743, y de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092, pronunciándose en idéntico sentido.

²⁰⁶⁷ En este sentido se manifiestan RIVERO LAMAS, J.: “Aspectos relacionados con la movilidad funcional, y geográfica...”, cit., pg. 85; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo en la reforma”, cit., pg. 20; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 184; CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 150; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial..., cit., pg. 55.

pronunciamiento judicial de instancia en suplicación por quebrantamiento de forma, como sí ha admitido la jurisprudencia, siempre que se haya formulado la correspondiente protesta en tiempo y forma y se hubiese producido indefensión²⁰⁶⁸. De este modo, aunque no cabe recurso sobre el fondo, *ex* 138.4 LPL, sí cabe *ex* 189.1, d), LPL²⁰⁶⁹ para subsanar una falta esencial del procedimiento, como señala el 191. a)

²⁰⁶⁸ Entre los pronunciamientos judiciales pueden señalarse las SSTSJ de Cataluña de 27 de abril de 1.995, AS 1615, de Castilla-La Mancha de 5 de marzo de 1.996, AS 1919, y de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 1.997, AS 1132, que admite el recurso de queja contra el auto que tiene por no anunciado el recurso de suplicación al entender que se había apreciado la caducidad de la acción infringiendo la normativa procesal reguladora del cómputo de los plazos de ejercicio de las acciones procesales. Más modernamente, admiten la recurribilidad por defectos procesales, aunque la rechazan en el caso que enjuician por faltar los requisitos necesarios, la STSJ de Murcia de 21 de mayo de 2.001, JUR 271881: “no existe indicio alguno de que la actora haya estado en indefensión y debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, así, por ejemplo, en sentencia de 18 de marzo de 1997, expone: “En reiteradas sentencias ha declarado este Tribunal que la indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española, identifica aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, no sin dejar sentado que la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la meramente procesal, y debe alcanzar una significación material produciendo lesión efectiva 0, en otras palabras, un menoscabo real efectivo del derecho de defensa (sentencias del T-C. 135/1986, 207/1989, 6/1995, 289/1993, 140/1996)”. Igualmente la STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2.003, AS 2.004/138, señalando que, “aparte de que en el momento del juicio oral no se invocó indefensión (...) practicada la prueba -téngase en cuenta la testifical practicada-, ninguna protesta se hizo o se mantuvo, por lo que, en tales condiciones, nada obstaba a entender que razonablemente ya no mediaba ninguna objeción procesal que impidiese una decisión de fondo”, o la STSJ de Asturias de 7 de marzo de 2.003, JUR 175806, dice que “resulta difícil averiguar donde se puede detectar un vicio de procedimiento en la sentencia que además haya producido indefensión (...). En todo caso es sabido que la excepcional medida solicitada en el recurso requiere que se haya producido indefensión, circunstancia que no se aprecia aquí”.

²⁰⁶⁹ Véase, en esta lógica, ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.Mª. : *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pg. 341, donde se mantiene que “el quebrantamiento de forma es acusable *siempre* en suplicación, incluso en aquellos procesos especiales en los que se declara expresamente su prohibición”.

LPL²⁰⁷⁰, es decir, por quebrantamiento de forma²⁰⁷¹ o por falta de competencia por razón de la materia²⁰⁷², o cuando la sentencia de instancia no entra a conocer del fondo del asunto por estimar la excepción de inadecuación de procedimiento y dicta una sentencia procesal. En los dos primeros supuestos la sentencia de suplicación se pronunciará únicamente sobre la falta esencial de procedimiento y de competencia por razón de la materia, devolviendo las actuaciones al juzgado para que, una vez subsanada aquella o admitida su competencia, se pronuncie sobre el fondo del asunto, pronunciamiento que no tendrá posibilidad de acudir a la suplicación.

Ahora bien, si el pronunciamiento versa sobre la excepción de inadecuación de procedimiento, sólo si la modalidad procesal seguida es la adecuada a la acción ejercitada cabrá entender que surte efectos la irrecurribilidad que se deriva del correcto uso del procedimiento del 138 LPL. En caso contrario, si el juez de instancia decide que existe inadecuación de procedimiento, el recurso se admitirá a los solos efectos de pronunciarse exclusivamente sobre esa pretensión y no sobre la calificación de la decisión modificativa empresarial, incluso si se decide que el procedimiento seguido es el adecuado²⁰⁷³.

²⁰⁷⁰Ampliamente, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Motivos expresos y ocultos del recurso de suplicación (Artículos 191 y 231 de la Ley de Procedimiento Electoral”, en AA.VV. Resoluciones recurribles en suplicación (RÍOS SALMERÓN B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2.005, pag. 307 y ss.

²⁰⁷¹ Véase el artículo 189.1.d) LPL.

²⁰⁷² Véase el artículo 189.1.e) LPL.

²⁰⁷³ En esta lógica, el auto de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 14 de febrero de 1.997, al admitir, el recurso de queja formulado por la empresa demandada y ordenar al juzgado la admisión del recurso de suplicación para debatir “el problema relativo a si existe o no inadecuación en el procedimiento seguido”, que era el del 138 LPL. Igualmente, la SSTSJ de Cantabria de 14 de junio de 1.986, Ar 1709, admite el recurso de suplicación para resolver sobre la inadecuación de procedimiento, con apoyo en el que denomina “sentido amplio” en que ha de interpretarse el art. 181,1,d) LPL. Con similar planteamiento de fondo la STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2.003, JUR 138230, rechaza que la inadecuación de procedimiento, usar el del 138 LPL en lugar del ordinario, inadecuación que no reconoce la Sala, haya

No obstante, se podría plantear la recurribilidad si atendemos al párrafo b) del 189.1 LPL, donde se señala que “procederá en todo caso la suplicación” “en los (procesos) seguidos por reclamaciones, acumuladas o no, en los que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores”, con la condición de que tal afectación sea “notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”. De la literalidad de este párrafo se desprende claramente la posibilidad de recurrir en suplicación cuando se reúnan estas condiciones, puesto que éste sería el supuesto derivado de una reorganización productiva que afecte a gran parte de la plantilla o a su totalidad, interpretación que se refuerza si tenemos en cuenta que el 137.3 LPL afirma que contra la sentencia recaída en el proceso de clasificación profesional no cabrá “recurso alguno”, mientras que el 138.4 LPL simplemente se refiere a que la sentencia “no tendrá recurso”²⁰⁷⁴. Igualmente, abona esta tesis la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de las expresiones “un gran número de trabajadores” y “afectación general”, tendente en general a facilitar una interpretación flexible, facilitadora del derecho al recurso, y, en última instancia, de una tutela judicial efectiva, siempre que existan los indicios y presupuestos cualitativos y cuantitativos suficientes, es decir: alegación en juicio, aceptación tácita de la notoriedad, generalidad del objeto de debate, existencia de gran número de demandas, etc.. Todo ello en aras de la uniformización de la doctrina judicial²⁰⁷⁵, aunque, en general, la doctrina del Tribunal Supremo era decididamente

generado indefensión de ningún genero al recurrente, “aparte de que no la adujo anteriormente” a la interposición del recurso.

²⁰⁷⁴ DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 173.

²⁰⁷⁵ En cuanto a la generalidad y notoriedad a efectos del recurso el planteamiento del Tribunal Constitucional ha pasado de una interpretación facilitadora del derecho al recurso (SSTC 89/1.985, 56/1.986 y 108/1.992) a una interpretación más rigurosa (SSTC 164/1.992, 312/1.994, 37/1.995 y 202/1.996), al considerar necesario que, además de la alegación de la generalidad y/o notoriedad de la afectación, éstas deben ser probadas, de acuerdo con el 85.4 LPL, en el momento inicial del juicio oral. Para una exposición de la evolución doctrinal véase GOERLICH PESET, J.M^a: El derecho al proceso: acceso a la jurisdicción y acceso al recurso en materia laboral (especial monográfico en homenaje al prof.

restrictiva y muy rigurosa en la apreciación de la causa de acceso al recurso de suplicación²⁰⁷⁶, hasta que en octubre de 2.003²⁰⁷⁷ se admite, aunque con votos contrarios²⁰⁷⁸, una interpretación más facilitadora, cuando se pasa de requerir la existencia real de litigio a considerar suficiente la conflictividad potencial, sin que sea exigible ya la litigiosidad generalizada sino la “situación de conflicto generalizada”, pues “el conflicto existe aunque el pleito no se haya iniciado”²⁰⁷⁹.

Sin embargo, admitir el acceso a la suplicación por esta vía presenta un gran número de dificultades técnicas e interrogantes, como qué hacer frente a la ejecutividad inmediata de la orden empresarial, frente a la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia de instancia²⁰⁸⁰ o frente a la alegación de posibles perjuicios de las partes; igualmente

Tomás y Valiente), RL, núm. 15-17/1.997, pgs. 219 y 220; y sobre todo, con una apreciación muy crítica respecto de su implementación por la doctrina legal, MOLINA NAVARRETE, C.: “La afectación general notoria como presupuesto de acceso al recurso de suplicación y principio *pro actione*”, TL, núm. 51/1.999, pgs. 73 a 100.

²⁰⁷⁶ Véase, especialmente y entre otras, la STS de 4 de noviembre de 1.999, Ar 8518, de la Sala general y con el voto contrario de seis magistrados. Esta sentencia, aunque referida al acceso a la suplicación para las sentencias recaídas en asuntos de una cuantía inferior a 300.000 pesetas, es aplicable en su razonamiento a nuestro supuesto.

²⁰⁷⁷ Véanse las SSTs de 3 de octubre de 2.003, Ar 6488, de 6 de octubre de 2.008, Ar 7713 y 8570, de 8 de octubre de 2.003, Ar 7730, de 9 de octubre de 2.003, Ar 7734 y 7735, entre otras de aproximada fecha, seguidas posteriormente, p.e., por la de 30 de junio de 2.008, JUR 299884.

²⁰⁷⁸ Ver STS, del pleno de la Sala de lo social, de 3 de octubre de 2.003, Ar 6488.

²⁰⁷⁹ En contra de esta planteamiento y defendiendo la anterior doctrina DESDENTADO BONETE, A.: “La afectación general, una vía polémica”, en RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2.004, pg. 129 y ss.

²⁰⁸⁰ A favor de la ejecutividad de la sentencia en caso de recurso PALOMO BALDA, E.: “Modificación...”, cit., pg. 184. Contrario a esta ejecución provisional GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica ...*, cit., pg. 57.

podemos preguntarnos si es necesario que las demandas estén acumuladas, qué mecanismo asegura la afectación general de todos los supuestos de modificación por la sentencia que se dicte; si se admite la suplicación de un recurrente individual, cómo se va a afectar a los demás procesos concluidos sin recurso, etc. Ante la carencia de previsiones habría que acudir a la normativa general del proceso ejecutivo, especialmente a las del despido, como instituto jurídico más cercano, aunque no igual.

En contra de este planteamiento se puede alegar, aparte de la concepción restrictiva del Tribunal Supremo, aunque es obvio que una reestructuración empresarial es un entorno más que propicio para las modificaciones sustanciales y puede afectar a un número alto de trabajadores, que la posible diversidad de pronunciamientos individuales contradictorios puede ser evitada a través de otro procedimiento legal, el de conflicto colectivo del 151 LPL, que permitirá homogeneizar los pronunciamientos judiciales, sin olvidar que el proceso de impugnación individual del 138 LPL está previsto, con independencia de que también se puedan plantear cuestiones de preferencia, para analizar la concurrencia de causa justa, suficiente y no arbitraria con respecto a un trabajador individualmente considerado, por lo que no parece que sea éste el mecanismo procesal idóneo para enjuiciar la modificación desde una perspectiva grupal o colectiva. De aquí que quizás sea conveniente coincidir con algún pronunciamiento judicial que niega esta posibilidad para la modalidad de impugnación del 138 LPL²⁰⁸¹.

Sin embargo, aunque no se puede admitir la posibilidad de acudir a la suplicación sobre el fondo, con la salvedad de los supuestos de afectación general, sí nos sumamos a la

²⁰⁸¹ Véase la STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2.003, AS 2.004/138, cuando argumentando para rechazar la admisión del recurso de suplicación afirma, entre otras cosas, que “sin que por supuesto estemos ante el supuesto excepcional de afectación masiva [artículo 189, 1, b) Ley de Procedimiento Laboral], que además no tendría tampoco encaje en esta particular modalidad procesal”. En parecida lógica se pronuncia DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, op. cit., pg. 176, señalando, a causa de las grandes dificultades técnicas que la admisión de esta posibilidad plantea, que “ha de defenderse como una posibilidad muy excepcional, por no decir inadmisibile, en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”.

propuesta de *lege ferenda* que, acertadamente, se hace por la doctrina²⁰⁸², pidiendo el acceso sin restricciones al recurso de suplicación, para así unificar la doctrina judicial y evitar la incertidumbre actual, derivada de la existencia de variados y a veces contradictorios criterios judiciales frente a situaciones idénticas, porque esta irrecurribilidad ha sido y es merecedora de una crítica generalizada²⁰⁸³, tanto por la trascendencia de la medida como por el diverso trato procesal a otras vicisitudes del contrato y manifestaciones del poder de dirección, pero sobre todo por la diversidad de criterios interpretativos que puede acarrear en un proceso individual como éste, debiendo admitirse el derecho a la suplicación con ejecución inmediata de la sentencia, sin efecto suspensivo alguno²⁰⁸⁴.

Evidentemente, si la sentencia es irrecurrible en suplicación también lo serán los autos y demás resoluciones que se dicten en el proceso, como se desprende del 189.2 LPL²⁰⁸⁵ y

²⁰⁸² Véase, p.e., RENTERO JOVER, J.: *La modificación...*, cit., pg. 96; SÁNCHEZ PEGO, F.J.: “El procedimiento sobre movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, AL, núm. 20/1.996, pg. 1.556; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad...*, cit., pgs. 27 y 54.

²⁰⁸³ Por todos, DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, op. cit., pg. 170, donde afirma que “pocas manifestaciones legislativas despiertan tanta unanimidad crítica como la previsión del artículo 138.4 LPL por la que se establece que la sentencia no tendrá recurso y será inmediatamente ejecutiva”.

²⁰⁸⁴ Igualmente MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Acceso al recurso de suplicación”, cit., pg. 29.

²⁰⁸⁵ Como señala MOLINER TAMBORERO, G.: *Los recursos en el proceso laboral de ejecución*, Tirant lo Blanch, 1.996, esta es una cuestión de gran complejidad; igualmente del mismo autor puede verse: “Los recursos en la ejecución”, RL, núm. 15-16/ 1.999, pg. 81 y ss., donde analiza la problemática de la irrecurribilidad de los autos que ejecutan sentencias irrecurribles.

Mantienen inequívocamente la irrecurribilidad de estos autos las STS, unif. de doctrina, de 6 de octubre de 2.005, RJ 7182, y de 21 de noviembre de 2.005, RJ 2.006/685, siguiendo la doctrina ya expuesta en las de 9 de febrero de 1.996, RJ 1009, 28 de mayo de 1.996, RJ 4686, y 12 de noviembre de 1.997, éstas últimas sobre clasificación profesional, así como la de 9 de julio de 1994, RJ 7046, y de 12 de diciembre de 2.001, RJ 2978, argumentando que “la norma imperativa contenida en el transcrito art. 189.2 LPL -la

de la remisión de esa posibilidad al momento del recurso de la resolución principal, que aquí no cabe²⁰⁸⁶, irrecurribilidad que tiene cobertura constitucional, al igual que sucede con la imposibilidad de recurrir la sentencia de la impugnación individual, al considerarse que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal, admisible, por tanto, en la configuración actual sin quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva del 24 CE²⁰⁸⁷.

sentencia ejecutoria ha de ser recurrible en suplicación para que pueda interponerse este recurso contra los autos dictados en fase de ejecución- impide que pueda estimarse admisible el recurso de suplicación (...), visto que la sentencia que se ejecuta no es susceptible de recurso alguno, según dispone el citado art. 138.4 LPL”(STS de 6 de octubre), o “es lo cierto que la admisión de recursos de suplicación en fase de ejecución de sentencia está legalmente condicionada a que previamente haya sido susceptible de tal recurso la sentencia ejecutoria (art. 189.2 LPL). Sin embargo, entre los Tribunales Superiores encontramos división de opiniones, puesto que junto pronunciamientos que rechazan el acceso a la suplicación, como la STSJ de Murcia de 21 de mayo de 2.001, JUR 271881, cuando dice, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que “en los litigios por modificación sustancial de condiciones de trabajo, no cabe recurso de suplicación y, como el recurso de suplicación en ejecución de sentencia, viene dado por la circunstancia de que la misma fuese recurrible (además de concurrir alguna de las causas legalmente prevenidas, artículo 189.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), de ello resulta que no es posible admitir el recurso de suplicación”, sentencia que por cierto es la que da pie a la del TS de 21 de noviembre de 2.005, encontramos otros que apuestan por admitir la suplicación contra los autos que resuelven recursos de reposición dictados en la fase de ejecución, como las SSTSJ de Asturias de 24 de enero de 2.003, JUR 109547, de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2.003, AS 3500, o la del País Vasco de 23 de septiembre de 2.003, AS 3545, origen de la STS de 6 de octubre de 2.005, o de Cataluña de 26 de mayo de 2.004, AS 2158..

²⁰⁸⁶ Una excepción a esta regla es la previsión del 189.4 LPL que permite el acceso a la suplicación a “los autos que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que el juez, acto seguido de la presentación de la demanda, se declare incompetente por razón de la materia”, aunque este supuesto previsiblemente será alegado raramente en este procedimiento de impugnación del 138 LPL.

²⁰⁸⁷ Por todas, las citadas SSTS, unif. de doctrina, de 6 de octubre de 2.005, RJ 7182, y 21 de noviembre de 2.005, RJ 2.006/685, señalan que “se trata de una norma de indubitada constitucionalidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional en el auto núm. 301/1993, de 5 de octubre, partiendo de la consideración de que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal: afirma dicho auto, al respecto, que «el derecho al recurso, en cuanto garantía constitucional de los justiciables en el proceso, únicamente comprende los derechos legalmente previstos, fuera del proceso penal [...]»”.

No obstante el posicionamiento anterior, se puede defender la carencia de suplicación si tenemos presente la pretendida sumariedad y urgencia de esta modalidad procedimental, de manera que en aras de este objetivo es entendible la ejecutividad inmediata de la resolución de instancia y la carencia de recurso, puesto que así se consigue, efectivamente, un proceso sumario y urgentemente resuelto²⁰⁸⁸. Igualmente se ha justificado esta ausencia en que las razones que llevan al juzgador a pronunciarse sobre la justificación o injustificación de la modificación “son más de oportunidad y de equidad que de legalidad, y siendo que dichas razones (como sucede en el orden jurisdiccional civil en materia de ponderación de daños y perjuicios) son de libre apreciación por la instancia, el recurso en el segundo grado jurisdiccional (que, por tanto, no es segunda instancia) pierde sentido²⁰⁸⁹.”

Además, la existencia de una única instancia no contradice el principio de tutela judicial efectiva del 24 CE, puesto que de acuerdo con la doctrina constitucional “no es imprescindible que toda resolución sea impugnabile”²⁰⁹⁰, como se ha dicho, y la

²⁰⁸⁸ En similar lógica BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, pg. 139, aunque defiende el acceso a la suplicación, admite que la falta de recurso no es demasiado criticable.

²⁰⁸⁹ SENRA BIEDMA, R.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social tras la reforma de 1994*, cit., pgs. 284, Y 285. Con similar planteamiento MARTÍN VALVERDE, A., aunque precisando que “el control jurisdiccional es por definición un control de legalidad y no de oportunidad”, de suerte que “esa valoración externa de la conveniencia de la empresa debe ceñirse a si son ciertas (probadas) y económicamente razonables las razones alegadas, y no a si se ha seleccionado el mejor conjunto o combinación posible de medidas de respuesta a dichas causas”, op. cit., pgs. 184 y 185.

²⁰⁹⁰ Véase, en esta lógica, las SSTCo 51/1.982, de 19 de julio, y 19/1.983, de 14 de marzo, en relación a la modalidad procesal de clasificación profesional de la Ley de Procedimiento Laboral de 1.990, aunque su argumentación es perfectamente aplicable a la modalidad del 138 de la actual LPL, seguidas por las SSTCo 23/1.992, de 14 de febrero, y 72/1.992, de 13 de mayo, entre otras, que han permitido decir a SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre los recursos en el proceso laboral (I): el derecho al recurso”, *Aranzadi Social*, t.V/1.998, pg. 156, que la Constitución lo que garantiza no es el acceso a un recurso

homogeneización de los pronunciamientos puede conseguirse a través de otros mecanismos procesales, como el planteamiento plural de la pretensión a través de los mecanismos de acumulación, tanto de acciones de los artículos 27 y 28 LPL, estableciendo un litisconsorcio activo, como de autos del 29 y ss. LPL, sin olvidar, evidentemente, la posibilidad de impugnación de la modificación sustancial a través del mecanismo del conflicto colectivo previsto en el 151 y ss. LPL.

Obviamente, de lo que sí puede tacharse esta opción por la irrecurribilidad en suplicación es de haberse establecido de una manera técnicamente defectuosa, puesto que el 189.1 LPL permite el acceso a la suplicación a todas las sentencias de instancia, aunque establece unas excepciones, entre las que no se encuentra el proceso de impugnación de modificaciones sustanciales, que se exceptúa de suplicación, no por esta norma, sino por lo señalado en el 138.4 LPL. Esta falta de armonización técnica entre ambos preceptos podía haberse subsanado en diversas ocasiones y no se ha hecho²⁰⁹¹.

En cualquier caso este debate ha sido obviado por la jurisprudencia, como se demuestra con las miles de sentencias de suplicación existentes en los repertorios jurisprudenciales, al usar y abusar del subterfugio aquel que dice que sólo es modificación sustancial, luego enjuiciable por la vía del 138 LPL sin acceso a suplicación, aunque no siempre sucede así en la práctica, aquella que ha cumplido todos los trámites del 41 LET, admitiéndose para todas las demás la vía ordinaria y la suplicación. Demuestran esta realidad la mayoría de las sentencias de suplicación que aquí se reseñan, que en una correcta aplicación de las normas de procedimiento no debieran haberse dictado. Es más, ni siquiera debían haber sido admitidos a trámite los

concreto, sino sólo si se reúnen los presupuestos, requisitos y límites establecidos en la propia ley.

²⁰⁹¹ Si no se hizo en el momento de inclusión de esta modalidad en la Ley de Procedimiento Laboral, tampoco se ha hecho en su reforma por la Ley 39/1.999, de 5 de noviembre. En esta reforma se añadió una nueva modalidad, la del 138 bis, consecuencia de la Ley de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, con la misma lógica que el del 138, también sin suplicación, aunque en este caso sí se modificó el 189.1 para incluirla dentro de las modalidades sin acceso a la suplicación.

recursos interpuestos, aunque esta situación tiene su parte positiva, puesto que ha permitido una cierta homogenización de los criterios interpretativos.

3.2.2.3. Legitimación

Si el procedimiento del 138 LPL esta previsto para la impugnación individual de las modificaciones sustanciales, la legitimación activa corresponderá al trabajador o a los trabajadores afectados a título individual, es decir los destinatarios de la decisión empresarial modificativa, de acuerdo con el 138.1 LPL. En cambio, la legitimación pasiva corresponde siempre al empresario²⁰⁹², aunque puede darse una situación de litisconsorcio pasivo necesario cuando la modificación haya sido acordada con los representantes o cuando el conflicto verse sobre las preferencias de uno u otros trabajadores, en cuyo caso, de acuerdo con el 138.2 LPL, unos y otros deberán ser también demandados, en cuanto se pueden ver afectados por la solución del conflicto²⁰⁹³, de modo que la falta de constitución del litisconsorcio cuando se den estas situaciones dará lugar a una sentencia procesal, aunque también puede entenderse que, tanto en el trámite de admisión a la demanda como ya iniciado el juicio oral, por ejemplo tras la excepción del demandado, puede dar plazo de subsanación de la defectuosa relación procesal. Ahora bien, debe tenerse presente cuál es realmente el ámbito preferencial afectado para no imposibilitar *de facto* esta ampliación de la legitimidad pasiva²⁰⁹⁴.

²⁰⁹² Para RENTERO JOVER, J.: *La modificación...*, cit., pgs. 89 y ss., y OLMO GASCÓN, A.M.: “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, AL, núm. 46/1.996, pgs. 881 y ss., no parece admisible el traslado de responsabilidad en el trabajo prestado a través de ETTs, sino que debe demandarse al sujeto que efectivamente adopte la decisión unilateral modificativa.

²⁰⁹³ Véase, *in extenso*, sobre la legitimación, GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad...*, cit., pgs. 28 y 29, y DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pgs. 124 y ss.

²⁰⁹⁴ En esta lógica, véanse BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, pg. 364 y 365, donde analizan las diversas acepciones del

En cuanto al primer supuesto, la necesidad de dirigir la demanda también contra los representantes que acordaron con el empresario la modificación colectiva que se impugna, se fundamenta en que el acuerdo manifiesta una corresponsabilidad formal y material con el empresario, aparte de que la representación de los trabajadores debe estar interesada en defender el acuerdo y la posición mantenida, fruto de la autonomía colectiva, puesto que su nulidad conducirá a otra solución diferente, acordada o no en función del tipo de condición modificada. Sin embargo, para alguna doctrina, la posibilidad de impugnación individual de los acuerdos de modificación puede parecer que cuestiona la fuerza de la autonomía colectiva²⁰⁹⁵, aparte de enfrentarnos a la posible disparidad y contradicción entre los diversos pronunciamientos si las impugnaciones individuales han sido varias. Pero este litisconsorcio pasivo debe establecerse tanto si la impugnación es individual como si es a través de un conflicto colectivo, aunque este supuesto se verá más adelante.

Cuando el conflicto versa sobre las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, el 138.2 LPL obliga también a demandar a los trabajadores afectados por esa preferencia, entendiendo ésta como que existen otros trabajadores en la empresa que, por sus circunstancias objetivas o personales, debían estar afectados por la modificación en lugar del demandante, si bien no cabe entender aquí incluida la totalidad de la plantilla, puesto que habría que demandar a un grupo genérico o a la totalidad de los trabajadores²⁰⁹⁶, lo que es absurdo, sino que hay que entenderlo como la prioridad de

término preferencia, distinguiendo entre preferencia *de facto*, entendida como que hay otros trabajadores que deben estar afectados por la modificación, es decir que podría afectar a toda la plantilla, lo que no parece adecuado, y una preferencia legal, es decir, referida a la prioridad de permanencia establecida legalmente en el 40.3 y 5 LET, o en convenio colectivo, o CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994-1996)*, cit., pg. 143, poniendo de relieve como la determinación de los posibles afectados presenta “un amplio margen hasta el punto de hacer imposible la aplicación de la ampliación subjetiva de la demanda”.

²⁰⁹⁵ DE SOTO RIOJA, cit., pg. 132.

²⁰⁹⁶ En esta lógica BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNÁNDEZ, M^a.F.: *Instituciones de*

permanencia legal, como sucede con la prioridad de permanencia de los representantes legales o en caso de traslado del cónyuge, contemplados en el 40, 5 y 3 LET, respectivamente, convencional o contractual, porque el sistema de preferencia no tiene porque ceñirse a los mínimos legales. Evidentemente, la preferencia puede consistir en no ser objeto de la modificación, como sucede con la preferencia del representante, o, al contrario, en ser el primero en poder acogerse a esa modificación, como sucede con el cónyuge del trasladado, lo que es indiferente a los efectos procesales que nos ocupan.

Ahora bien, en cualquier caso, no es suficiente una alegación en abstracto, sino que la demanda se debe dirigir a una persona o personas concretas para que la relación procesal se tenga por correctamente interpuesta. En caso contrario, la sentencia no podría surtir la debida eficacia con respecto a terceros, el trabajador o trabajadores afectados, al haberse demandado únicamente al empresario²⁰⁹⁷, puesto que podrían alegar indefensión al no haber podido defender su posición en el conflicto. No obstante, surge el problema de qué hacer cuando no existe un sistema de preferencias establecido, más allá de las legales, o cuando se desconoce la persona o personas concretas de mejor condición que el demandante y, por tanto, no es posible dirigir la demanda contra nadie en concreto o contra todos en general, lo que ya hemos dicho que no debe ser admitido. En nuestra opinión, la demanda en este caso debe plantearse sólo contra el empresario y entre la argumentación que en el juicio se presente se deberá tratar de demostrar la irracionalidad y falta de lógica organizativa de la elección del sujeto modificado, con el objetivo de conseguir la nulidad, por discriminación, o la injustificación de la modificación por falta de congruencia entre el objetivo pretendido con la modificación y su concreta implementación.

Derecho Procesal Laboral, cit., pg. 364.

²⁰⁹⁷ Véase sobre esta cuestión GÁRATE CASTRO, J.: “Litisconsorcio pasivo necesario y reclamaciones en materia de puestos de trabajo”, REDT, núm. 44/1.990, pgs. 640 a 650. Igualmente la STS, Sala 3ª, de 16 de junio de 1.998, Ar 4767.

3.2.2.4. Juicio oral

En lo referente al juicio oral no existen peculiaridades específicas, pudiéndose reseñar únicamente que el plazo para celebrar la vista oral, al igual que sucede con otras modalidades procesales como los previstos en los artículos 135, 138 bis y 158.1 LPL, se reduce de los diez días de la regla general del 82.1 LPL a cinco días desde la admisión de la demanda, aunque este plazo es a todas luces irreal e ilusorio si el emplazamiento al demandando, como por otra parte es habitual, se lleva a cabo a través del correo²⁰⁹⁸. Esto con independencia de las reglas especiales previstas en el 82.3 LPL, que permiten su ampliación hasta quince días si se cita a persona jurídica pública o privada o a un grupo sin personalidad, o veintidós días si se cita al Abogado del Estado u otras representaciones jurídicas de Administraciones Públicas, que ya convierten el pretendido plazo urgente de los cinco días en algo quimérico e imposible de conseguir, al igual que la pretendida celeridad y urgencia del procedimiento. Para este problema se ha planteado la conveniencia de aplicar a estas situaciones la solución que el 118.1 LPL prevé en procesos de reclamación de salarios de tramitación al Estado, en que el plazo es de cinco días incluso para el Abogado del Estado, lo que parece correcto para conseguir esa pretendida urgencia²⁰⁹⁹.

Sin embargo, a pesar de la inexistencia de previsiones acerca de la inversión del orden de intervención, como sucede en la modalidad de despido, no hay regla especial alguna en cuanto a la práctica de la prueba, correspondiendo, como no podía ser de otra manera, la carga de la prueba de la procedencia y legalidad de la modificación sustancial al empresario, se puede afirmar que en la práctica nos encontramos ante una inversión *de facto*²¹⁰⁰, puesto que el juez puede hacer uso de las facultades que el 85.3 y

²⁰⁹⁸ Cfr. GILOLMO LÓPEZ, J.L.: “Movilidad geográfica: traslados”, en CDJ, *Movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo*, CGPJ, 1.994, pg. 160.

²⁰⁹⁹ Igualmente en esta lógica DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 148.

²¹⁰⁰ Cfr. BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 367.

87.5 LPL le conceden y que le permiten dar la palabra y pedir aclaraciones a las partes cuantas veces crea conveniente, sin que sea necesario alterar el orden de intervención de las partes para hacerse una idea cabal de lo sucedido y encontrar la verdad material²¹⁰¹.

3.2.2.5. El problema de la caducidad del plazo de ejercicio de la acción de impugnación

El proceso comienza realmente con la interposición de la demanda ante el Juzgado de lo Social, demanda que no tiene peculiaridad alguna, en el plazo de veinte días desde la fecha de notificación de la decisión modificativa, con independencia de que se hayan cumplido o no el resto de las exigencias del artículo 41 LET, incluso si se ha omitido el requisito de la sustanciación del período de consultas con los representantes en los supuestos exigibles²¹⁰².

²¹⁰¹ Acerca de la alegación de discriminación y, en general, sobre la técnica del principio de prueba y la prueba por presunciones puede verse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 1.996.

²¹⁰² Véase, en esta lógica, entre otras, la STSJ de Andalucía/Granada de 2 de enero de 1.997, AS 423: “el precepto legal es claro, el plazo de caducidad debe empezar a contarse desde la fecha de la notificación de la decisión empresarial, haya habido o no período de consulta, (...) dado que el incumplimiento del mandato por parte de la empresa, afectará a la validez de la decisión, que no sólo podrá ser atacada por ser injustificada, sino también por incumplimiento de los requisitos formales exigibles, pero su impugnación, en todo caso, se utilice la vía de conflicto colectivo, o la vía de conflicto individual, deberá realizarse dentro del plazo de caducidad legalmente establecido en el art. 59.4 del Estatuto de los Trabajadores”. Con igual planteamiento las SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 23 de junio de 1.995, AS 2625, de Castilla y León/Valladolid de 5 de noviembre de 1.996, AS 3851, y de Madrid de 4 de noviembre de 1.996, AS 3726, y de 19 de enero de 1996, AS 752: “las reclamaciones contra la decisión empresarial de modificación colectiva, pueden llevarse a cabo por el cauce de la acción individual y de la colectiva (...) para que pueda prosperar, en cualquier caso, deberá plantearse dentro del plazo que impone el art. 59.4 de referencia a contar desde la notificación de la decisión empresarial siempre (exista o no, período de consultas)”.

Este plazo es de caducidad de acuerdo con lo señalado por el 59.4 LET, como unánimemente confirma la jurisprudencia²¹⁰³, aunque antes de presentar la demanda han debido llevarse a cabo algunos trámites previos, que tienen efecto suspensivo en el cómputo del plazo, porque, como ya se ha señalado, esta modalidad procesal, a pesar de su pretendida sumariedad y urgencia, no está exceptuada de la obligación de llevar a cabo el trámite de conciliación o de reclamación administrativa previas o, en su caso, reclamación ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los

²¹⁰³ De entre la multitud de pronunciamientos, pueden verse, p.e., las SSTSJ Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2.005, JUR 34513, o la de Aragón de 14 de octubre de 2.004, JUR 178131, cuando dice que “el ejercicio de la acción contra una modificación (...) más allá de los veinte días desde la notificación a la trabajadora, sea cual sea el proceso utilizado, lleva a declarar su caducidad”. Igualmente la STSJ de Aragón de 24 de septiembre de 2.001, AS 3759, señala que “respecto al plazo para ejercer una u otra acción, el art. 138.1 LPL establece, para la impugnación de la decisión modificativa, el de veinte días hábiles desde la notificación, mismo plazo que otorga el art. 59.4, genéricamente para las acciones contra las decisiones empresariales de modificación de las condiciones laborales”, o la de Andalucía/Sevilla de 27 de febrero de 2.001, AS 2904, cuando señala que “es doctrina jurisprudencial conocida que la caducidad es apreciable en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo tanto si se impugna la medida por acciones individuales como si se hace por vía de conflicto colectivo; estableciendo el art. 138.1 de la LPL que la misma se producirá a los veinte días hábiles siguientes a la notificación; e igualmente el art. 59.4 del Estatuto de los Trabajadores, dice que el plazo se computaría desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consulta”; en similar lógica las SSTSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2.001, AS 426, de Madrid de 14 de junio de 1.996, AS 2524, y de 21 de mayo de 1.996, AS 2184, de Cantabria de 16 de febrero de 1.996, AS 219, y de Cataluña de 2 de abril de 1.996, AS 1406; SJS de Navarra, Pamplona, de 8 de febrero de 2.002, AS 322. Igualmente señalan el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción, entre otras, las SSTS de 21 de febrero de 1.997, Ar 1571, de 14 de marzo de 1997, Ar 2473, de 28 de abril de 1.997, Ar 3552, de 14 de mayo de 1.997, Ar 4095, o de 22 de julio de 1.999, Ar 6165.

Igualmente, aunque a *sensu* contrario, mantienen también la existencia del plazo de veinte días, entre otras muchas, las SSTS, unif. de doctrina, de 25 de junio de 2003, Ar 4853, de 6 de marzo de 2.001, 2836, de 18 de septiembre de 2000, Ar 9667, de 18 de julio de 1997, Ar 6354. Entre las SSTSJ se pueden citar, p.e., la de Cataluña de 29 de septiembre de 2.005, AS 3756, de la Comunidad Valenciana de 20 de septiembre de 2.005, AS 3260, y de 10 de mayo de 2.001, AS 3710, de Andalucía/Sevilla de 13 de diciembre de 2.002, AS 286, Aragón de 26 de septiembre de 2.001, AS 3321, de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132, y SAN de 26 de junio de 2.001, JUR 306240.

acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 LET²¹⁰⁴.

El principal efecto, salvada la posibilidad de acuerdo en conciliación o el reconocimiento de la pretensión por el órgano administrativo, es que la presentación del escrito de solicitud de conciliación administrativa o convencional y de reclamación administrativa previa interrumpe el cómputo del plazo de caducidad, reanudándose el cómputo al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días desde su presentación sin que se haya celebrado²¹⁰⁵ o desde los treinta días de su presentación en el caso de la reclamación previa²¹⁰⁶.

Los principales problemas que plantea este breve plazo se refieren a cuál sea el *dies a quo* del mismo y a si su inicio está o no condicionado a la existencia de una notificación formal.

De acuerdo con el 138.1 LPL la demanda ha de presentarse en el plazo de caducidad de veinte días, computados desde el día siguiente a la fecha de notificación al trabajador de la modificación, que se configura así como el *dies a quo* de este plazo²¹⁰⁷. Esta

²¹⁰⁴ Artículos 63 y 64, en relación con el 154.1, todos ellos LPL.

²¹⁰⁵ Artículos 65 y 73 LPL.

²¹⁰⁶ Artículo 69.2 LPL.

²¹⁰⁷ Véase, p.e., MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (R. MARTÍNEZ EMPERADOR (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 25/1.996, pg. 229 y 230, donde señala que el *dies a quo* siempre será el siguiente a la notificación al trabajador afectado por la modificación. En esta misma lógica puede verse, por todas, la STS de 7 de junio de 1.999, Ar 5206, donde señala que “la fecha de recepción real de esa declaración por sus destinatarios, que es la que resulta relevante en orden al cómputo del plazo de caducidad, de acuerdo con el artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores, a tenor del cuál “el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial””.

referencia, también recogida expresamente en el 41.3 LET, nos plantea la cuestión de qué sucede si el trámite formal de la notificación no se cumple o se hace de manera incorrecta y, en cambio, sí se implementa la modificación sustancial.

La opinión mayoritaria en la doctrina es que el cometido de la notificación del cambio es, además de poner en conocimiento del trabajador sus nuevas condiciones contractuales, comunicarle los datos necesarios para que ejerza, si lo cree conveniente, los derechos que la norma le reconoce para oponerse a esa modificación que se le impone. Consecuentemente, si no existe notificación formal no se inicia el cómputo del plazo de caducidad²¹⁰⁸, argumentando que si “la caducidad de la acción es una excepción que beneficia al empresario, es lógico que no favorezca a quien ha incumplido la formalidad que el ordenamiento jurídico le impone en cuanto a ella”²¹⁰⁹,

²¹⁰⁸ Véase, p.e, la STS de 10 de abril de 2.000, Ar 3523, señala que “no cabe hablar, desde un plano formal y a efectos de una posible caducidad de la acción, de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por más que la medida sí pueda implicarla en el fondo(...). La decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del art. 41 ET Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del art. 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el art. 59.4 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad”. Igualmente en esta lógica, entre otras, las STS de 18 de julio de 1.997, Ar 6354, de 7 de abril de 1.998, Ar 2690, de 8 de abril de 1.998, Ar 2693, y de 11 de mayo de 1.999, Ar 4721. También la SAN de 12 de junio de 1.995, AS 3689, mantiene que a falta de notificación de la medida modificativa el plazo de caducidad de la acción impugnatoria no inicia su cómputo, al igual que sucede, p.e., con las SSTSJ de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, de Extremadura de 21 de enero de 2.003, AS 1743, de Madrid de 19 de octubre de 2.004, AS 3391, de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092, de Madrid de 20 de febrero de 2.006, JUR 127763.

Entre la doctrina científica véase, por todos, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación...”, op. cit., pg. 275, donde entiende que el requisito de la forma no sólo afecta a la licitud de la orden, sino al plazo de caducidad de la acción, a computar “desde el día siguiente a la fecha de notificación”.

²¹⁰⁹ Véanse, entre otras muchas, la STS de 10 de abril de 2.000, Ar 3523, o la SJS de Sevilla núm. 4, de 13 de diciembre de 2.002, AS 286. Igualmente hace suya esta afirmación PEDRAJAS MORENO, A.:

exigiendo algunos, además, que la notificación se haga también a los representantes para considerar correctamente llevado a cabo el trámite²¹¹⁰.

En caso contrario, al no haberse seguido el procedimiento legalmente previsto para la adopción de la modificación sustancial, no cabrá aplicar el plazo de caducidad de los veinte días²¹¹¹, debiendo acudir al procedimiento ordinario, en lugar de impugnar la modificación por la vía del 138 LPL²¹¹², al entender que el plazo especial de caducidad sólo resulta aplicable si se cumplen las normas procedimentales del 41 LET, en línea

“Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pgs. 380-381, donde defiende la necesidad de que se notifique, al menos, la fecha de efectos y las razones para evitar la indefensión; CAMPS RUÍZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 70, o SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg 269.

²¹¹⁰ Véase SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo: aspectos procesales”, cit., pg. 367; en igual lógica, entre los pronunciamientos judiciales pueden citarse, p.e., la STS de 18 de septiembre de 2.000, Ar 8333, y STSJ Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2.001, AS 3710, que mantienen que “no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 del ET” sin la “notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales”. Sin embargo, se muestran contrarios a esta exigencia de la doble notificación para que se entienda iniciado el plazo SANPEDRO CORRAL, M.: “La modificación...”, cit., pg. 41, y DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 142.

²¹¹¹ En este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 270, y VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 274. Igualmente la STSJ de Baleares de 31 de marzo de 1.998, AS 5434, entiende que la falta de notificación del cambio de horario impide apreciar la excepción de caducidad en la acción. Doctrina confirmada por el TS en sentencia de 10 de abril de 2.000, Ar 2646, pues “el proceso especial regulado en el artículo 138 LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se concibe en el artículo 41”. En contra de este planteamiento GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad...*, cit., pg. 31.

²¹¹² Véanse, entre otras, las SSTS de 18 de septiembre de 2.000, Ar 8333, y 15 de enero de 2.001, Ar 770, al igual que las SSTSJ de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, de Extremadura de 21 de enero de 2.003, AS 1743, de Madrid de 19 de octubre de 2.004, AS 3391, de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092, de Madrid de 20 de febrero de 2.006, JUR 127763.

con la interpretación restrictiva, que hemos criticado anteriormente, del ámbito objetivo del procedimiento del 138LPL y a la idea de que la caducidad es una norma limitativa de derechos que no puede ser interpretada de forma extensiva²¹¹³.

Sin embargo, puede mantenerse otra tesis, que podría admitir que aunque la notificación no haya sido hecha por escrito, es decir que se lleva a cabo de manera verbal o por la vía de los hechos consumados, cabría entenderla hecha a los efectos de inicio del cómputo del plazo de caducidad si del conjunto de hechos, actuaciones y órdenes del empresario se puede deducir que el trabajador es plenamente consciente de las consecuencias de la modificación sustancial²¹¹⁴ y, por tanto, iniciar el cómputo del plazo de veinte días para ejercitar la acción²¹¹⁵, que de otro modo “parece que no viera nunca iniciado el plazo de caducidad de la acción para ser impugnada”²¹¹⁶, porque la

²¹¹³ Pueden verse, p.e., las SSTs de STS de 5 de diciembre de 2.002, Ar 2.003/1944, y de de 22 de julio de 1.999, Ar 6165, y otras que citan.

²¹¹⁴ En esta lógica SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia”, cit., pgs. 678 y 679, señala que “el consentimiento puede prestarse de manera sobreentendida o implícita, tanto para la celebración cuanto para la novación del contrato, de forma que se deduce claramente a partir del comportamiento observado”, constituyendo el consentimiento presunto la “concreción del general principio de libertad de forma en la manifestación de la voluntad”, con referencia a la doctrina sentada por la STCT de 28 de febrero de 1.978, Ar 3825.

²¹¹⁵ Para GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 31 y 32, el cumplimiento del plazo de caducidad de veinte días es inexcusable. Igualmente PALOMO BALDA, E.: “Modificación...”, cit., pg. 159, entiende que, por la generalidad de la formulación del 59.4 LET, y con independencia del proceso que se siga, el especial o el ordinario, el plazo de caducidad de veinte días es aplicable a toda impugnación de una modificación sustancial. En la misma lógica la STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2.003, JUR 178131, señala que “el plazo de veinte días concedido para impugnar una decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo, es plazo de caducidad del ejercicio de la acción, con independencia del procedimiento que se elija”.

²¹¹⁶ STS de 6 de mayo de 1.996, Ar 4379.

acción nace cuando puede ser utilizado el derecho que concede y este momento es aquel en que el interesado conoció el hecho que genera la acción y desde el que comienza el cómputo de su plazo de ejercicio²¹¹⁷, siendo indiferente a estos efectos que el conocimiento sea a través de una notificación formal, una orden verbal o una situación de hecho, puesto que la norma legal no exige imperativamente la formalidad de la notificación, importando únicamente que el trabajador haya sido consciente del cambio realizado en sus condiciones de trabajo²¹¹⁸.

Desde esta perspectiva, se tomará como *dies a quo* aquel a partir del cual no exista duda alguna de que se ha producido una modificación sustancial de condiciones, es decir “cuando se haga manifiesto, para la inteligencia de cualquier persona, que se está indubitadamente ante algo extraordinario, anormal respecto del devenir ordinario de la relación de trabajo”²¹¹⁹, entendiéndose esta alteración de la normalidad contractual de la misma manera que se es consciente de la existencia de un despido informal o del mismo modo en que se conoce cuál es la fecha efectiva del despido cuando es distinta a la

²¹¹⁷ Véase el artículo 1.969 del Código Civil.

²¹¹⁸ En esta lógica, la STSJ de Aragón de 24 de septiembre de 2.001, AS 3759, expone que “notificada la decisión empresarial modificativa, aunque lo fuera verbalmente y sin preaviso, con fecha 2-5-2000, la extinción del contrato comunicada por la trabajadora a la empresa el 4 de julio siguiente, transcurridos más de dos meses desde la comunicación del cambio de horario, categoría y funciones y de su efectividad, cambio aceptado en todo este tiempo por la trabajadora, se efectuó más allá del plazo legal de veinte días que las citadas normas disponen para las posibles acciones contra la decisión empresarial modificativa”.

²¹¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción...*, cit., pgs. 205-207, donde señalan que “el inicio de la conducta incumplidora del empleador no tiene, pues, valor alguno a efectos de prescripción, sino sólo a los efectos de configurar, en su caso, el incumplimiento grave, que es justamente el presupuesto de la acción cuyo potencial ejercicio inicia el referido cómputo”. También PALOMO BALDA, E.: “Modificación...”, cit., pg. 165 y ss. y BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el Derecho Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1.995, pg. 225.

comunicada, por lo que puede ser aplicable la doctrina sentada para el despido tácito²¹²⁰. Éste modo de entender el problema permite conjugar, en nuestra opinión adecuadamente, la necesidad de seguridad jurídica y el acceso a la tutela judicial efectiva, permitiendo llevar a cabo la impugnación de la modificación a través del 138 LPL y no admitiendo a la parte empresarial la excepción de caducidad cuando ésta no demuestra cumplidamente la realidad de la comunicación o de la toma de conciencia del cambio por el trabajador, aunque sin olvidar que el juzgador está obligado de oficio a analizar y estimar concurrente, si existe, esa caducidad²¹²¹. Aquí se muestra claramente

²¹²⁰ En esta lógica véase las SSTSJ de Canarias de 11 de mayo de 1.998, AS y de Castilla y León/Burgos de 6 de febrero de 1.997, AS 524, que aplica a la impugnación de la modificación la doctrina jurisprudencial acerca del cómputo del plazo de caducidad de la acción impugnatoria del despido, seguidas por la SJS núm. 4 de Sevilla, de 13 de diciembre de 2.002, AS 286, en los siguientes términos: “la doctrina jurisprudencial sobre la caducidad de la acción del despido tácito, viene entendiendo que existiendo reiterada doctrina jurisprudencial estableciendo que la caducidad de la acción opera aunque el despido se hubiera producido tácitamente y también si a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso y pese a no haberse producido formalmente la recepción de la carta de despido por el trabajador a éste le consta inequívocamente que se ha producido el despido, esta doctrina establecida del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido «ex» artículo 59.3 ET es plenamente aplicable al plazo de caducidad establecido en el art. 59.4 del mismo texto legal respecto de la acción de impugnación de las decisiones empresariales en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo; y lo contrario, esto es, exigir el requisito formal de la notificación efectiva de la decisión para que comience el cómputo del plazo de caducidad supondría que, en el supuesto de una decisión impuesta sin tal formalidad, parece que no viera nunca iniciado el plazo de caducidad de la acción para ser impugnada, lo que significa que, aun y no existiendo el requisito formal de la notificación efectiva de la decisión, habrá que empezar a computar el plazo desde que hubo el conocimiento de la decisión empresarial”.

²¹²¹ Cfr., p.e., las STSJ de la STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2.003, JUR 178131, de Andalucía/Sevilla de 27 de febrero de 2.001, AS 2904, o de de Cataluña de 13 de febrero de 2.001, AS 426: “la caducidad que para el ejercicio de las acciones sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo establece y determina el núm. 4 en relación con el anterior núm. 3 ambos del art. 59 del ET (RCL 1995, 997) es -como reiteradamente proclamado la doctrina jurisprudencial contenida entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 21-12-1984 (RJ 1984, 6293), 16-12-1987 (RJ 1987, 8960) y las del Tribunal Constitucional de 8-6-1992 (RTC 1992, 88)- una excepción de naturaleza perentoria afectante al orden público y establecida en aras de la seguridad jurídica que opera «ipso iure» y «ope legis» por lo que debe ser apreciada «ex officio» sin que admita otras ni más interrupciones en su cómputo que las determinadas por la Ley”. Igualmente la SAN de 26 de junio de 2.001, JUR 306240, afirma “el carácter

la trascendencia de optar por una visión amplia o restrictiva del ámbito del procedimiento del 138 LPL²¹²².

En cuanto a qué días deban contarse, como señala el artículo 59.3 LET, los días computables para este plazo de caducidad “a todos los efectos” han de ser los hábiles, teniendo esta consideración los días correspondientes del mes de agosto, considerado hábil para los plazos sustantivos como éste, al contrario de lo que sucedería si estuviésemos ante un plazo procesal, puesto que, a pesar de que el 43.4 LPL, seguramente por efecto de la deficiente técnica del legislador reformista, como ya hemos visto en anteriores ocasiones, olvida incluirlo dentro de los procedimientos para los que es hábil el mes de agosto, nos encontramos ante un plazo sustantivo, no procesal, por lo que resulta inexcusable la consideración del mes de agosto como hábil²¹²³, al igual que casa mal con la pretendida urgencia y preferencia la suspensión de su tramitación procesal durante agosto, por lo que debe deducirse su obligada continuación²¹²⁴.

Hay que tener en cuenta que resulta plenamente aplicable la interpretación que la jurisprudencia ha llevado a cabo de la reforma del artículo 182.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declarando inhábiles los sábados, doctrina que aunque se refiere a supuestos de despido es enteramente aplicable a nuestro caso, puesto que este plazo de

taxativo, fatal e inexorable de la caducidad, que puede incluso analizarse de oficio”.

²¹²² Véanse, entre otras, las SSTs de 10 de abril, Ar 2646, y 18 de septiembre de 2.000, Ar 8333, ya citadas, que exigen a los demandantes seguir el proceso ordinario para eximirlos de la exigencia del plazo de caducidad de veinte días.

²¹²³ En esta lógica CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pgs. 145 y 146.

²¹²⁴ SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 43 y 46; DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit. pg. 142, nota 216.

caducidad de veinte días hábiles, señalado en el 138.1 LPL, es el mismo que existe para la impugnación del despido en el 59.3 LET y que el 59.4 extiende expresamente a la acción de impugnación de las modificaciones sustanciales. Consecuentemente, los días hábiles a efectos de la presentación de la demanda se refieren únicamente a los que van de lunes a viernes, con exclusión de los sábados, domingos y fiestas²¹²⁵, teniendo en cuenta, además, las reglas comunes sobre interrupción del plazo por efecto de la

²¹²⁵ Véase la STS de 23 de enero de 2.006, RJ 347, como después de señalar que su objeto es “unificar doctrina en orden a los efectos que haya de producir en el cómputo de los veinte días de plazo para interponer la demanda por despido, la declaración de inhabilidad a efectos procesales de los sábados, establecida en el art. 182.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción ordenada por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre”, establece que este precepto “incluye en la enumeración de los días que declara inhábiles a efectos procesales, los «sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad». No es razonable escindir la enumeración, para darle unos efectos distintos a los sábados, que los que son propios de los señalados para los restantes días incluidos en ella. Por otra parte, el plazo de veinte días establecido en los arts. 59 del Estatuto de los Trabajadores y 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, está referido a la presentación de un documento, la demanda, ante el Juzgado. Todos los días que integran ese plazo forman parte de unas actuaciones encaminadas a la validez del proceso, sin que el hecho de que dentro de ese plazo deban plantearse la conciliación o reclamación previas rompan la conexión con el proceso para calificarlo de procesal. (...) sería contrario a la lógica computar como hábil un día de la semana declarado inhábil y en el que, por eso, no es posible presentar la demanda. La escisión que del cómputo que realiza la sentencia recurrida, podría ser ajustada a una interpretación literal de las normas, pero lleva consigo una especie de cepo para los no prevenidos, contrario a la tutela judicial efectiva que los tribunales deben dispensar por mandato constitucional, efecto tanto más nocivo en el proceso laboral en el que no se exige que la demanda sea suscrita por un profesional, y la defensa del trabajador puede ser asumida por sí mismo. Y si debemos rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo, con mayor razón hemos de descartar la que comporta un resultado manifiestamente contrario a la esencia del proceso laboral”. Igualmente mantienen esta tesis, entre otras, las SSTSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2.006, JUR 46834, de 14 de octubre de 2.006, AS 222, de Madrid, de 28 de julio de 2.005, JUR 218519, de Navarra de 26 de julio de 2.005, AS 2557, de Castilla-La Mancha de 21 de julio de 2.005, AS 2673, de la Comunidad Valenciana de 12 de julio de 2.005, AS 3423, Castilla y León/Burgos de 30 de junio de 2.005, AS 2198, Aragón de 28 de junio de 2.005, JUR 187677, País Vasco de 14 de junio de 2.005, AS 2104, Galicia de 13 de junio de 2.005, AS 2242, Andalucía/Sevilla de 10 de junio de 2.005, AS 3009, Galicia de 3 de junio de 2.005, AS 496.

obligación de intentar la conciliación o la presentación de la reclamación administrativa previa, como ya se ha especificado²¹²⁶.

Por otra parte, para el ejercicio de esta acción de impugnación se requiere que la relación contractual se mantenga en vigor, puesto que es incompatible la extinción de la relación laboral, cualquiera que sea su causa y la impugnación de la modificación, porque cuando se impugna la modificación lo que se persigue es mantener la vigencia de la relación y mantenerla, además, en las condiciones contractuales vigentes hasta ese momento, como se razona más ampliamente a propósito de la resolución contractual *ex* artículo 50.1.a) LET²¹²⁷.

3.2.2.6. Acerca de la posible acumulación de acciones y autos

En cuanto a la posibilidad de acumulación, lo primero que se observa es la ausencia de prohibición explícita, puesto que ni el artículo 27.1 LPL ni el 138 LPL lo hacen²¹²⁸. De aquí que se pueda afirmar que este proceso permite impugnar tanto la decisión modificativa como las consecuencias y efectos de ésta²¹²⁹, con la limitación de la acumulación de las acciones extintivas *ex* 27.2 LPL²¹³⁰, siendo un supuesto típico de acumulación el de un trabajador al que se le traslada y además se le somete a la modificación sustancial de otras condiciones de trabajo.

²¹²⁶ Véase lo dicho *supra*. Además, p.e., el día de presentación de la papeleta de conciliación o reclamación administrativa previa se ha de excluir, GIL y GIL, J.L. y otros: *Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral*, McGraw Hill, 1.999, pgs. 94 y 95.

²¹²⁷ Véase la extensa jurisprudencia allí citada.

²¹²⁸ En este sentido, RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial...*, cit., pg. 95; PALOMO BALDA, E: “Modificación...”, cit., pg. 5.

²¹²⁹ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1.998.

²¹³⁰ Sobre esta cuestión véase lo expuesto *supra* a propósito de la acumulación de las acciones extintivas.

Sin embargo, la acumulación conlleva el problema de que, como este procedimiento del 138 LPL no admite recurso de suplicación, las acciones que se le acumulen tampoco van a disponer de él, al estar subordinadas a la acción principal, la de impugnación, lo que debe hacer meditar su conveniencia al trabajador, puesto que todas las acciones que se planteen por acumulación a través de esta modalidad procesal deben acomodarse a sus reglas. De aquí que la limitación no venga reglada ni limitada, sino indirectamente, a través del sometimiento a estos principios procesales²¹³¹.

En cuanto a la acumulación de autos no hay reglas que la impongan como mecanismo para evitar sentencias contradictorias, por lo que se pueden presentar serios problemas prácticos. Así, los artículos 29 y 30 LPL posibilitan, que no imponen, la acumulación de los autos que se tramiten en el mismo juzgado o en diferentes juzgados dentro de la misma circunscripción, pero nada se dice en la norma de la acumulación de aquellos que se lleven en circunscripciones distintas, aunque se refieran, por ejemplo, a un mismo proceso de reconversión de diversos centros de trabajo radicados en diferentes circunscripciones judiciales, que, en puridad y de acuerdo con el artículo 30 LPL, no podrían ser acumulados, puesto que se refiere a los juzgados de *una misma circunscripción*, aunque no todos están de acuerdo²¹³², puesto que podríamos encontrarnos frente a sentencias diferentes e irrecurribles sobre un mismo asunto, el mismo proceso de reorganización empresarial, salvo que entendamos aplicable al

²¹³¹ Para PALOMO BALDA, E.: “Modificación...”, cit., pg. 172, el artículo 154.3 de la antigua LEC imposibilitaba la acumulación cuando las acciones que se pretendían acumular debían enjuiciarse y decidirse en juicios de distinta naturaleza. Igualmente RÍOS SALMERÓN, B.: “Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994”. cit., pg. 430. En la misma lógica DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 140, señala que esa posición se reafirma, “aún más si cabe a tenor de lo dispuesto en el art. 73.1.2 LECiv, pese a la existencia de reglas específicas laborales (¿contradictorias?), como las del art. 27 LPL”.

²¹³² Véase RENTERO JOVER, J.: “La modificación sustancial...”, cit., pg. 95, y PALOMO BALDA, E.: “Modificación...”, cit., pg. 5, donde lo admiten, aunque la medida afecte a trabajadores de distintos centros, provincias o comunidades autónomas.

ámbito social el artículo 76.2 LECiv, a pesar de las fuertes restricciones a su aplicabilidad que derivan de los artículos 77 y ss. LECiv.

3.2.2.7. La sentencia. Posibles pronunciamientos

La sentencia dictada en este proceso no tiene peculiaridad formal alguna, pudiendo, incluso, ser dictada *in voce*, sometándose a las exigencias y requisitos del 50 LPL²¹³³, siendo la única especialidad, con respecto a las reglas comunes de los artículos 97 y ss. LPL, la ya comentada acerca de la ampliación del plazo de que dispone el juez para dictarla que pasa de los cinco días del proceso ordinario a diez días, de acuerdo con el 138.4 LPL.

La sentencia, obviamente, puede ser procesal, como sucede en aquellos casos en que se admite la excepción de inadecuación de procedimiento²¹³⁴, como puede suceder cuando, después de concluido el procedimiento, el juez considera que no se está ante una modificación sustancial o ésta no es unilateral, debiendo abstenerse, en consecuencia, de pronunciamiento alguno sobre el fondo, puesto que esa impugnación no es objeto posible de esta modalidad procesal²¹³⁵. Como ya se ha señalado, la correcta elección del

²¹³³ MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 465. Igualmente, SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo: aspectos procesales”, cit., pg. 376.

²¹³⁴ Véase, sobre esta cuestión, p.e., CRUZ VILLALÓN, J.: “Las excepciones en el proceso laboral”, DL, núm. 55/1.998, pg. 19 y ss, esp. 31 y 32.

²¹³⁵ GODINO REYES, M y SAGARDOY DE SIMON, I: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pgs. 37 y 38, donde señalan que “si la decisión empresarial impugnada no es de las que han de enjuiciarse a través de la modalidad procesal regulada en el artículo 138 de la LPL, el pronunciamiento judicial no podrá ser otro que el de apreciar la excepción de inadecuación de procedimiento, pues aquella modalidad no es cauce hábil para resolver sobre la adecuación a derecho de cualesquiera otra decisión empresarial que no constituya, en sentido técnico, movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo”, siguiendo, entre otras, la doctrina de la STS de 7 de abril de 1.998, Ar 1289.

procedimiento es una cuestión de orden público procesal, de aquí que deba ser apreciada de oficio, incluso aunque no sea alegada por el demandado, porque la elección del procedimiento es, normalmente, una obligación legal en función de la concreta pretensión que se ejercita, de manera que un error en la misma debe conducir a un rechazo procesal sin que el juzgador pueda entrar a conocer del fondo del asunto, sin perjuicio, por supuesto, de que se pueda reiniciar el procedimiento a través del cauce adecuado²¹³⁶. Sin embargo, otra doctrina piensa que también puede entrar a resolver el fondo del asunto e, incluso, reconvertir el procedimiento y entender tramitado otro en caso de error en su elección²¹³⁷.

Confirmada la adecuación del procedimiento y a salvo de otros posibles contenidos procesales como estimación de falta de legitimación, caducidad de la acción, cosa juzgada, etc., el artículo 138.5 LPL ordena que la sentencia entre a resolver el fondo del asunto declarando en su fallo que la modificación sustancial impugnada es justificada, injustificada o nula. De este modo, se subsana la omisión de los artículos 41.3, tercero,

²¹³⁶ En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 4 de noviembre de 1.996, Ar 3728, y de 19 de mayo de 1.994, Ar 2.002, y Cataluña de 17 de noviembre de 1.995, Ar 4462.

²¹³⁷ Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional (STCo 104/1.997, de 2 de junio, RTC 104), donde entiende que los requisitos y formas procesales no tienen sustantividad propia, sino que constituyen medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, por lo que sus posibles anomalías no pueden impedir una respuesta judicial. En igual sentido, entre otras, las SSTS de 11 de junio de 1.997, Ar 5993, y de 27 de diciembre de 1.999, Ar 2.000/1092, de 27 de diciembre de 1.999, Ar 2.000/2029, que reiteran la doctrina ya expuesta en la de 23 de octubre de 1.993, Ar 8060, y otras más antiguas como las SSTS de 23 de junio de 1.983, Ar 3040, 2 de julio de 1.983, Ar 3706, 5 de abril de 1.984, Ar 2042 y 9 de junio de 1.984, Ar 3309, mantienen que la inadecuación de procedimiento, aún siendo una infracción de normas de orden público, no debe conllevar la nulidad más que cuando suponga la ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar el fin propio del proceso o actos procesales a los que afecta, o si comporta la indefensión de una parte, puesto que “las normas procesales, pese a su carácter de orden público y de derecho necesario o indispensable, han de interpretarse con criterio espiritualista y jamás como obstáculo solutorio superando formalismos”. En similar lógica, p.e., las SSTSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2.000, AS 1400, de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, o de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092.

y 40.1, quinto, LET silenciando que un posible contenido del fallo puede ser, además de la justificación o injustificación de la modificación, su nulidad.

El contenido de la sentencia puede ser vario, al igual que el objeto del procedimiento, puesto que el 138.5 LPL señala que “la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo. Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo en el último párrafo del apartado 1 del artículo 40 de texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el último párrafo del apartado 3 del artículo 41 del mismo texto legal”. De acuerdo con este precepto, el contenido de la sentencia puede adoptar distintas modalidades.

a) Sentencia que declara la modificación justificada

Se considerará que la modificación está justificada, *ex* artículo 138.5 LPL, si han quedado acreditadas las razones invocadas por la empresa como causas motivadoras de la modificación sustancial, debiendo constatarse, además, por el juez la oportunidad de la modificación y la conexión de razonabilidad entre la razón invocada y la modificación adoptada²¹³⁸, debiendo quedar probada la realidad de la causa alegada, verificada la correspondencia y proporcionalidad de la modificación en relación a la causa y comprobado si mejora la situación organizativa, productiva o de mercado de la empresa, sin que tenga que ser la medida óptima para ello, sino que es suficiente que contribuya a la mejora de la situación de la empresa²¹³⁹.

²¹³⁸ Sobre esta cuestión véase *supra*.

²¹³⁹ Sobre esta cuestión véase *supra*.

El juez, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos formales, convalidará la decisión modificativa si todo es correcto, ya sea frente al trabajador demandante ya frente al mismo y a los representantes que hubieran participado en las consultas previas, ya frente al resto de trabajadores demandados si lo que se planteaba era una falta de respeto a las preferencias legales o convencionales aplicables. La única salvedad que aquí cabe hacer es recordar que, en nuestra opinión, se puede aceptar como válida la omisión de la notificación si la modificación se ha implementado de manera clara e inteligible para cualquiera, como ya se ha señalado, al igual que cabe también excusar la omisión del preaviso²¹⁴⁰.

La notificación de la sentencia que convalida la modificación, al ser irrecurrible, lo que hace es abrir para el trabajador una doble opción: acatarla y asumir sus nuevas condiciones de trabajo o pedir la rescisión contractual por no estar de acuerdo con ellas, tal y como preceptúa el 41.3 LET, rescisión que será indemnizada si demuestra que le causa los perjuicios previstos o dimitir sin derecho alguno si no existen esos daños. Sobre esta cuestión del derecho a la rescisión contractual indemnizada y el perjuicio se volverá, extensamente, más adelante.

b) Sentencia que declara la modificación injustificada

En caso contrario, si no se cumplen los requisitos legales, la decisión empresarial modificativa deberá ser declarada injustificada o nula.

Hay que resaltar el escaso tratamiento que la norma da a esta cuestión, no obstante su indudable trascendencia jurídica, sobre todo en el trámite de ejecución de sentencia más que en cuanto al contenido del fallo, puesto que los derechos del ejecutante difieren

²¹⁴⁰ Igualmente DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 156 y 157 considera excusable la ausencia de preaviso y, aunque parece admitir también la falta de notificación escrita al trabajador, al final parece rechazarla, sin que deje clara cuál sea su posición final. Véase *supra* lo tratado sobre el preaviso a propósito de la sentencia de injustificación.

bastante en función de la calificación de nulidad o injustificación que el fallo dé a la modificación²¹⁴¹.

Corresponde la calificación de injustificada, de acuerdo con el 138.5, primero, LPL cuando no han resultado acreditadas la existencia de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción invocadas por el empresario o cuando no quedaron debidamente constatadas las consecuencias positivas que la modificación sustancial enjuiciada conllevaría para la mejora de la productividad o de la posición competitiva de la empresa en el mercado en relación con su posición anterior²¹⁴². Este planteamiento conduce a que la justificación o injustificación de la modificación sustancial debe vincularse, esencialmente, a su motivación, aunque no sólo a su falta de acreditación, sino también a la concurrencia real de la causa que la justifica.

Todo esto en cuanto al fondo, porque en lo referente a las formalidades exigidas la cuestión no es pacífica, como se verá a continuación. En cualquier caso, este planteamiento permite decir que deben calificarse como injustificadas todas aquellas situaciones en que la modificación sustancial sea irregular, debiendo declararse la injustificación, de forma residual o subsidiaria, de todos aquellos supuestos que no puedan o deban ser calificados como nulos, o no sean susceptibles de ser subsanados o salvados²¹⁴³.

²¹⁴¹ Véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 274, donde señala, en base precisamente a esta parquedad legal, que se debe hacer una lectura amplia del 138.5 LPL, puesto que la “interpretación literal determinaría la validez de unas medidas claramente ilícitas”, aunque no aclara cuáles sean éstas, “sin perjuicio de las sanciones administrativas que fueran e aplicación en virtud de los apartados 5 y 7 del art. 95 y art. 96.12 ET”.

²¹⁴² Véase, p.e., BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales y vías procesales de impugnación*, cit., pgs. 168 y 169.

²¹⁴³ Igualmente DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit. pg. 161.

Consecuentemente, en esta categoría se pueden incluir la mayor parte de los supuestos enjuiciados²¹⁴⁴, por lo que es necesario distinguir si la no justificación deriva de una infracción de normas de procedimiento, lo que permitirá al empresario subsanar la situación volviendo a tomar la decisión modificativa corrigiendo ese defecto, o si lo que existe es una falta de motivación o racionalidad de la modificación, en cuyo caso no puede ser subsanada la invalidez de la decisión.

Este planteamiento conduce a que la justificación o injustificación de la modificación sustancial deba vincularse a cuanto concierne a la motivación de la medida²¹⁴⁵, entendida no sólo con respecto a su falta de acreditación, sino también a la concurrencia real de la causa que la justifica, existiendo, en cuanto a la vulneración del procedimiento que el artículo 41 LET establece para llevar a cabo las modificaciones sustanciales, división de opiniones, puesto que hay quién considera, de manera acertada, que los defectos procedimentales, por graves que sean, no deben llevar a una calificación distinta de la declaración de injustificada de la decisión modificativa, sobre todo, si se

²¹⁴⁴ Cfr. GODINO REYES, M y SAGARDOY SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica ...*, cit., pgs. 46 y 47, donde clasifica en seis categorías las causas de injustificación de la modificación:

“a) Ausencia de notificación al trabajador de la decisión empresarial de traslado, desplazamiento o modificación sustancial de condiciones de trabajo.

b) Insuficiencia de la notificación, por falta de exposición suficiente de las razones que han justificado la decisión.

c) Que las razones invocadas no sean de las previstas legalmente.

d) Que la decisión empresarial no sirva razonablemente para conseguir los fines previstos en la ley: mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos.

e) Que no queden acreditadas en el proceso las razones invocadas y su adecuación a la finalidad perseguida.

f) Que el trabajador demandante gozara de algún derecho preferente, legal o convencionalmente establecido, a no ser afectado por la decisión empresarial, y no haya sido respetado”.

²¹⁴⁵ Igualmente en este sentido SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 275.

tiene en cuenta que “se reserva la calificación de nulidad para los supuestos de fraude de ley, entendido de un cierto modo”²¹⁴⁶.

Sin embargo, este planteamiento no es en absoluto pacífico, puesto que existen varios puntos necesitados de aclaración.

a') La notificación al trabajador

El primero de ellos se refiere a cuál sea el calificativo que se debe dar a la modificación cuando no existe notificación fehaciente al trabajador o ésta es insuficiente.

Para unos, la calificación debe ser la de injustificada, argumentando que la falta de notificación de la modificación debe acarrear automáticamente la improcedencia, puesto que su omisión no permite valorar adecuadamente la modificación ni reaccionar convenientemente²¹⁴⁷, toda vez que la finalidad de la notificación al trabajador es explicar suficientemente las razones que justifican la decisión empresarial y dotar de certeza tanto la propia decisión como su alcance, naturaleza y tiempo, permitiéndole articular debidamente su oposición a la misma. En suma, la notificación permite que el control judicial se realice sobre la decisión plasmada y concretada en la notificación y las causas invocadas en la misma, control que se ve impedido o, al menos, gravemente

²¹⁴⁶ En esta lógica GONZÁLEZ VELAZCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la reforma procesal”, AL, núm. 33 y 34/1.995, pg. 599. En igual sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 1.998, AS 3342, cuando dice que “siguiendo una evolución legislativa y jurisprudencial que limita los supuestos de nulidad dentro del campo laboral, el párrafo tercero, de la norma que se acaba de citar, limita esta declaración a aquellos casos en los que el fraude de ley se patentice en la elusión de los topes establecidos en las normas que a su vez allí se refieren, no siendo ninguna de las citadas las vulneradas en este caso”.

²¹⁴⁷ Véase, en esta lógica, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación...”, cit., pg. 275, y CAMPS RUÍZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 70, entendiendo que “difícilmente cabrá la acreditación de razones que no hayan sido invocadas”. Entre los pronunciamientos judiciales pueden señalarse, entre otros, la STS de 10 de abril de 2.000, Ar 3523, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 15 de enero de 1.999, AS 842, o la SJS de Sevilla núm. 4, de 13 de diciembre de 2.002, AS 286.

dificultado por su ausencia total o parcial, de tal manera que impide al juez declarar justificada la decisión empresarial²¹⁴⁸. Además, el 138.5, primero, LPL exige que se acrediten las razones “invocadas”, y la invocación de las razones debe hacerse en el momento de la notificación al trabajador y no en otro, sin distinción alguna en el modo de poner en conocimiento esas razones.

A este planteamiento se puede oponer, de entrada, que no está claro que la declaración de que la decisión modificativa empresarial sea “justificada”, término legal, por otra parte, de notoria imprecisión, requiera la observancia de la totalidad de aquellos requisitos, puesto que no parece que decisión “ajustada a derecho” y decisión “justificada” sean aquí términos equivalentes²¹⁴⁹.

Esto es así, porque la validez de la decisión modificativa requiere razones justificativas de índole material y, además, el cumplimiento de unos requisitos formales que conforman un determinado procedimiento que debe ser observado. Porque el término “justificación” parece hacer referencia, únicamente, a los requisitos materiales o sustantivos, pero no a los procedimentales, porque aún incumplidos éstos, la decisión puede estar perfectamente justificada por concurrir las razones que legalmente permiten al empresario adoptarla²¹⁵⁰, puesto que el 138.5 LPL, literalmente, dice que “la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa”, sin hacer mención alguna al cumplimiento de los requisitos

²¹⁴⁸ En este sentido se manifiestan CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 148, y GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica...”, cit., pg. 600.

²¹⁴⁹ Cfr. GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pg. 41.

²¹⁵⁰ GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pg. 41. Igualmente SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 275.

procedimentales, aparte de que sólo exige la acreditación de las razones invocadas sin referencia alguna a la necesidad de que éstas sean suficientes en relación con la decisión modificativa enjuiciada, ni, por supuesto, hace mención alguna al momento de esa invocación.

De aquí que se pueda interpretar que la inobservancia de los requisitos procedimentales, con la excepción del período de consultas exigido para las modificaciones colectivas, configurado expresamente como causa de nulidad en el propio 138.5, tercero, LPL, no debe impedir la calificación de la modificación como justificada si las razones invocadas son reales, han sido debidamente acreditadas y se adecuan a finalidad perseguida²¹⁵¹.

Sin embargo, esta interpretación puede contradecirse argumentando que no es lógico que la norma sustantiva establezca un procedimiento de actuación y unos requisitos para la imposición de la modificación sustancial y después su incumplimiento no genere efecto alguno con respecto a la calificación de esa decisión modificativa, ni que se beneficie de la confusión o la oscuridad de una cláusula precisamente quien provoca esa confusión²¹⁵². Por eso puede defenderse que aunque el incumplimiento de los deberes formales exigidos por los artículos 40 y 41 LET deban tener una sanción, ésta no tiene que consistir imperiosamente en la calificación de la modificación como injustificada, sino que podría consistir en la imposición de sanciones administrativas, al igual que está previsto para la falta de notificación a los representantes en el 95.7 LET. Es más, el artículo 7.6 del RDLeg 5/2.000, de 4 de Agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, tipifica como infracción grave “la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, según lo establecido en el

²¹⁵¹ Igualmente en esta línea GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I: *Ibidem*, pg. 42. Radicalmente contrario se muestra GONZÁLEZ VELAZCO, J.: “Movilidad geográfica...”, cit., pg. 600, opinando que cualquier defecto procedimental debe conducir a la declaración de la modificación sustancial como injustificada.

²¹⁵² Véase, p.e., la STS de 10 de abril de 2.000, Ar 3523, y las SSTSJ de Galicia de 12 de enero de 2.001, AS 2, y de Castilla y León/Burgos de 8 de marzo de 2.006, AS 1092.

artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”. Aquí cabe entender que sólo se refiere a aquellas impuestas contraviniendo la normativa estatutaria, pero esta regulación permite sancionar administrativamente las faltas de procedimiento en la implementación de la modificación por el empresario, sin tener que llegar siempre a la declaración de injustificación.

Ahora bien, también es cierto que la ausencia de una notificación tipo no siempre debe impedir la declaración de la decisión empresarial como justificada, puesto que se debe compatibilizar la libertad de forma instaurada por el legislador para la notificación, ya que no se exige expresamente la forma escrita, y la exigencia de conocimiento suficiente de la modificación por parte del trabajador, como claramente sucede cuando la modificación es consecuencia de un período de consultas, con acuerdos, impugnaciones y/o resoluciones judiciales por conflicto colectivo. Especialmente en estos casos en que hay información suficiente, pero no sólo en ellos, puede bastar una relación en el tablón de anuncios o incluso una orden directa, acompañada de explicaciones justificativas más o menos amplias, para considerar suficientemente cumplimentado el requisito de la notificación, al igual que puede decirse que el trabajador siempre es consciente de que la modificación de las condiciones de trabajo responde en todos los casos a una orden empresarial²¹⁵³. La única duda puede surgir con respecto a si la modificación ordenada tiene un carácter temporal y coyuntural o, en cambio, su vocación es de permanencia, situación que debe analizarse con especial atención, igual que si se ha pretendido ocultar al trabajador la relevancia de los cambios ordenados²¹⁵⁴.

²¹⁵³ Igualmente DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pgs. 157 y 158, quién señala que “si antes no se ha apuntado la conveniencia de exigir (lo que podría ser deseable) un escrito de notificación con pie de recurso, en el que claramente se adviertan los derechos que asisten al trabajador, no podrá tampoco ahora defenderse a ultranza la burocratización del trámite, pues, en definitiva, ese equilibrio es el que se desprende de la normativa vigente”.

²¹⁵⁴ Como señala la SJS núm. 4 de Sevilla de 13 de diciembre de 2.002, AS 286, siguiendo la doctrina de la STSJ Andalucía/Sevilla de 15 de enero de 1.999, AS 842, en estos casos habría de tenerse en cuenta, para la fijación del momento inicial del cómputo, la existencia de “vicios en el consentimiento, como podría ser, por ejemplo, el error inducido o provocado, [que] producen una imposibilidad fáctica de

De aquí que no deba darse una respuesta apriorística, sino que se debe resolver en función de las circunstancias concretas de cada caso²¹⁵⁵, una vez más empujados a la resolución casuística del problema, puesto que no siempre la ausencia de notificación formal es sinónimo de desconocimiento de las causas y circunstancias de la modificación por el trabajador, ni por supuesto de la realidad de la modificación misma, si bien es verdad que su existencia con un contenido lo más completo posible evitará la posibilidad de que el trabajador alegue indefensión, a la vez que su insuficiencia dificultará la acreditación por el empresario de la justificación de la medida modificativa al trabajador que impugna. La conclusión es que no debe existir apriorismo alguno con respecto a la notificación, ni debe equipararse la falta de notificación formal con la inexistencia de notificación y desconocimiento por el trabajador de la modificación sustancial y su implementación.

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho anteriormente, pudiera parecer más coherente con la finalidad de la notificación que en su ausencia la modificación sustancial deba calificarse de injustificada²¹⁵⁶, en línea con las previsiones que en el mismo sentido existen para el despido disciplinario, salvo que aceptemos, como se ha dicho, que en no

ejercitar la acción, pues el interesado ni conoce ni ha tenido posibilidad de conocer el hecho que origina el nacimiento de la acción y el consiguiente inicio del plazo de prescripción o de caducidad, debiéndose en muchos casos tal falta de conocimiento a que el hecho permanece oculto o al error al que hubiera sido inducido el interesado por parte del beneficiario por la prescripción o la caducidad, y que, desde luego, nunca debería beneficiar a quien lo ha provocado, ya que ello sería contrario al principio de buena fe del art. 7.1 CC, y que tiene su reflejo en el ámbito del Derecho Laboral en el art. 20.2 ET”.

²¹⁵⁵ De la argumentación de la STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132, se puede deducir que en otros supuestos es posible llegar a una conclusión distinta: “Mientras que en el presente caso no es posible atribuir a una orden verbal para realizar funciones distintas la condición de hecho inequívoco y concluyente para demostrar la voluntad de imponer una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues se trata de una conducta difusa en la que no es posible distinguir una mera decisión de incumplimiento o de movilidad, de otra de modificación sustancial, de mucho mayor calado”.

²¹⁵⁶ Igualmente GODINO REYES-SAGARDOY DE SIMÓN, cit., pg. 46.

pocas ocasiones la falta de notificación formal puede subsanarse por la notificación informal señalada antes o considerando concurrente una aceptación tácita del trabajador cuando éste recibe la orden modificativa y pasa a realizar sus funciones de acuerdo a las nuevas condiciones de trabajo, sin oponer resistencia ni proceder a la impugnación judicial del cambio dentro del plazo legal de veinte días, como efectivamente sucede en multitud de situaciones, porque, en definitiva, lo que hace actuando así es aquietarse a la modificación sustancial que se ha implementado por la empresa. En cualquier caso, lo que nunca debe conllevar la falta de notificación escrita es la calificación de nulidad radical, como alguna doctrina señala, argumentando que debe ser así porque éste es el único requisito formal que el empresario debe cumplimentar en todo tipo de modificación y el único en las modificaciones individuales²¹⁵⁷ y que, además, si no se sanciona con la nulidad se está haciendo de peor derecho a los trabajadores afectados por modificaciones individuales con respecto a los afectados por las colectivas²¹⁵⁸. En cualquier caso, parece a todas luces excesivo otorgar este tratamiento a la falta de notificación escrita, cuando esta ausencia en un despido, que siempre será más perjudicial para los intereses del trabajador afectado, sólo da lugar a la injustificación del mismo. Otra opción podría ser sancionar al empresario por falta leve del artículo 6.6 del RDLeg 5/2.000, de 4 de Agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social,

²¹⁵⁷ En esta lógica RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 45; igualmente BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones...*, cit., pg. 176, señala que su falta es acreedora de “nulidad radical por defecto de forma”, puesto que su inexistencia “impide cualquier consideración sobre su justificación en razón a sus efectos”, siguiendo el razonamiento de la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 23 de diciembre de 1.998, AS 4723. En parecida lógica la STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2.000, JUR 309845 considera que la inobservancia de los requisitos formales lleva consigo la declaración de nulidad de la modificación “porque aunque la ley no establece la sanción para el incumplimiento de las formalidades, la declaración de justificada o injustificada de la modificación está en relación exclusiva con la acreditación o no de las razones invocadas por la empresa y, porque los requisitos de forma exigidos en el precepto legal se dirige a la preservación de las garantías de los trabajadores que no pueden ver alterado su sistema de trabajo de forma inmediata sin posibilidad de acomodación de su vida laboral”.

²¹⁵⁸ Véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pgs. 277 y 278.

aplicable a los incumplimientos no tipificados expresamente, puesto que “parece excesivo su calificación como muy grave”, tal y como podría desprenderse de una primera lectura del artículo 7.6, que califica de muy grave la imposición unilateral de una modificación de condiciones de trabajo²¹⁵⁹.

En cambio, la falta de notificación a los representantes del trabajador no parece que deba revestir una especial trascendencia para la ratificación judicial de la modificación, sin que este incumplimiento deba dejarse impune, sino que puede ser sancionado, en cuanto infracción administrativa tipificada en el artículo 7.7 del RDLeg 5/2.000, de 4 de Agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, puesto que supone desconocer una competencia atribuida expresamente a los representantes²¹⁶⁰. Ir más allá, calificando de injustificada la modificación por no haberse realizado este trámite, parece excesivo en ausencia de previsión legal para ello, sobre todo si tenemos en cuenta que ni es un requisito esencial del procedimiento, ni provoca indefensión para el trabajador, ni impide que éste pueda acudir a los representantes en solicitud de defensa y apoyo²¹⁶¹.

²¹⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y RODRÍGO MARTÍN JIMÉNEZ “Art. 7”, en *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social* (SEMPERE NAVARRO, A.V. y RODRÍGO MARTÍN JIMÉNEZ, coords.), Aranzadi, Pamplona, 2.003, pg. 112 y ss.

²¹⁶⁰ Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. y RODRÍGO MARTÍN JIMÉNEZ “Art. 7”, cit., pg. 113.

²¹⁶¹ En este sentido, CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 148; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica...*, cit., pg. 45. En contra se muestra BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones...*, cit. pg. 176, que exige la calificación de nulas para aquellas modificaciones individuales en que se haya infringido el procedimiento de modificación, incluida la notificación a los representantes.

b') El preaviso al trabajador afectado

Otro requisito procedimental exigido por el 41 LET es la necesidad de que la implementación de la modificación sustancial se preavise con treinta días de antelación.

Este preaviso tiene como objetivo esencial que el trabajador medite acerca de cuál será su actitud frente a la modificación que se le notifica. Por esto, su finalidad es permitir al trabajador arbitrar lo necesario para compatibilizar la decisión empresarial con su organización vital, que puede verse afectada, toda vez que la modificación puede conllevar cambio de residencia, de jornada, de horario o funciones; disponer de un período de tiempo para decidir y obtener asesoramiento sobre las posibles alternativas de que dispone, ya sea la impugnación judicial de la decisión empresarial o la eventual extinción indemnizada del contrato por los perjuicios que la modificación le causa.

Ahora bien, ¿que actitud debe tomarse frente a su ausencia o incomplicitud?

Evidentemente, el preaviso permite estudiar la respuesta a la modificación que se plantea, pero no parece que constituya una salvaguarda específica de esta institución. De aquí que podamos defender la aplicación a nuestro supuesto de la misma solución prevista para el preaviso del despido objetivo en el 53.4 LET o el que la jurisprudencia admite con respecto a la denuncia de la finalización de los contratos de trabajo de duración determinada superior a los doce meses. En ambos casos es posible compensar la falta o insuficiencia de preaviso con una indemnización equivalente al salario diario por cada día de retraso²¹⁶².

²¹⁶² BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 367; CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 148, niegan que el incumplimiento del plazo de preaviso pueda fundamentar la impugnación de la medida modificativa, sino únicamente una reclamación de indemnización por parte del trabajador afectado, que debe sustanciarse a través del procedimiento ordinario, a semejanza de lo que sucede con la omisión del preaviso en caso de despido objetivo. Pero aquí hay que tener en cuenta que sí es posible acumular a la acción principal de impugnación la compensación del preaviso, y sólo en el caso de que no se impugne la reclamación sí debería hacerse a

Sin embargo, no parece que puedan equipararse completamente ambas situaciones, puesto que el derecho a abono salarial de los días de preaviso omitidos se fundamenta en que el trabajador ha sido despedido y por tanto no tiene derecho a salario alguno, mientras que la modificación sustancial no supone la pérdida del salario, a lo sumo una disminución en función de las condiciones afectadas, en cuyo caso sí se podría exigir la diferencia salarial por los días omitidos de preaviso. No obstante, sí podría pedirse una compensación, que se puede tasar en el salario de los días omitidos, por los daños y perjuicios causados por esa ausencia.

Esta interpretación, que supone que el preaviso no es un requisito esencial cuya ausencia no permite la impugnación de la medida²¹⁶³, se ve reforzada si tenemos en cuenta que si se admite para supuestos de extinción contractual, con más motivo cabrá aceptarla para una modificación sustancial en que no se extingue el contrato. De aquí que el juez pueda, junto a la declaración de justificación de la decisión modificativa, condenar, si se solicita en la demanda, al pago de una compensación económica por la ausencia total o parcial de preaviso, de acuerdo con el 123.1 LPL.

Avala esta tesis el hecho de que la ausencia del preaviso no condiciona el derecho a la rescisión o la impugnación, ni el cómputo de los plazos para el ejercicio de estas acciones, que se referencian sólo al momento de la notificación. De aquí que el trabajador sí pueda demorarse en el cumplimiento de las nuevas condiciones de trabajo, en lo que se puede calificar como *ius resistentiae* limitado a ese lapso de tiempo, retrasando la efectividad de la modificación hasta que el plazo de antelación previsto en

través del proceso ordinario; igualmente PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, cit., pg. 1121.

²¹⁶³ Véase, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 4 de marzo de 1.996, Ar 622, dictada en un proceso de conflicto colectivo, donde se afirma que la falta de preaviso no es causa de nulidad conforme al artículo 138 LPL.

la norma no hubiese transcurrido²¹⁶⁴, aunque otros condicionan este *ius resistantiae* a que, además de la omisión del preaviso, concurren otras circunstancias que permitan deducir la ilegalidad de la orden modificativa²¹⁶⁵, puesto que por razones de urgencia la empresa puede tomar decisiones que superan el poder directivo, normalmente temporales, como sucede con la movilidad funcional descendente derivada de circunstancias perentorias o imprevisibles *ex* 39.2 LET, aunque nada descarta que también lo sean indefinidas, en las que sea imposible preavisar con la suficiente antelación, a la vez que tampoco sea conveniente a la organización productiva la demora en la puesta en práctica de la modificación.

En definitiva, aunque sea una exigencia concreta e imperativa la obligación de un preaviso de 30 días, éste no tiene un contenido garantista directamente relacionado con la decisión a adoptar, por lo que no podrá determinar ni la injustificación ni la nulidad de la modificación, sin perjuicio de hacer uso del *ius resistantiae* hasta completar el plazo de preaviso o exigir una compensación económica por los perjuicios sufridos.

Sin embargo, otra doctrina piensa diferentemente, manteniendo que cualquier infracción del procedimiento de modificación individual, incluida la notificación con el preaviso de treinta días debe dar lugar a la declaración de nulidad de la modificación, aunque atempera su posicionamiento admitiendo “una leve incorrección en el procedimiento – *vg.* un período de preaviso de algo menos de treinta días- en cuyo caso no debiera llevar

²¹⁶⁴ Igualmente en esta lógica BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 367; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 45 y ss., entendiendo que ante el incumplimiento del preaviso únicamente cabe el ejercicio del *ius resistantiae* por los días correspondientes, porque “el interés tutelado por la exigencia de preaviso es el del trabajador en que la medida no revista carácter perentorio”, interés que, en su opinión, “no se vería tutelado por una declaración de injustificación o nulidad que se produciría con posterioridad” y GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación...*, cit., pg. 46.

²¹⁶⁵ DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 156.

aparejada la sanción de nulidad²¹⁶⁶, aunque lo cierto es que los pronunciamientos jurisprudenciales analizados sancionan con la injustificación²¹⁶⁷ o la nulidad²¹⁶⁸ el incumplimiento del plazo de preaviso, en lo que parece un planteamiento excesivamente rigorista de la situación, que llega al máximo cuando se declara injustificada la modificación porque falta un día del plazo por error de cómputo²¹⁶⁹.

²¹⁶⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones...*, cit. pg. 176, con apoyo en la doctrina de la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 23 de diciembre de 1.998, AS 4723.

²¹⁶⁷ Véanse la STSJ de Castilla y León/Burgos de 19 de enero de 2.006, JUR 46417, o la STSJ de Castilla y León/Burgos de 20 de diciembre de 2.005, JUR 41961/2006, que declara injustificada la modificación, no se sabe si por error, puesto que argumenta que en otra sentencia de la sala de 18 de noviembre de 2002 llegó a la conclusión de que “el incumplimiento por la empresa de la notificación a los trabajadores de su decisión con una antelación de 30 días, lleva consigo la declaración de nulidad por defecto de forma, de la medida impuesta por la empresa”. Igualmente declaran la injustificación por omisión total o parcial del preaviso las SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2.003, JUR 178877, la de Cataluña de 10 de diciembre de 2.002, JUR 33543, o las SSJS de de Navarra, Pamplona núm. 3, de 18 de marzo de 2.002, AS 919, y de de 18 de marzo de 2.002, AS 919, de Madrid, núm. 25, de 7 de febrero de 2.000, AS 311, y de de 14 de octubre de 1.998, AS 2673.

²¹⁶⁸ Véanse la STSJ de Castilla y León/Burgos de 14 de septiembre de 2.005, AS 3606, argumentando que “las exigencias de notificación al trabajador, con antelación de 30 días, es plenamente exigible. No habiéndolo hecho así, la entidad recurrente incumplió la normativa laboral. La modificación efectuada es nula”. Igualmente declaran la nulidad las SSJS de Cataluña, Tarragona núm. 1, de 17 de julio de 2.002, AS 163, y de Madrid, núm. 25, de 14 de octubre de 1.998, AS 2673: “ (...) haber sido tomada ésta de manera verbal el pasado día 16-5-2002, declaro nula por cuestión de forma, la modificación tomada el citado día consistente en ordenarle la realización de trabajos y tareas de Peón de Limpieza, así como la modificación de horario”.

²¹⁶⁹ Véase la SJS núm. 25 de Madrid de 30 de octubre de 1.998, AS 3958, que declara injustificada la medida empresarial preavisada con sólo 29 días, “sin que en ningún momento se haya intentado justificar el porqué de este “adelanto” o “subsana” esta deficiencia, pese al tiempo transcurrido desde que se hizo efectivo el cambio”, al incurrir la empresa en el error de creer que el plazo se inicia desde que recibe el trabajador la notificación y no desde el siguiente, de manera que faltó un día del plazo legal.

c') Sistema de preferencias

El sistema de prioridad de permanencia establecido en la norma para los representantes y convencional o contractualmente para todos los trabajadores también presenta interrogantes sobre cuál sea el sentido del fallo que merece la modificación que lo ignora total o parcialmente. Podemos distinguir dos situaciones: la de los representantes y la de los trabajadores en general, aunque ambas tienen en común que estamos ante modificaciones que pueden estar objetivamente justificadas, pero que afectan a trabajadores que tienen una preferencia que no les ha sido respetada, por lo que un sector de la doctrina entiende que habrán de declararse injustificadas²¹⁷⁰, aunque otros opinan que deben ser declarada nulas²¹⁷¹, opiniones que pueden coexistir en función del tipo de trabajador afectado por el incumplimiento del sistema de preferencias.

La prioridad de permanencia en las condiciones originales de trabajo para los representantes está regulada en el artículo 40.5 LET. Esto significa que únicamente tiene prioridad de permanencia el representante si la modificación sustancial consiste en una movilidad geográfica, lo que supone que no tiene prioridad alguna frente a los demás trabajadores si la modificación afecta a cualquier otra condición de trabajo, salvo pacto convencional expreso en ese sentido²¹⁷². Este planteamiento legal ha sido

²¹⁷⁰ GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la reforma laboral”, cit., pg. 599; también CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Crisis y reforma del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 147.

²¹⁷¹ BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 364.

²¹⁷² Poniendo de relieve como el alcance material de las garantías previstas en el artículo 68 LET sólo suponen el derecho de opción a favor del representante en caso de despido improcedente, sin que se extienda a los supuestos de modificaciones sustanciales, SEMPERE NAVARRO, A.V. y PÉREZ CAMPOS, A.I.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2.004, pg. 82 a 84.

criticado y se ha pedido *de lege ferenda* la extensión de la protección existente para la movilidad geográfica a los demás supuestos de modificaciones sustanciales²¹⁷³, al igual que también se ha defendido una interpretación extensiva del privilegio protector a todos los supuestos modificativos o, preferiblemente, “una lectura “fuerte”, en clave “antidiscriminatoria”, del art. 14 CE”²¹⁷⁴. Sin embargo, parece suficiente, como así han entendido los tribunales, la protección derivada de la simple aplicación del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación por motivos sindicales o de desempeño de las funciones de representación²¹⁷⁵.

De aquí que una movilidad del representante en contra de este derecho a la permanencia atenta contra la lógica de la representatividad, al separar los representantes de los representados y constituir, en muchos casos, un atentado al derecho de libertad sindical, por lo que debe ser merecedora de la calificación de nula²¹⁷⁶, aunque otros opinan que se debe calificar, únicamente, de injustificada²¹⁷⁷. No debe olvidarse que la gravedad del incumplimiento de los derechos de los representantes es bastante más trascendental que el mismo incumplimiento de preferencia del trabajador normal, aparte de que la única preferencia expresamente prevista en la norma, *ex* 40.5 LET, es la de los representantes. Además, hay que distinguir en función de la relevancia del bien protegido, puesto que no es igual el traslado a otro centro de un representante que la simple aplicación estricta

²¹⁷³ Véase SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación...*, cit., pgs. 67 y 68, y CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pgs. 185 y 186.

²¹⁷⁴ En este sentido MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1.998, pg. 215 y 216, y la jurisprudencia que cita.

²¹⁷⁵ Este es *de facto* el planteamiento que se muestra, p.e., en las SSTSJ de Murcia de 26 de mayo de 2.003, AS 1783, y de Cataluña de 27 de enero de 2.005, AS 397.

²¹⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “Las modificaciones...”, pg. 260; DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 162.

²¹⁷⁷ Véase MARÍN CORREA, J.M.: “La nueva movilidad geográfica”, AL, núm. 24/1.995, pg. 418, y GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pg. 44.

del criterio de antigüedad, por ejemplo. Por otra parte, debe señalarse que no siempre la movilidad del representante conduce a la no justificación de la modificación, puesto que cabe que se respeten todos sus derechos, garantías y preferencias²¹⁷⁸ y, a pesar de todo, verse afectado éste necesariamente, en cuyo caso no hay nada que objetar y la modificación habrá de ser convalidada.

En los demás supuestos de preferencia la respuesta debe ser, igualmente, el rechazo de la modificación, aunque ahora la no consideración de las preferencias debe provocar la injustificación de la modificación²¹⁷⁹, puesto que el 138.2 LPL exige que si el objeto del debate versa sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados, es decir que el trabajador que tiene la preferencia ha de demandar, además de al empresario, a los trabajadores que no la tienen, probar su condición e individualizar, en su caso, al trabajador concreto que ha visto mejorado su derecho, para que el juez decida sobre el respeto o no de esa prioridad, decisión que actúa como presupuesto previo a la calificación de la modificación, que habrá de calificarse como injustificada si no ha respetado el sistema de preferencias establecido²¹⁸⁰.

²¹⁷⁸ A su vez, dentro de los distintos tipos de representantes se puede jerarquizar el orden de afectación, debiendo tener la máxima preferencia la representación legal, seguidos de los sindicales, que son designados, no electivos como los unitarios, y a continuación las demás preferencias, primero las convencionales seguidas de las contractuales, y dentro de ellos por el orden de presentación de la lista. Véanse, sobre estas cuestiones, ORTIZ LALLANA, M.C.: *La movilidad geográfica en la empresa*, cit., pg. 62 y ss. y RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 65 y ss. Igualmente, DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 162, señala otros posibles criterios como la candidatura más votada, la mayoritaria, o la antigüedad en el cargo.

²¹⁷⁹ CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994-1996)*, cit., pg. 147.

²¹⁸⁰ GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pg. 44; DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 160.

En esta misma lógica debe leerse lo previsto en el 138.5, primero, LPL, cuando supedita la justificación de la decisión modificativa a la acreditación de las razones invocadas “respecto de los trabajadores afectados”, acreditación que no existirá si los afectados no debieron serlo por tener preferencia frente a otros compañeros. Ahora bien, en ningún caso podrá el juez sustituir al trabajador afectado por la modificación, sino que habrá de ser el empresario quién la lleve a cabo, al igual que no puede cambiar o modular la modificación sustancial, sino que, *ex* 138 LPL, se tiene que limitar a considerarla íntegramente justificada, injustificada o nula, puesto que en norma alguna sustantiva o procesal se faculta al juez para ello. Indudablemente, ese riesgo ha de asumirlo el empresario cuando incumple el sistema de preferencias, porque ha de imponer la modificación al trabajador indebidamente beneficiado, con vinculación a las precisiones que la sentencia hubiese establecido acerca del sistema de preferencias y de la valoración de sus condiciones y méritos profesionales, puesto que ha sido parte del proceso de impugnación, de tal modo que, aunque éste impugnase la modificación cuando le fuese notificada, no podrá discutirse de nuevo ni el sistema de preferencias ni la apreciación de sus condiciones particulares con respecto a su aplicación, lo que es consecuencia del carácter de cosa juzgada del fallo dictado en el anterior proceso de impugnación en que también fue parte.

Sin embargo, sí parece posible discutir la relación de preferencia de este segundo trabajador con respecto a otros que considere de peor derecho que él y así sucesivamente si llegara el caso. Esta cascada de posibles impugnaciones sólo podría evitarse si el fallo tuviese carácter general, lo que no es el caso, salvo que la impugnación lo haya sido a través del proceso de conflicto colectivo, buscando la clara delimitación del sistema de preferencias, aunque no podría haber servido para una impugnación de carácter individual como la que nos ocupa.

No obstante, alguna doctrina ha defendido que el juez tiene potestad, no sólo para declarar cuál sea el mejor derecho, sino también para determinar el orden en que la

modificación ha de ser implementada. De aquí que pueda declarar la injustificación de la decisión que sujeta a un trabajador en detrimento de otro, lo que implica que su condena obliga tanto al empresario como al trabajador indebidamente beneficiado. Esta posición, que también es razonable, se sustenta, además de en el principio de economía procesal, en que concede pleno sentido a la obligatoriedad de la situación consorcial²¹⁸¹.

En cualquier caso, la sentencia que declara injustificada la modificación permite al trabajador pedir, en ejecución de la misma, su reposición al estado de cosas anterior a la decisión modificativa, con las consecuencias que conlleve tanto para la empresario como para aquellos trabajadores que hubiesen sido considerados con preferencia al actor, puesto que, posiblemente, la reposición de éste en sus condiciones anteriores conlleve la modificación de las de aquellos otros. Como se observa, la ejecución de la sentencia que declara la modificación injustificada, no sólo en estos supuestos, plantea una amplia problemática sobre la que se volverá más adelante.

c) La nulidad de la modificación

Finalmente, existe para el juez la posibilidad de calificar la decisión modificativa como nula, lo que supone dejar sin efecto esa decisión, con la consiguiente obligación empresarial de reponer al trabajador en su situación anterior. Se puede declarar la nulidad de la modificación porque el artículo 138.5 LPL señala que merece esta declaración de nulidad la modificación sustancial adoptada en fraude de ley, refiriéndose al supuesto previsto en el 40.1, para la movilidad geográfica, y 41.3, cuarto LET, para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, que tienen idéntica redacción que el 51.1.5 LET para los despidos colectivos. La expresión legal se refiere a la obligación de declarar nulas aquellas decisiones que se adopten acudiendo al procedimiento individual o plural con el objeto de eludir las previsiones del procedimiento colectivo de modificación, es decir, cuando exista una utilización abusiva y fraudulenta de los topes de trabajadores que pueden ser tomados en

²¹⁸¹ DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 128.

consideración para calificar como individual o plural y no colectiva la modificación sustancial y se demuestre la realidad del uso fraudulento²¹⁸².

Sin embargo, también hay otros supuestos en que la decisión modificativa merece el calificativo de nula, a pesar de que en la estricta expresión del 138.5 LPL nada se recoja, como sucede cuando se aprecia una vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, en que la única calificación que cabe es la nulidad²¹⁸³, con

²¹⁸² Véase CAMPS RUÍZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 71; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., 43. Entre los pronunciamientos judiciales, pueden verse las SSTSJ de Aragón de 5 de junio de 1.996, AS 2328, y Andalucía/Málaga de 24 de enero de 1.997, AS 250, que anulan, por incumplimiento de los requisitos procedimentales, la modificación colectiva llevada a cabo fraudulentamente por el procedimiento individual, al igual que la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2.004, AS 3539, cuando declara la nulidad porque “se fraccionó en individual una modificación colectiva que tenía el mismo origen o fundamento, eludiendo de esta forma los oportunos trámites previstos con la necesaria participación de los representantes legales de los trabajadores que exige toda modificación colectiva”. En similar línea mantiene que procede la anulación por utilización fraudulenta del procedimiento individual, p.e., la STS de 2 de junio de 1.997, Ar 4617.

²¹⁸³ Se pronuncian por la declaración de nulidad para supuestos de infracción de derechos fundamentales, entre otras muchas, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2.003, JUR 178877: “quedando en principio reservado el pronunciamiento de nulidad de la decisión para los supuestos de fraude de ley (art. 138.5º LPL) y de vulneración de derechos fundamentales del trabajador”. Igualmente, las SSJS de Navarra, Pamplona núm. 3, de 18 de marzo de 2.002, AS 919, las de Madrid, núm. 25, de 7 de febrero de 2.000, AS 311, y de 30 de octubre de 1.998, AS 3958, señalando que la declaración de nulidad “está limitada a aquellos supuestos en los que se vulneran derechos fundamentales o, exclusivamente, lo previsto en el párrafo tercero, del núm. 5 del art. 138, del TRLPL”.

Declara la nulidad de la modificación sustancial emprendida, la STSJ de La Rioja de 27 de enero de 2.004, JUR 90931, por afectación de la “garantía de indemnidad”, argumentando que “ha quedado acreditado que no existe ninguna causa legal que justifique la medida adoptada por la empresa, sino que estamos en presencia de una reacción o represalia empresarial”. De manera similar, la STSJ de La Rioja de 23 de diciembre de 2.004, AS 3861, declara la nulidad de la modificación subsiguiente a la ejecución de la anterior sentencia, ahora por “afectación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del 24.1 CE”, porque la “medida adoptada por la empresa demandada ha vulnerado la garantía de indemnidad de la trabajadora demandante”. Defienden este planteamiento GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad

independencia de que se haya seguido o no la vía del proceso especial de la tutela de derechos fundamentales²¹⁸⁴, como sucede en el caso, ya analizado, de la falta de respeto a la preferencia del representante en caso de traslado, y, para algunos también cualquier otro supuesto en que no se respeten los mínimos legales de derecho necesario en la materia objeto de alteración²¹⁸⁵, porque, en principio, cualquier incumplimiento material o formal del régimen de las modificaciones sustanciales puede ser calificado de nulo, sino lo ha sido de injustificado, como sucede con aquellas modificaciones realizadas ignorando total o parcialmente el procedimiento legal o convencional aplicable²¹⁸⁶.

geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y la reforma procesal”, cit., pg. 599 y ss., y GALDÓS LOYOLA, E.: “La ejecución de las sentencias en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones laborales”, AL, núm. 43/1.997, pg. 1.070.

²¹⁸⁴ Véase CACHÓN VILLAR y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 147. Igualmente en esta lógica la STS de 2 de junio de 1.997, Ar 4617. En estos casos, por el carácter opcional del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 175 y ss LPL, no es determinante para esta calificación que el proceso se haya seguido por la modalidad específica de tutela de libertad sindical, puesto que igualmente se puede encauzar la pretensión por el procedimiento de impugnación de modificaciones sustanciales del 138 LPL.

²¹⁸⁵ Véase, en esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 162 y ss.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica...”, cit., pg. 43 y ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 339; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El Régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 275 y 276.

²¹⁸⁶ Véase, como ejemplo de este tipo de pronunciamiento, la SJS de Tarragona, núm. 1, de 17 de julio de 2.002, AS 2003/163, que llega “a la conclusión de que la inobservancia de los requisitos formales del primer párrafo del apartado tercero del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, lleva consigo la declaración de nulidad de la medida de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”; igualmente, la STSJ de Navarra de 29 de septiembre de 2.000, AS 4558, dice que “la empresa debió dar cumplimiento al trámite de consultas previsto en el artículo 41.4 de la Ley Estatutaria, cuya inobservancia provoca la nulidad de estas medidas adoptadas por la empleadora”; muy clarificadora es la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 1.998, AS 4290, al señalar que “como quiera que el período de consultas resulta ser la especialidad del procedimiento de modificación colectiva, su ausencia debe comportar la declaración de nulidad de la modificación. Su elusión es, en efecto, otro modo fraudulento de convertir en individual una modificación colectiva y, por tanto, como unánimemente ha entendido la

Sin embargo, dado que los efectos de la nulidad y de la injustificación son distintos y más severos para el empresario en el primer caso que en el segundo, aunque ambos sirven para volver, en principio, la situación modificada al origen, si bien en el caso de la nulidad no se puede cambiar la ejecución en los propios términos por su equivalente pecuniario, salvo casos extremos, debe especificarse claramente cuando procede una u otra calificación, dada la gran trascendencia que en el momento de la ejecución tiene el que la modificación haya sido conceptuada de una u otra manera.

La declaración de nulidad procede, no sólo en casos de fraude de ley, único y limitado supuesto expresamente previsto en la norma²¹⁸⁷, sino también para supuestos de infracción de normas imperativas y prohibitivas, de conformidad con las previsiones del artículo 6.3 del Código Civil, como sucede cuando la modificación sustancial se considere discriminatoria o contraria a prohibiciones legales expresas, cuando contenga modificaciones prohibidas por la norma sustantiva, como sucedería si se modifican

jurisprudencia, la calificación pertinente es la de nulidad”. También la STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2.000, AS 4589, declara la nulidad de la modificación considerando que “la empresa no ha respetado la necesaria negociación previa de buena fe y durante un período mínimo de consultas de 15 días que exige el art. 41.4º del Estatuto de los Trabajadores, ni las formalidades al respecto previstas en el art. 13 del convenio colectivo del sector”, al igual que las SSTSJ de Galicia de 6 de octubre de 1.999, AS 6239, la de Cataluña de 5 de febrero de 1.998, AS 572, del País Vasco de 16 de noviembre de 1.99, AS 4217, y de la Comunidad Valenciana de 1 de diciembre de 2.005, JUR 74345, si bien en este caso se llevaron a cabo las negociaciones y consultas informalmente con los trabajadores afectados no con el comité de empresa, por lo que “no constando negociación alguna con dicho Comité, la consecuencia que de ello se derivaba era la declaración de nulidad de la implantación de la medida”.

²¹⁸⁷ La mayoría de la doctrina resalta la incongruencia de que se reserve la nulidad únicamente al supuesto previsto en la norma y se niegue a otros casos en que exista una vulneración incontestable y directa de las reglas aplicables, aunque no se aplique la técnica del fraude. Véase, p.e., CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 149; CAMPS RUÍZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 71; GARCÍA MURCIA, J.: “La incidencia de la Ley 11/1994...”, op. cit., pg. 112 y ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *Las modificaciones...*, op. cit., pg. 342; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial...”, op. cit., pg. 170 y ss.; y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de...*, op. cit., pgs. 160 y ss.

unilateralmente condiciones pactadas en convenio colectivo, o cuando la modificación infringe normas de derecho necesario, como modificar el salario por debajo del salario mínimo o aumentar la jornada por encima del tope máximo legal²¹⁸⁸.

Sin embargo, no todas las infracciones de normas imperativas y prohibitivas, a pesar de la dicción del 6.3 CC²¹⁸⁹ son acreedoras del calificativo de nulas, toda vez que la declaración de injustificación también lleva aparejada idéntica consecuencia, la anulación del acto así calificado.

Por eso, alguna doctrina diferencia entre infracción directa o abierta, la del 6.3 CC, y la infracción indirecta u oblicua del 6.4 CC en que se intenta esconder la verdadera naturaleza del fraude²¹⁹⁰, sancionándose siempre éstos con la nulidad, mientras que los contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, pero no en fraude de ley, no siempre se consideran nulos, puesto que, previo análisis de la gravedad de la infracción, cabe que se consideren insalvables o simplemente un acto irregular sin entidad suficiente para provocar la nulidad, sin perjuicio de que permita la declaración de injustificado y pueda generar *ex* 94.6 LET la correspondiente infracción administrativa o la exigencia de indemnización por daños y perjuicios²¹⁹¹.

²¹⁸⁸ En esta lógica, véase, p.e., MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 466.

²¹⁸⁹ “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención”.

²¹⁹⁰ Cfr. ALBADALEJO, M.: *Derecho civil*, tomo I, Bosch, 1.970, pg. 129.

²¹⁹¹ Critican la falta de lógica de que se castigue más gravemente la infracción indirecta que la directa CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 149, citando a DE CASTRO. Igualmente, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 174.

Esto nos emplaza ante el problema, ya comentado, de qué calificativo merece la infracción de las normas procedimentales del 41 LET, que anteriormente calificamos como normas imperativas²¹⁹², diferenciando entre el procedimiento colectivo y el individual.

La situación es clara si el incumplimiento se refiere a las normas de procedimiento para la válida adopción de modificaciones sustanciales colectivas. En este caso, si la modificación se decide unilateralmente sin llevar a cabo el período de consultas y negociaciones y, en el caso que sea preceptivo, no se concluye el obligado acuerdo modificativo, la modificación ha de ser declarada nula²¹⁹³, procediendo este calificativo en los supuestos de infracción grave de las normas reguladoras del específico procedimiento de las decisiones modificativas colectivas, como igualmente sucede cuando no se respeta el deber de negociar de buena fé con vistas a conseguir un acuerdo²¹⁹⁴ o la modificación de un convenio sin el preceptivo acuerdo²¹⁹⁵ o cuando éste no ha obtenido la mayoría exigida por el 41.4, tercero, LET, al igual que si la modificación no se somete a los procedimientos extrajudiciales de mediación o arbitraje que hubiesen sido pactados en convenio estatutario *ex* 85.1 LET²¹⁹⁶; igual calificación

²¹⁹² Véase lo dicho *supra*.

²¹⁹³ Véase, p.e., la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de septiembre de 1.998, AS 4290, argumentando que como “el período de consultas resulta ser la especialidad del procedimiento de modificación colectiva, su ausencia debe comportar la declaración de nulidad de la modificación”.

²¹⁹⁴ Entre otras, las SSTSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2.000, AS 4589, o de Madrid de 22 de mayo de 1.998, AS 1728.

²¹⁹⁵ Cfr., p.e., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones...*, cit., pg. 160, o BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 175 y 176.

²¹⁹⁶ MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 467.

merece la modificación de materias distintas a las del 41. b),c), d) y e) LET, aunque sea por acuerdo de empresa, si están recogidas en convenio colectivo²¹⁹⁷.

Sin embargo, otra doctrina piensa, dado que no está prevista específicamente la nulidad salvo en el supuesto del fraude de ley recogido en el 138.5 LPL, que se debía aplicar la regla general de una declaración de la modificación como justificada o injustificada²¹⁹⁸, mientras que otros distinguen entre situaciones en las que procede la nulidad y otras en que lo apropiado sería calificar de injustificada la modificación²¹⁹⁹.

Ahora bien, si contemplamos la regulación del despido disciplinario y colectivo, dada la similitud causal que los justifica y el paralelismo existente en la regulación de los artículos 41.3, cuarto, y 51.1, quinto, LET, así como la remisión que el 138.6 LPL hace al procedimiento de ejecución de las sentencias firmes de despido y la doctrina jurisprudencial sobre el despido nulo por fraude de ley²²⁰⁰, se observa que el interés protegido por la sanción de nulidad es el mismo en el caso de los despidos colectivos que en las modificaciones sustanciales colectivas: el de los trabajadores afectados por la decisión empresarial que debe tomarse siguiendo un procedimiento expresamente

²¹⁹⁷ BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 368, donde hacen una enumeración de todos los supuestos merecedores de la declaración de nulidad. Igualmente CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma...”, cit., pg. 163.

²¹⁹⁸ Véase, en esta lógica, GONZÁLEZ VELAZCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...”, pg. 599.

²¹⁹⁹ Véase PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de las acciones individuales”, cit., pgs. 180-181.

²²⁰⁰ GARCIA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, cit., pg. 127. Acerca del alcance de la reforma de 1994 y la citada doctrina véase CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario”, RL, t. II/1.994, pg. 79, y más ampliamente en “La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos”, en AA.VV., *El régimen del despido tras la Reforma Laboral*, Ibidem, Madrid, 1.995, pg. 57.

previsto en la norma. Por esto, como lo perseguido es garantizar los derechos colectivos en juego deben declararse nulas aunque no esté previsto expresamente en la norma²²⁰¹.

Lo contrario conduce al absurdo, como se ha señalado²²⁰², de considerar nulas las modificaciones individuales llevadas a cabo fraudulentamente para evitar las reglas de la tramitación colectiva y considerar injustificadas aquellas otras en que de forma clara y abierta se incumple la normativa reguladora de esas modificaciones colectivas.

Fuera de estos supuestos, todos ellos de modificaciones colectivas, sólo se puede sostener, como se ha dicho antes, en el marco del proceso del 138 LPL la declaración de nulidad para las decisiones empresariales que conlleven la violación de un derecho fundamental del trabajador afectado, en línea con la doctrina jurisprudencial aplicable en relación al despido producido con vulneración de los derechos fundamentales, lo que normalmente supone la reposición inmediata del trabajador en sus condiciones

²²⁰¹ Son muchos los pronunciamientos judiciales que declaran la nulidad de la modificación colectiva emprendida sin respetar la tramitación prevista en la norma. Pueden verse, p.e., las SSTS de 16 de abril de 1.999, Ar 1.998, 2865, o de 11 de mayo de 1.999, Ar 3350, en el primer caso por no llevar a cabo las consultas y en el segundo por no llegar al acuerdo con los representantes. Igualmente las SSTSJ de Andalucía/Málaga de 4 de noviembre de 2.004, JUR 2.005/57973, y la de Madrid de 26 de julio de 2.004, AS 1912, ambas por omisión del ERE; de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2.004, JUR 176426, de de 24 de octubre de 2.000, AS 3181, STSJ Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2.000, AS 507, de Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2.000, AS 3524, de Galicia de 30 de abril de 1.996, Ar 1283, todas por incumplimiento de requisitos procedimentales, en base a argumento, expuesto entre otras por la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de septiembre de 1.998, AS 4290, de que “como en él radica la especialidad del proceso de modificación colectiva, su ausencia debe soportar la declaración de nulidad de la modificación”.

²²⁰² Véase, p.e., ALFONSO MELLADO, C. y otros, *La reforma del proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994, pg. 52; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 16; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 181.

originarias, con exclusión de la indemnización sustitutoria, como mejor modo de reparación del derecho fundamental transgredido²²⁰³.

Sin embargo, se debe distinguir entre las exigencias de garantía y las exigencias de forma, puesto que las consultas se pueden haber llevado a cabo sin documentación escrita, al igual que la notificación de la modificación puede hacerse verbalmente, sin que la falta de forma escrita, no exigida expresamente por la norma, implique de suyo la nulidad, sino que ésta, de existir, derivará de la falta de garantías, es decir, de la incorrecta realización del trámite de modificación colectiva²²⁰⁴. Ahora bien, debe recordarse que la ausencia de notificación o preaviso a los trabajadores afectados por modificaciones sustanciales, sean éstas individuales o colectivas, debe provocar, si acaso, la injustificación de la modificación, no su nulidad, como ya se ha dicho²²⁰⁵, aunque para alguna doctrina, los defectos de forma deben conllevar la nulidad radical también en las modificaciones individuales²²⁰⁶.

En cualquier caso, la declaración del carácter nulo o injustificado de la modificación, contrariamente a lo que con carácter general sucede cuando ésta es justificada, puede generar un nuevo procedimiento al ejercitar posteriormente una acción reclamando los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la decisión empresarial, que se

²²⁰³ En esta línea PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, pg. 182. Sobre esta última cuestión se volverá, más adelante, cuando se trate de la ejecución de las sentencias que declaran la nulidad.

²²⁰⁴ Igualmente MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 467.

²²⁰⁵ Véase lo dicho *supra*.

²²⁰⁶ En este sentido BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 176, con apoyo en la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 23 de diciembre de 1.998, AS 4723, si bien el supuesto contemplado es una modificación colectiva impugnada a través del 151 LPL.

sustanciará a través del procedimiento ordinario con aplicación de las reglas generales de prueba²²⁰⁷.

d) Efectos de la sentencia

Los efectos de la sentencia dependen de cuál sea la calificación que ésta dé a la decisión modificativa enjuiciada.

Si se declara justificada, el trabajador no tiene más opción que continuar desempeñando su trabajo en las nuevas condiciones laborales que la modificación sustancial, convalidada judicialmente, ha impuesto o, si se cumplen los requisitos materiales y formales para ello, rescindir o resolver su contrato²²⁰⁸, porque la convalidación de la modificación no impide el ejercicio de estos derechos, como se verá más adelante, y, finalmente, si no desea prestar su trabajo en las nuevas condiciones, dimitir o abandonar su puesto. Además, debe cesar inmediatamente la posible suspensión cautelar de efectos de la modificación sustancial, si esta se concedió, o el *ius resistendae* que el trabajador hubiese podido invocar.

Si la decisión resulta injustificada, el artículo 138.5 LPL ordena que la sentencia reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, en lo que es una auténtica sentencia condenatoria, toda vez que se reconoce el derecho del trabajador y la correlativa obligación del empresario²²⁰⁹, aunque se puede

²²⁰⁷ Sobre tal posibilidad ALFONSO MELLADO, C.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994, pg. 105; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, pg. 183. Más ampliamente, véase lo dicho *infra* acerca de esta posibilidad.

²²⁰⁸ Véase lo dicho *infra* sobre estas posibilidades.

²²⁰⁹ Para una distinción entre las acciones declarativas, constitutivas y de condena, véase, p.e., BOTANA LÓPEZ, J.M.ª: *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas, 1.995, pg. 17 y ss.; igualmente CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 148.

diferenciar en función de que se dicte antes o después de que entre en vigor la decisión modificativa impugnada.

En el caso de que la sentencia se haya dictado antes de que finalice el plazo de treinta días de preaviso y sin que la modificación sea efectiva, la declaración judicial de que la decisión modificativa es injustificada lo que hace es evitar que la modificación llegue a ejecutarse, luego la sentencia será meramente declarativa.

En cambio, si se dicta con posterioridad a la materialización de los cambios de condiciones de trabajo sí estamos ante una sentencia claramente condenatoria, puesto que la declaración judicial comporta la condena al empresario a reponer al trabajador en sus condiciones de trabajo anteriores, sin detrimento de la posible indemnización por los daños y perjuicios sufridos por haberse visto obligado a trabajar en unas condiciones impuestas ilegalmente²²¹⁰, ni de la posible ejecución por equivalente.

Si la declaración ha sido de nulidad, los efectos son los mismos que la declaración de injustificación, puesto que obliga a reponer al trabajador en las condiciones anteriores, aunque difiere en la fase de ejecución, cuando el empresario se niega a cumplir la condena dictada por el juez, porque en este caso, en teoría, sólo cabe la ejecución *in natura*, toda vez que el 41, tercero, *in fine*, LET señala que la modificación calificada como nula no produce efectos, luego se ha de volver a las condiciones originales²²¹¹.

²²¹⁰ Sin perjuicio de que se tratará extensamente esta cuestión más adelante, cabe señalar que aceptan la reclamación de indemnización complementaria con base en el 1.101 CC, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 33, y PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, op. cit., pg. 183 y ss. En contra, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, cit., pg. 1121, opinan que el artículo del 1.101 CC se proyecta, en el ámbito laboral, únicamente en el artículo 50 LET, que de este modo lo desplaza y sustituye.

²²¹¹ En este sentido: LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 343.

3.2.2.8. La ejecución de sentencias

Como es conocido, no siempre el obligado por la sentencia cumple de *motu proprio* la obligación que se le ha impuesto y hay que acudir al mecanismo coercitivo previsto, que no es otro que la fase ejecutiva del proceso, subordinada respecto a la principal, la declarativa, y que tiene como única finalidad hacer cumplir las sentencias que voluntariamente no se cumplan por los obligados a ello²²¹².

Actualmente, su regulación se contiene en el 138 LPL, párrafos 6 y 7, dedicándose el primero a la ejecución de las sentencias que declaren injustificada la modificación, mientras que el segundo hace lo propio con aquellas en que el fallo declara la nulidad de la decisión empresarial²²¹³.

a) Justificadas

La ejecución de las sentencias que declaran justificada la modificación es, obviamente, la que menos problemas presenta, puesto que el empresario siempre puede ejecutar unilateralmente el fallo, sea directamente, dictando órdenes al trabajador para que adapte su prestación a las nuevas condiciones de trabajo, o a través de la potestad

²²¹² Sobre esta cuestión véase, p.e., ANDINO AXPE, L.F.: *Ejecución en el orden jurisdiccional laboral*, Comares, Granada, 1.996, o SALINAS MOLINA, F.: “Ejecución en la Jurisprudencia Constitucional”, en CDJ, *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CGPJ, 1.996; con carácter más general puede consultarse, p.e., BAYLOS, BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., o ALBIOL MONTESINOS, I., *et al.*: *Derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia.

²²¹³ Sobre la evolución legislativa en esta cuestión puede verse RIVERO LAMAS, J.: “Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 86 y ss.; así como la crónica, ya citada, de SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y...”, pgs. 51 y 52, sobre el *iter* legislativo del primitivo art. 137 bis 6º LPL.

disciplinaria, sancionando los comportamientos que contraríen sus prescripciones. Sin olvidar, además, la ejecutividad inmediata de la propia orden modificativa.

La única excepción al cumplimiento pacífico de estos fallos confirmatorios de la decisión empresarial, reside en el posible ejercicio de las facultades rescisoria o resolutoria del trabajador, ejercitables también tras la declaración judicial de conformidad de la modificación.

Además, como esta es una sentencia de tipo declarativo²²¹⁴, que no genera, por tanto, ningún título ejecutivo, se ha podido decir que no es susceptible de ejecución²²¹⁵. Sin embargo, la declaración de conformidad con la pretensión principal no excluye la existencia de una condena parcial respecto a otros derechos complementarios, como indemnizaciones por ausencia de preaviso u otros, cuya ejecución se podrá hacer acudiendo a las reglas de la ejecución de las obligaciones dinerarias²²¹⁶, o sobre el reconocimiento de otros derechos, como plazos de incorporación o permisos adicionales, en que la naturaleza estrictamente declarativa de la sentencia será título suficiente para contradecir órdenes empresariales contrarias²²¹⁷.

²²¹⁴ Véase la STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2.004, AS 2158, p.e., donde se afirma que “el objeto del proceso sobre «modificaciones sustanciales» es principal y básicamente declarativo o una declaración de nulidad de la decisión empresarial”.

²²¹⁵ Véase GALDÓS LOYOLA, E.: “La ejecución de las sentencias en materia de movilidad geográfica...”, , pg. 1.071.

²²¹⁶ Véanse los artículos 246 y ss. LPL.

²²¹⁷ Véase BOTANA LÓPEZ, J.M^a: *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, cit., pg. 182 y ss., donde trata de las formas de satisfacer la pretensión por medio de sentencias declarativas.

b) Ejecución de sentencias de injustificación

En cambio, la ejecución de las sentencias que declaran injustificada la modificación sustancial plantea múltiples cuestiones, centrándose el debate en conocer si estamos ante una hipótesis donde se asegura el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia, es decir la ejecución en sus propios términos, o si cabe su sustitución por una indemnización compensatoria en el caso de incumplimiento total o parcial de lo sentenciado²²¹⁸.

La cuestión surge de la redacción del propio artículo 138 LPL²²¹⁹. La primera y clara opción legal se muestra en el 138.5 LPL, cuando se dice que se reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo si la modificación resulta injustificada.

Esta fórmula, reiteración de la misma idea que se expresa también en los artículos 41.1 y 41.3 LET, puede hacer pensar, aunque no es el caso, que se ha optado clara y

²²¹⁸ Como señala DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 182, estamos ante un “debate de gran intensidad en el que parecen confluir, no siempre de forma armónica, derechos fundamentales (art. 24 CE) y elementos estructurales del propio Poder Judicial (arts. 117 y 118 CE) e, incluso, por qué no, de la concepción y funcionalidad del propio Derecho del Trabajo”.

²²¹⁹ Artículo 138.5 “La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo”.

138.6: “Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el art. 50.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores conforme a lo establecido en los artículos 277, 278 y 279 de la presente Ley”.

138.7: “Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la ejecución prevista en el apartado anterior”.

decididamente por un modelo de ejecución que garantice la reposición del trabajador en sus condiciones originales de trabajo, que, por otra parte, debiera ser el objetivo de un proceso que se ha iniciado por el trabajador desechando la otra alternativa de que disponía, que era la extinción contractual, lo que conduce a pensar que la reposición en las condiciones anteriores sería la consecuencia más lógica y justa del proceso judicial de impugnación emprendido.

Sin embargo, si a continuación se lee el 138.6 LPL se comprueba que si el empresario se niega a reponer al trabajador en sus condiciones originales se le concede a éste la posibilidad de optar entre la ejecución del fallo o la extinción indemnizada, remitiéndose a los artículos 50.1,c) LET y 277, 278 y 279 LPL, todos referidos a la extinción contractual.

A esta cuestión, ya muy debatida²²²⁰, sólo se puede responder que la inicial reposición del trabajador *ex* 138.5 LPL, se puede transformar, sin duda alguna, en una deuda pecuniaria²²²¹, máxime si tenemos en cuenta que el 138.7 matiza que la sentencia se

²²²⁰ Véanse, por todos, BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 370; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales...*, cit, pg. 178 y ss.; CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del Proceso Social (1994-1996)*, op. cit., pgs. 151-153; GALDÓS LOYOLA, E.: “La ejecución de sentencias en materia...”, op. cit., pg. 1.071 a 1.076; GODINO REYES, M. y SAGARDOY SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación...*, cit., pgs. 59 a 61; GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la reforma procesal”, cit., pgs. 601 y 602; MARTÍNEZ EMPERADOR, F.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial...”, cit., pg. 129; SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones...”, cit. , pgs. 54 y 55.

²²²¹ Véase, p.e., la STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2.004, AS 2158, señalando que el 138. 6 y 7 LPL, al igual que sucede con el despido, dispone que la modificación nula se ejecute “en especie, admitiendo «a sensu contrario», que en el caso de modificaciones declaradas simplemente injustificadas la obligación de deshacer lo indebidamente hecho pueda ser sustituida por su equivalente pecuniario y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios cuando lo indebidamente hecho en este caso es no proceder a reintegrar la trabajadora en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciese de modo

ejecutará en sus propios términos sólo si se declara la nulidad de la decisión modificativa empresarial, aunque algún pronunciamiento discrepe de esta posición²²²².

De aquí que se pueda afirmar que el trabajador dispone, ante la negativa a la reposición por el empresario, de dos alternativas para elegir: una, solicitar la ejecución del fallo en sus propios términos, y otra, pedir la extinción contractual indemnizada²²²³, sin que en la expresión legal parezca primar una sobre otra. Otra cuestión es, aunque en teoría se mantiene el derecho del trabajador a pedir que se cumpla en sus términos el sentido del fallo²²²⁴, que en la práctica la actitud empresarial contraria fuerce al trabajador a elegir

irregular”.

²²²² Cfr. Las SSTSJ del País Vasco STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2.004, JUR 17529, y de 23 de septiembre de 2.003, AS 3545, donde se mantiene que la interpretación correcta del 138.6 LPL no implica entender que “sólo la medida declarada nula puede ser ejecutada en sus propios términos, mientras que la ejecución de la declarada injustificada conlleva automáticamente a la extinción indemnizada del contrato, puesto que, de ser así, quedaría sin efecto la consecuencia de tal declaración prevista en el art. 138.5 párrafo segundo”, ni es óbice para ello que la empresa alegue el “imposible cumplimiento de la sentencia en sus propios términos. Si ello es debido a que dicha plaza ya no existe por haberse amortizado, no queda constancia de que hubiera procedido para ello por el cauce previsto en los arts. 51 ó 52.c) del ET; por lo tanto, si los cambios en las condiciones de trabajo comunicados al demandante han sido declarados injustificados, es decir, por no responder a razones económicas, técnicas, organizativas o de producción reales y suficientes, la empresa sólo puede resarcir de forma plena al trabajador del perjuicio causado reponiéndolo en sus anteriores condiciones de trabajo”. Hay que señalar que ésta ha sido casada por la STS de 6 de octubre de 2.005, RJ 7182; con igual razonamiento la STS de 21 de noviembre de 2.005, RJ 2.006/685.

²²²³ En este sentido opinan LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, op. cit., pg. 343; CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 165; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “La modificación de convenios supraempresariales por acuerdos de empresa...”, cit., pg. 937 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, REDT, núm. 80/1.996, pg. 990 y 991; SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica...”, op. cit., pg. 233 y ss..

²²²⁴ Defendiendo esta opción, véanse SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo: aspectos procesales”, cit., pg. 381 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación*

la alternativa extintiva. Por eso, se ha llegado a decir, con razón, que el verdadero objeto del derecho de ejecución a instancias del trabajador, en paralelo con la regulación de los casos de despido, no es otro que la extinción indemnizada, en lugar de la restitución a las condiciones originales, aunque aquí el empresario opta de forma tácita al no reintegrar al trabajador a sus condiciones²²²⁵.

Este modo de ejecutar la sentencia que declara injustificada la decisión modificativa es legalmente posible, porque junto al derecho constitucional a una tutela judicial efectiva del 24 CE, que aboga por el criterio general de ejecución específica en los propios términos de la sentencia, incluso si ordena obligaciones de hacer o no hacer, se prevé la posibilidad de acudir a la ejecución general o subsidiaria mediante el resarcimiento de daños o perjuicios, aunque sea únicamente en el caso de que la ejecución en los propios términos devenga imposible material o jurídicamente.

En esta lógica, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite, con carácter subsidiario, la posibilidad de conversión del objeto de la condena más allá de los supuestos de estricta imposibilidad, como medio de hacer efectiva la tutela judicial, admitiendo, en consecuencia, que el legislador puede establecer la solución que considere más conveniente para resolver los conflictos, lo que implica la plena validez de la opción del 138.6 LPL por la transformación de la obligación de vuelta a las condiciones de origen por su equivalente²²²⁶, lo que sitúa esta alternativa más allá de la

sustancial de condiciones..., cit., pgs. 173-179; y GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE CC.OO.: “Ejecución en su propios términos de las sentencias recaídas en procedimiento sobre impugnación de traslados y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, DS, núm. 7/1.999, pg. 184 y ss.

²²²⁵ En esta lógica DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 185. Mantiene una posición contraria, p.e. la STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2.004, AS 2158, afirmando que debe primar “el deber de reintegro del trabajador en las condiciones de trabajo alteradas por tal decisión [modificativa], hasta el punto que, en un apartado 7, el propio artículo 138, establece la regla general que su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo de que el trabajador inste esa ejecución específica prevista en los artículos 277, 278 y 279 de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563)” .

²²²⁶ Esta posibilidad se apoya en la doctrina de las SSTCo. 69/1.983, de 26 de junio, y 61/1.992, de 23 de

voluntad del juez o de las partes, porque lo que realmente se pretende es garantizar la efectividad de la resolución judicial y que ésta no resulte inútil o sin consecuencia para la satisfacción del interés del trabajador y esta efectividad es posible tanto ejecutando en los propios términos como por su equivalente, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional²²²⁷.

Ahora bien, una vez aclarada la admisibilidad de esta equivalencia de ejecuciones, falta por establecer a través de qué vía procesal se debe tramitar, porque el artículo 138.6 LPL remite al trabajador para la extinción de su contrato al 50.1,c) LET, que señala como justa causa para solicitar por el trabajador la extinción contractual el rechazo del empresario a reponerlo en sus condiciones de trabajo tras la declaración de injustificada de una modificación sustancial. La consecuencia de esta remisión es la duda de por qué procedimiento ha de tramitarse esa extinción, si por el proceso ordinario o instando un incidente de no readmisión dentro de los trámites de la ejecución de sentencia por los artículos 277, 278 y 279 LPL, a los que también se remite el 138.6 LPL.

Obviamente, a través del trámite de la ejecución de sentencia, puesto que la otra opción, la del artículo 50.1.c) obligaría a iniciar un nuevo procedimiento, esta vez ordinario, únicamente para hacer efectivo lo ya declarado en la sentencia del proceso de impugnación. Ahora la duda se refiere al porqué de la existencia de dos preceptos, con dos tramitaciones procesales totalmente diferentes, regulando la misma situación

abril.

²²²⁷ Véase la STC 58/1.983, de 29 de junio: “el artículo 24 de la Constitución y la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva no alcanzan a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia (...) hay que concluir que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple lo estatuido en el fallo, como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación (...) la transformación (...) podrá ser más o menos acertada en el plano de la interpretación de la legalidad ordinaria (...) decididamente ilegal (...) por sí sola no genera una violación del artículo 24 de la Constitución, ni una violación de los derechos constitucionales del ciudadano”; en idéntico sentido las SSTC 69/1983, 61/1992, 194/1991 y 194/1991.

extintiva. La respuesta es, una vez más, que la deficiente técnica legislativa ha mantenido junto a la primera opción del legislador, el artículo 50.1.c) *in fine* LET, la nueva y más correcta solución, que por economía procesal se planteó a través de una enmienda y que se recoge en el texto del actual artículo 138.6 LPL²²²⁸.

De esta manera, se pretende evitarle al trabajador la necesidad de interponer el proceso ordinario para hacer efectiva la extinción *ex* 50.1.c) LET, una vez obtenida la sentencia del proceso de impugnación en que se califica la modificación como injustificada, si el empresario no lo reintegra en su puesto y condiciones anteriores²²²⁹, aunque, como es natural, al coexistir estas dos vías procesales la jurisprudencia las admite y considera como alternativas a elección del trabajador²²³⁰. El resultado es que el 138.6 LPL regula una ejecución por equivalente en términos análogos a los del despido improcedente en el que se ha optado por la readmisión y ésta se incumple total o parcialmente.

En consecuencia, en el procedimiento del 138.6 LPL, el trabajador tendrá derecho a solicitar la ejecución del fallo que condena al empresario declarando injustificada su

²²²⁸ Se trata de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, enmienda núm. 121. BOCG de 15 de abril de 1.994, núm. 26 (b), Senado, V Legislatura, Serie A, núm. 42.

²²²⁹ Precisamente en esta misma lógica se manifestó el Consejo General del Poder Judicial al decir, a propósito del 50.1.c) LET, que “no parece lógico obligar al trabajador al iniciar dos procesos judiciales autónomos –uno impugnando la medida empresarial y otro tendente a la extinción de su contrato-, cuando la finalidad perseguida por la norma podría perfectamente lograrse en sede de ejecución de la sentencia firme dictada con ocasión del proceso suscitado contra la decisión empresarial en materia de movilidad geográfica o de modificación sustancial de las condiciones laborales...”, cit. en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, cit., pg. 282. Igualmente, SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica...”, op. cit., pg. 232.

²²³⁰ Véase, p.e., la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de julio de 2.005, AS 2069, afirmando que “la resolución contractual indemnizada que se decretó por la sentencia de instancia había sido reivindicada por la trabajadora por la vía alternativa a ese fin contemplada en el artículo 50.1.c) del Estatuto, vía que transita en forma paralela a la prevista en el ya citado artículo 138.6 de la Ley de Procedimiento Laboral y que no se encuentra de ninguna manera excluida por esta última”.

decisión, pero la ejecución que normalmente va a conseguir no será en sus propios términos, la reposición en sus condiciones anteriores, sino la sustitutiva del incidente de no readmisión²²³¹, que extingue la relación contractual con el pago de la indemnización del despido improcedente²²³², porque el que tiene la facultad de elegir entre esas dos opciones no es el trabajador, sino el empresario, al que no se puede imponer la ejecución en los propios términos incluidos en la sentencia²²³³, máxime si tenemos en

²²³¹ Igualmente fue admitida la constitucionalidad de esta ejecución por equivalente, negando que la ejecución sustitutiva fuese contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Cfr. “La reforma laboral y su constitucionalidad. Escrito del Defensor del Pueblo en funciones respondiendo a la petición de interponer recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de las Leyes 10/1994, 11/1994, y 14/1994”, cit., pgs. 1421 y ss.

²²³² La STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de julio de 2.005, AS 2069, razona que el incremento de la cuantía indemnizatoria responde a un doble incumplimiento del empresario: “la preterición del derecho del productor a ser restablecido en sus anteriores condiciones de trabajo, o a retornar a su anterior residencia, así como el atinente a la satisfacción del mandato contenido en la sentencia judicial”, lo que “justifica la mayor entidad de la indemnización que compensa la extinción contractual que se está examinando respecto de la prevista en el artículo 41.3, párrafo segundo, del Estatuto”.

²²³³ En la doctrina científica, reconocen la imposibilidad de ejecutar *in natura* la sentencia declarativa de injustificación: SÁNCHEZ PEGO, F.J.: “Aspectos procesales de la reforma laboral”, Tribuna Social, núm. 55/1.995, pg. 25 y ss.; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial...”, cit., pg. 129; GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 601 y ss.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 51 y ss.; VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit.,pg. 105; CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 151 y ss.; MIRANZO DÍEZ, J.J.: “El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al artículo 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral”, en AA.VV., *La reforma laboral de 1994* (A.P. BAYLOS GRAU, coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1.996, pg. 169: “Así las cosas, en la práctica puede producirse un rechazo del trabajador individualmente considerado a impugnar judicialmente las decisiones del empresario dado que la alternativa real que se le ofrece es bien la aceptación de la alteración de sus condiciones de trabajo, bien la impugnación de la medida empresarial, lo que en la mayoría de los casos se traducirá en un perjuicio aún mayor: la extinción de su contrato”. En contra de esta interpretación, RIVERO LAMAS, J.: “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, cit., pgs. 990 y 991, señala que esta posibilidad no es más

cuenta que el 138.7 LPL, incluso para la ejecución de las sentencias de nulidad, admite, aunque a instancia del trabajador esta vez, la posibilidad de acudir a la ejecución por equivalente. Sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo, puesto que algunos defienden que el trabajador sea quién disponga de la facultad de exigir el cumplimiento en los propios términos o por su equivalente pecuniario²²³⁴. Este equivalente se tasa en la misma cuantía que la indemnización del despido disciplinario improcedente, es decir 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades, que será abonada si la ejecución acaba en la extinción contractual.

Refuerza, además, la interpretación de que no cabe la ejecución en los propios términos el que la propia dicción normativa del 138.6 LPL diga que “el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa

que la introducción “por la puerta de atrás en nuestro sistema laboral (de) la figura de la denuncia modificativa”. Se volverá sobre esta cuestión más adelante.

Entre la jurisprudencia puede señalarse, p.e., la STSJ de Cantabria de 30 de diciembre de 1.995, AS 4647: “el empresario que haya acordado modificaciones sustanciales injustificadas puede optar entre reponer al trabajador en la situación laboral anterior o extinguir el contrato de trabajo mediante el pago de la indemnización establecida para el despido improcedente”.

²²³⁴ SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 381 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones...*, pg. 173 a 179; GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE CC.OO.: *Ejecución en sus propios términos de las sentencias recaídas en procedimiento sobre impugnación...*, cit., pg. 184 y ss. Igualmente DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales*, cit., pg. 185, señala que “la opción por la extinción debe corresponder en exclusiva al trabajador (...)pués es el único legitimado para instar la ejecución transformativa”; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones...*, cit., pg. 185. Igualmente, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 473, señala la especial problemática que plantea la ejecución de sentencias contra la Administración y considera que la aplicación de los principios de legalidad administrativa y de seguridad jurídica exigirían defender la ejecución *in natura* y no por equivalente. A su vez, SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica...”, op. cit., pg. 57, basándose en la jurisprudencia constitucional fijada en las SSTC 61/1992, de 23 de abril, y 187/1993, de 14 de junio, defiende la posibilidad de que se inste la ejecución tanto por el trabajador como por el empresario”.

de lo previsto en el artículo 50.1.c)”, de manera que la voluntad del legislador, haciendo una interpretación literal de la misma, al no existir un planteamiento alternativo entre dos opciones puesto que se usa la copulativa “y”, no la alternativa “o”²²³⁵, parece ser la de ejecutar por equivalente, desechando la ejecución en los propios términos, sin que se tenga que hacer una opción expresa, que parece hacer la propia ley a favor del empresario, y que se refuerza, como se ha señalado, al dar expresa opción al trabajador sólo en aquellos supuestos en que la decisión modificativa ha sido declarada nula.

Evidencia que es una deliberada opción legislativa, además de lo ya expuesto, el hecho de que los representantes legales de los trabajadores no gozan de privilegio alguno en este juego de opciones, lo que quiebra con las previsiones legales en caso de despido declarado improcedente y, en general, con los derechos y garantías que el artículo 68 LET reconoce a los representantes²²³⁶. La doctrina, en general, rechaza este planteamiento²²³⁷, que algunos atribuyen a un olvido del legislador²²³⁸, por permitir, a diferencia de lo que sucede con el despido del representante declarado improcedente, aquí, al no disponer del derecho de opción, que la modificación sustancial se configure como un mecanismo por el que se puede forzar la extinción indemnizada del contrato de los representantes²²³⁹. La única solución posible para evitar esa situación pasa porque el fallo declare la nulidad de la modificación, lo que puede conseguirse si se prueba la existencia en el empleador de una intencionalidad antisindical en la implementación de

²²³⁵ Ponen de relieve esta literalidad, por todos, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 470; DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 184.

²²³⁶ Pone de relieve esta situación, entre otros, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 470

²²³⁷ Véase, por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 265.

²²³⁸ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 284.

²²³⁹ Véase CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 152.

la modificación sustancial, que así constituye un atentado al derecho fundamental a la libertad sindical del 28 CE²²⁴⁰. Sólo así podría salvarse el derecho de opción del representante, lo que no siempre será posible, porque la decisión modificativa puede estar perfectamente fundamentada y no responder a ninguna intencionalidad oculta más allá de la mera necesidad organizativa. Por esto se ha planteado que nada obsta a que se haga una interpretación analógica y profiláctica de las normas equivalentes del despido, lo que daría la opción al trabajador²²⁴¹. Pero esta tesis bienintencionada debe ser rechazada, puesto que no hay base legal alguna para admitirla, sino más bien para rechazarla. Ahora bien, la consecuencia inmediata es que el trabajador que pide la ejecución de una sentencia, que en principio parece serle favorable, puede ver como su relación contractual se extingue, a pesar de que la sentencia haya reconocido el incumplimiento por el empleador de la normativa reguladora de las modificaciones sustanciales.

La única salida para el trabajador que no desee la ruptura contractual es no pedir la ejecución de la sentencia, puesto que, *ex* 237 LPL, ni es preceptivo ni se ejecuta de oficio, a pesar de lo paradójico de la situación que obliga al trabajador que no quiere dejar de serlo a aceptar la situación sin más, como si no hubiese impugnado la modificación ni ganado el pleito. A este propósito, buscando una salida intermedia, se ha propuesto por la doctrina una idea interesante, consistente en la instauración de una indemnización tasada, de menor cuantía que la del despido, para aquellos supuestos en que el trabajador opte por la conservación del empleo y como compensación por el injusto que supone la convalidación de una decisión reprobada en el proceso²²⁴², aunque

²²⁴⁰ Véase MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 473, señala que, además de por lesión de derechos fundamentales, cabe esta posibilidad si se pide la nulidad “por ser la modificación contraria a una Ley imperativa –lo que considero que es posible en los traslados, pero no en las modificaciones sustanciales, salvo que en Convenio Colectivo se impusiera dicha preferencia-”.

²²⁴¹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, cit., pg. 265.

²²⁴² Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Aspectos relacionados con la movilidad funcional...”, , pg. 990. En similar sentido, CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso*

también se puede pedir una compensación de daños por incumplimiento, *ex* artículo 1101 del Código civil, si no se opta por la extinción contractual.

Evidentemente, cabe también la ejecución *in natura* si el empresario la acepta, porque la primera petición de ejecución, congruentemente con la demanda de impugnación, pedirá la ejecución en los propios términos, para que el juez requiera al empleador a ejecutar lo resuelto y sólo si no ejecuta, en una segunda petición del trabajador, será cuando proceda tramitar el incidente que puede terminar con la extinción contractual indemnizada²²⁴³. Igualmente es posible llevar a cabo una transacción o que el trabajador acabe aceptando la modificación, aquietándose a ella, ante la alternativa de la ejecución por equivalente y la pérdida del empleo.

a') El incidente de no readmisión

En cuanto a las cuestiones estrictamente procesales del incidente de ejecución, se deben precisar algunas cosas, puesto que este incidente procesal de no readmisión, regulado en los artículos 276 y ss. LPL, inicialmente está previsto para los despidos que hayan sido declarados improcedentes, por lo que presenta algunos problemas en su aplicación a las modificaciones sustanciales.

El primero surge cuando intentamos aplicar los plazos señalados en el 277 LPL, al que remite el 138.6 LPL, para el inicio del proceso de ejecución, uno de veinte días y otro, residual, de tres meses, en función de la mayor o menor premura del ejecutante, lo que se refleja en la percepción o no de los salarios de tramitación, que, por cierto, no serán aplicables aquí, salvo la posibilidad de que se haya hecho uso del *ius resistentiae*, puesto que el trabajador, a diferencia de la situación creada por un despido, debe

social (1994-1996), cit.,pg. 152.

²²⁴³ Cfr., p.e., BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones...*, cit., pg. 185, y MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 470.

continuar prestando sus servicios y, consecuentemente, percibiendo salarios en sentido estricto.

Aquí, el plazo aplicable será el de tres meses, que una vez transcurridos conllevarán la prescripción de la acción ejecutiva, porque este es un plazo de prescripción y no de caducidad *ex* artículo 277.3 LPL. Para su cómputo debe tenerse presente que se trata de un plazo procesal, por lo que se descartarán los días inhábiles, aunque el mes de agosto se considerará hábil porque nos encontramos ante un procedimiento urgente²²⁴⁴. En cuanto al *dies a quo*, el cómputo comenzará el día en que el empresario deja de cumplir su obligación de restituir al trabajador en sus anteriores condiciones, lo que debe hacer en el plazo de diez días desde que se le notificó la sentencia concediendo al trabajador un plazo mínimo de tres días para su incorporación²²⁴⁵. Pues bien, si no lo hace o lo hace irregularmente, comenzará a correr el plazo de la acción ejecutiva, contando a partir de los diez días si no ha habido restitución o de la fecha señalada para ello si no se produjo o a partir de la restitución irregular y, en cualquier caso, en el plazo de tres meses desde la declaración de firmeza de la sentencia *ex* 277.2 LPL.

El trámite procesal seguirá lo previsto en los artículos 278 y 279 LPL que prevén la celebración de una comparecencia de ejecutante y demandado, es decir de trabajador y empleador, careciendo de interés la ejecución para otros trabajadores o representantes que pudiesen haber participado en la fase declarativa, porque el objeto de la comparecencia se reduce a la ejecución de lo ya acordado en la sentencia, aunque siempre cabrá el desistimiento del ejecutante, el allanamiento del ejecutado o una transacción entre las partes.

²²⁴⁴ Para la evolución de la calificación de estos plazos puede verse SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad...”, *op. cit.*, pgs. 55 y 56. Con una opinión contraria a la consideración de hábil del mes de agosto, por ser un plazo procesal, se muestra SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo: aspectos procesales”, *cit.*, pg. 386.

²²⁴⁵ El artículo 276 LPL señala que el empresario “debe comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito”.

Evidentemente, la verdadera naturaleza de esta ejecución que es, normalmente, transformar la ejecución *in natura* en otra por el equivalente dinerario, plantea a alguna doctrina la duda de si se está ante un nuevo proceso declarativo encubierto capaz de permitir una defensa adecuada de la posición del trabajador, puesto que la eventualidad de la extinción no se ha planteado en el proceso de impugnación de la modificación sustancial a través del 138 LPL²²⁴⁶, porque en el incidente se han de contemplar y precisar, en congruencia con lo fijado en el escrito inicial del proceso ejecutivo, únicamente el grado de incumplimiento del empresario en relación con la obligación de restitución a las condiciones originales y fijar los elementos necesarios para calcular la indemnización²²⁴⁷, a la vez que el empresario, por su parte, podrá rebatir esos mismos detalles, debiéndose admitir y ponderar, al igual que sucede en el incidente de readmisión irregular, la concurrencia en su justificación de su facultad organizativa y del ejercicio de su poder directivo. Sin embargo, la respuesta debe ser negativa, porque no se puede ir más allá de la constatación del grado de restitución a las condiciones originales, sin que se pueda entrar en otras consideraciones.

A esta propuesta debe contestarse que existe otra posibilidad, dejar pasar el plazo de tres meses para instar la ejecución y acudir a la alternativa del 50.1.c) LET²²⁴⁸, que se tramitará por el proceso ordinario y permite todo tipo de alegaciones y pruebas, para concluir, igualmente, en la extinción indemnizada en la misma cuantía, si bien la

²²⁴⁶ Véase, en este sentido, DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pgs. 192 y 193, donde concluye que, ante esta situación, se debe admitir “la práctica de otras pruebas, interpretando con flexibilidad los plazos o utilizando las diligencias para mejor proveer, de lo que no cabe duda es que recaerá sobre el ejecutante la carga de alegar y probar los hechos determinantes de su “nueva” pretensión”.

²²⁴⁷ BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 578 y la jurisprudencia citada.

²²⁴⁸ Igualmente, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 469.

ejecución de esta sentencia se llevará a cabo en sus propios términos por la vía de los artículos 236 y ss. LPL, al no ser aquí de aplicación las previsiones específicas del 138 LPL.

Una vez planteado el incidente, el juez en el plazo de tres días a la conclusión de la vista, a través de un auto, por definición ejecutivo, aunque recurrible en reposición, resolverá las cuestiones debatidas, que se limitarán, sino se acredita el cumplimiento de la obligación de restitución, a la aprobación de la transacción, si la hubiere, a constatar el posible desistimiento o a declarar extinguida la relación laboral de acuerdo con el 138.6 LPL, señalando, en este caso, una indemnización igual a la del despido improcedente, *ex* 279.2,b) LPL, que remite al 110, también LPL, que, a su vez, lo hace al 56.1,a) LET. Ahora bien, se plantean dudas sobre la aplicación de dos cuestiones no previstas, en principio, para las modificaciones sino para el despido: una, la posibilidad de sumar a la indemnización legal una “indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades”, recogida en el 279.2,b) LPL. Esta medida, prevista para aquellos supuestos de no readmisión que causen perjuicios especiales al trabajador, puede ser aplicada también en supuestos de modificaciones sustanciales en que se aprecien circunstancias que aconsejen esa agravación. Dos, el abono de salarios de tramitación, que normalmente en esta ejecución no tienen por qué existir, pero que en aquellos casos excepcionales en los que el trabajador ha debido hacer uso del *ius resistantiae* o se haya acordado la suspensión de funciones del trabajador pueden proceder²²⁴⁹.

A partir de este momento, el auto que ha transformado una obligación de hacer, devolver al trabajador a las condiciones contractuales anteriores, en una obligación pecuniaria, pagar una determinada indemnización, se ejecutará como tal obligación dineraria, a la que se añadirán las cantidades que procedan por gastos que se pudiesen acumular a la acción principal.

²²⁴⁹ Igualmente en este sentido MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 472; DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 194.

En cuanto a la posibilidad de recurrir el auto dictado en el incidente hay que decir que no puede admitirse, aunque no todos están de acuerdo, tanto en la doctrina científica²²⁵⁰ como en la judicial²²⁵¹, puesto que no cabe recurso alguno contra la sentencia que ejecuta y la literalidad del 189.2 LPL no admite el recurso de suplicación contra el auto resolutorio de estos incidentes de ejecución. La única excepción posible sería si el auto entra a resolver cuestiones que excedan el ámbito estricto de la ejecución y pasa a decidir cuestiones propias de un proceso declarativo, aunque no cabe olvidar la exclusión absoluta de recurso que se deriva del 189.2 LPL²²⁵².

²²⁵⁰ Se muestran contrarios a la irrecorribilidad RÍOS SALMERÓN, B.: “Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994”, RL, t. II/1.994, pg. 433, y SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo: aspectos procesales”, cit., pg. 386, con el argumento de que, aunque legalmente *ex* 189.2 LPL el auto no tiene acceso a la suplicación, en el fondo se encubre un auténtico proceso declarativo merecedor del acceso al recurso por su trascendencia. Véanse igualmente CAMPOS ALONSO, M.A.: “La ejecución de sentencias en lo social, según la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina”, en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral* (Tomás Sala Franco y Juan Manuel Ramírez Martínez (dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, y MOLINER TAMBORERO, G.: *Los recursos en el proceso laboral de ejecución*, cit.

²²⁵¹ Existe un cierto número de pronunciamientos judiciales que aceptan la recurribilidad de estos autos, como, p.e., las SSTSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2.004, AS 2158, de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2.003, AS 3500, o la STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2.003, AS 3545, que admite el recurso por defectos formales en la tramitación “entendiendo que se ha aplicado de la solución prevista para el despido improcedente cuando no se procede a la readmisión o ésta se lleva a cabo irregularmente (arts. 277, 278 y 279 de la LPL), normas que el ejecutante entiende que no son de aplicación a la ejecución instada (tendente a la obtención de la reposición en sus anteriores condiciones de trabajo) y de lo cual ya dejó constancia -como luego se dará por probado- en la comparecencia celebrada el 10-12-02 (que tendría el valor de la protesta requerida), debemos concluir, como ha resuelto la Juzgadora a quo en el auto de 31-03-03, que el recurso de suplicación (...) debe ser admitido y examinado, con amparo también en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836)”; idéntico razonamiento consta en la STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2.004, JUR 17529.

²²⁵² En esta lógica las SSTS de 21 de noviembre de 2.005, RJ 2.006/6856, y de 6 octubre de 2.005, RJ 7182, ambas de unificación de doctrina, ésta dictada precisamente en el recurso contra la STSJ de del País

c) La ejecución de sentencias de nulidad

El párrafo séptimo del artículo 138 LPL²²⁵³ contiene las previsiones legales acerca de la ejecución de las sentencias que declaran nula la modificación enjuiciada, contemplando dos opciones: la extinción indemnizada y la ejecución en los propios términos de la sentencia. Ahora bien, aunque la situación parece enteramente similar a la ejecución de las sentencias que declaran injustificada la decisión modificativa, hay una diferencia sustancial, consistente en que la opción para decidirse entre una u otra posibilidad corresponde al trabajador, no al empresario como en la situación anterior, por lo que, con independencia de cuál sea la voluntad de éste, el trabajador podrá instar la ejecución de la sentencia en sus propios términos si así le conviene, debiendo entenderse de la literalidad del 138.7 LPL que habrá de ser en sus propios términos cuando no se pida expresamente otra cosa, mientras que la ejecución por equivalente habrá de ser pedida de manera expresa²²⁵⁴.

Vasco de 23 de septiembre de 2.003, AS 3545, afirma que “es lo cierto que la admisión de recursos de suplicación en fase de ejecución de sentencia está legalmente condicionada a que previamente haya sido susceptible de tal recurso la sentencia ejecutoria (art. 189.2 LPL). Se trata de una norma de indubitada constitucionalidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional en el auto núm. 301/1993, de 5 de octubre (RTCo 301/ 1.993), partiendo de la consideración de que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal”, aparte de que no considera que constituya falta de procedimiento causante de indefensión la admisión por el juez de la “extinción indemnizada sin que hubiera mediado debate” dentro de la ejecución de una sentencia del procedimiento especial del 138 LPL, puesto que continúa vigente el 189.2 LPL y la remisión al procedimiento del incidente de ejecución del despido improcedente lo es sólo “a extremos concretos (...)sin referencia a extremos relativos a la impugnación de la resolución judicial”.

²²⁵³ La redacción inicial del artículo 137 bis, introducido por la Ley 11/1.994, de 19 de mayo, no contenía referencia alguna a la ejecución de sentencias que declaran la nulidad de la decisión empresarial, olvido que intentó subsanar la Ley 41/1.994 introduciendo el actual apartado 7 del 138 LPL, diciendo: “Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la ejecución prevista en el apartado anterior. En todo caso serán de aplicación los plazos establecidos en el mismo”.

²²⁵⁴ Igualmente, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones sustanciales...”, cit., pag. 472; DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*,

El problema es que esta decisión del trabajador sólo se hará efectiva si el empresario se aviene a cumplir las órdenes del órgano judicial, puesto que en caso contrario, si el empresario persiste en su voluntad incumplidora de la sentencia que le ha condenado a restituir al trabajador a sus condiciones de origen, la ejecución puede acabar, igualmente, transformada en una extinción contractual indemnizada²²⁵⁵. Desde esta perspectiva, es obvio que la declaración de nulidad lo único que aporta sobre lo ya dicho es, únicamente, dar una oportunidad al trabajador para que pueda instar el cumplimiento *in natura* del pronunciamiento judicial, oportunidad inexistente si la modificación se califica de injustificada.

La razón de este cambio, aunque sea en última instancia, radica en que esta ejecución se habrá de hacer aplicando, analógicamente, las reglas generales de la ejecución del despido nulo, reglas que permiten la imposición de apremios y multas coercitivas, de acuerdo con el artículo 239.2 LPL, pero que no impiden, en casos extremos, la transformación de la obligación de restituir al trabajador en sus condiciones originarias en una extinción indemnizada cuando el incumplimiento devenga imposible, como señala el 284 LPL, que admite esta posibilidad para la aquellas situaciones en que ha devenido materialmente imposible la readmisión del trabajador por cese o cierre de la empresa, situación que, en nuestro supuesto, puede asimilarse a la creada por una reorganización productiva que ha hecho desaparecer las condiciones de trabajo

cit., pg. 198; GONZÁLEZ VELAZCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...”, pg. 603. Igualmente, entre la jurisprudencia, pueden señalarse, p.e. las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2.003, AS 3500, o de Cataluña de 26 de mayo de 2.004, AS 2158.

²²⁵⁵ Véase la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2.003, AS 3500, donde se especifica que, además del incidente previsto en los artículos 281 y 282 LPL, “alternativamente, y con independencia de lo anterior; puede optar por instar la ejecución de la sentencia, mediante la resolución de sentencia firme de despido previsto en los arts. 277, 278 y 279 de la Ley de Procedimiento Laboral, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, ante la negativa del empresario a cumplir las disposiciones de la sentencia ejecutoria”, añadiendo que “que dicha resolución contractual no es más que un modo legal de ejecutar la sentencia”.

originarias, de manera que se ha vuelto imposible la reposición en ellas del trabajador²²⁵⁶, situación que es harto frecuente en procesos reorganizativos de los sistemas de producción empresariales²²⁵⁷.

Por otra parte, el 138.7 LPL nada dice acerca del procedimiento para llevar a cabo la ejecución en sus propios términos, señalando únicamente los plazos para la ejecución, que serán los mismos que en el apartado anterior, es decir, tres meses de prescripción, por lo que habrá que acudir a los trámites del 280 y ss. LPL, a pesar de no existir remisión explícita. Evidentemente, como señala el 138.7 LPL el trabajador podrá instar la ejecución del 138.6, lo que supone, como ya se ha dicho, la transformación de la obligación de reintegrar en las condiciones originales en otra ejecución por equivalente, es decir, en la extinción contractual indemnizada.

²²⁵⁶ En esta lógica la STSJ de Extremadura de 26 de mayo de 1.997, AS 1391, destaca la necesidad de matizar esta obligación del empresario en virtud de “la realidad objetiva de hacerla posible y compatible con la situación de hecho existente en el momento de su exigencia, a la buena fé del empresario, que excluya la posibilidad de fraude o discriminación, y al correcto uso de las facultades directivas que le son propias”. En el mismo sentido puede citarse, entre otras, la STSJ de Galicia de 13 de julio de 1.995, AS 2795.

²²⁵⁷ En contra de este planteamiento se muestran las SSTSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2.003, AS 3545, y de de octubre de 2.004, JUR 17529, que no lo admiten ni para la ejecución de una sentencia de injustificación diciendo que “si ello es debido a que dicha plaza ya no existe por haberse amortizado, no queda constancia de que hubiera procedido para ello por el cauce previsto en los arts. 51 ó 52.c) del ET; por lo tanto, si los cambios en las condiciones han sido declarados injustificados (...) la empresa sólo puede resarcir de forma plena al trabajador del perjuicio causado reponiéndolo en sus anteriores condiciones de trabajo”. Debe señalarse que la STS de 6 octubre de 2.005, RJ 7182, anula esta sentencia y mantiene la tesis del juzgado de lo social, que concedió la extinción indemnizada, como forma correcta de ejecución.

3.3. EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

También dispone el trabajador de otra posibilidad de impugnación de la decisión empresarial, esta vez a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, regulado en los artículos 175 y ss. LPL, que puede ser usada también para la tutela de cualquier otro derecho fundamental, si la modificación sustancial impugnada pretende materializar un tratamiento discriminatorio prohibido constitucionalmente.

Esta vía procesal, de carácter urgente y con preferencia absoluta sobre cualquiera otra, a la que sólo puede acudir si la modificación vulnera directamente el derecho fundamental²²⁵⁸, sigue lo preceptuado en el artículo 181 LPL, que remite a la tramitación que señalan los artículos 175 y ss. LPL y puede ser usada indistintamente para la impugnación de modificaciones individuales o colectivas, de manera que están legitimados, además del trabajador individual, también los representantes con carácter general²²⁵⁹, aunque, evidentemente, éstos sólo podrán impugnar por esta vía las lesiones de carácter colectivo. En este sentido, el artículo 175.2 LPL establece que estará legitimado activamente el trabajador en los supuestos en que haya sido directamente lesionado, mientras que los sindicatos, como representantes de los trabajadores, únicamente podrán personarse en estos conflictos individuales como coadyuvantes.

La sentencia, recurrible *ex* artículos. 189.1, f) y 301 LPL, debe pronunciarse acerca de si la modificación sustancial enjuiciada comporta una vulneración de los derechos fundamentales o libertades públicas invocados, en cuyo caso declarará la nulidad de la

²²⁵⁸ Véase LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...”, *op.*, cit., pg. 345. Igualmente, ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 12.

²²⁵⁹ En esta lógica véase ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales”, en AA.VV., *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1.996, pg. 235 y ss.

decisión modificativa y condenará al empresario a la reposición del trabajador a las condiciones modificadas.

El principal problema que presenta el uso de esta vía impugnatoria es el de su procedencia, puesto que el artículo 182 LPL dice que “se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”, entre otros, las infracciones a los derechos fundamentales cometidos mediante modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Sin embargo, a pesar de este expreso pronunciamiento legal, existen opiniones doctrinales que defienden su uso en lugar de seguir, incluso cuando existen estas infracciones de derechos constitucionales, la modalidad procesal del 138 LPL como parece exigir la dicción legal. Para una doctrina la única vía procesal posible es la de este procedimiento de derechos fundamentales²²⁶⁰, mientras que para otros el trabajador puede usar indistintamente una u otra a su elección²²⁶¹, lo que puede parecer más conveniente, incluyendo algún autor la posibilidad de acudir también al proceso

²²⁶⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica...”, cit., pg. 49; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 388 y ss..

Igualmente, entre la jurisprudencia se puede señalar la STSJ de Castilla y León/Burgos de 16 de marzo de 1.998, AS 1267, que recoge uno de los escasos pronunciamientos judiciales en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sustanciado a través de la modalidad de tutela de la libertad sindical, donde se admite la demanda por el 175 y ss LPL si el objeto de la pretensión se refiere exclusivamente al conocimiento de la presunta lesión del derecho fundamental invocado.

²²⁶¹ PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 184 y ss.; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 13; ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales”, cit., pg. 222 y ss.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 287 y 288, parece decantarse por conceder al trabajador la opción entre uno u otro procedimiento en función de sus intereses.

ordinario²²⁶². Sin embargo, no parece dar lugar a dudas la expresión legal de que “inexcusablemente” determinados situaciones, entre ellas las modificaciones sustanciales, deberán sustanciarse, aunque a su través se infrinjan derechos fundamentales y libertades públicas, acudiendo a la modalidad procesal específica, lo que parece más correcto²²⁶³.

Además, la finalidad del procedimiento del 175 y ss. LPL se limita a enjuiciar y, en su caso, reparar la lesión abstracta del derecho fundamental invocado²²⁶⁴, sin entrar en la interpretación de normas legales o convencionales, necesaria para enjuiciar correctamente si la situación creada por la decisión modificativa infringe los derechos del trabajador, con independencia de que éstos sean constitucionales, legales, convencionales o contractuales. Y esto sí puede llevarse a cabo en su integridad a través del procedimiento del 138 LPL²²⁶⁵, teniendo en cuenta, si se opta en primer lugar por la modalidad de tutela de derechos fundamentales del 175 y ss., que nada impide una nueva demanda para conseguir por otro cauce las pretensiones no satisfechas en la

²²⁶² BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, pgs. 149 y 150, admite, además de la opción entre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales del 175 y ss. LPL y el de impugnación de modificaciones sustanciales del 138 LPL, el procedimiento ordinario “si la fundamentación no se limita solamente a la alegación de esa concreta lesión de un derecho fundamental sino también a las infracciones de la legalidad ordinaria que ha producido la medida empresarial”. Hay que tener en cuenta que su posición es que el procedimiento del 138 LPL sólo permite enjuiciar la causa de la modificación y las preferencias de los trabajadores.

²²⁶³ Véase, por todas, la STSJ de 2 de julio de 2.001, JUR 267812, recordando que la elección del procedimiento no se puede dejar a la voluntad del demandante, remitiéndose a la doctrina de la STS de 13 de julio de 1.993, Ar 5673: “la elección de modalidad del proceso no está al arbitrio del actor”.

²²⁶⁴ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales”, cit., pg. 222.

²²⁶⁵ CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 138, dicen a este propósito que el proceso del 175 y ss. LPL será aplicable únicamente cuando se alegue la vulneración de un derecho o libertad constitucional, mientras que si se supera ese límite se deberá acudir a la modalidad del 138 LPL.

sentencia primera, mientras que si la modalidad planteada en primer lugar es la del 138 LPL, como es apta para resolver tanto la lesión del derecho fundamental como las demás pretensiones planteadas, su resolución impedirá replantear la cuestión por el procedimiento de tutela del 175 y ss²²⁶⁶.

La sentencia, cuando admita la lesión del derecho fundamental invocado, habrá de calificar la modificación como nula y su ejecución habrá de hacerse, inexcusablemente, en sus propios términos, exceptuándose aquellos supuestos de imposibilidad material, ya comentados a propósito de la ejecución de las sentencias del procedimiento del 138 LPL que declaren la nulidad de la modificación. En cualquier caso, en nuestra opinión, como razonaremos con amplitud más adelante, se podrá establecer una indemnización por el perjuicio derivado de la imposición de una modificación sustancial con infracción de los derechos fundamentales del trabajador²²⁶⁷.

3.4. LA INTERVENCIÓN DE LOS REPRESENTANTES EN LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Además de la posibilidad de impugnación individual de las modificaciones sustanciales por medio del procedimiento del 138 o del 175 LPL, que acabamos de ver, la norma legal posibilita también que los representantes de los trabajadores puedan reaccionar frente a esas modificaciones sustanciales a través, esencialmente, de dos mecanismos impugnatorios, aplicables en función de las características concretas de la modificación que se pretende impugnar. Estos procedimientos son la modalidad procedimental de conflictos colectivos del 151 y ss. LPL y el proceso especial de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales del 175 y ss. LPL, siempre que la modificación impugnada tenga carácter colectivo, aunque existe una tercera posibilidad,

²²⁶⁶ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales...”, cit., pg. 226.

²²⁶⁷ Véase lo argumentado sobre esta cuestión *infra*.

de ámbito más reducido, que es el procedimiento de impugnación de convenios colectivos regulado en el artículo 161 y ss. LPL.

3.4.1. El procedimiento de conflicto colectivo del 151 LPL

La primera referencia a esta posibilidad de impugnación a través de la vía del 151 y ss. LPL se recoge en el artículo 41.4, quinto, LET, donde se dice que “contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo”. El hecho de que esta manifestación esté recogida en el 41.4, dedicado a las modificaciones colectivas contractuales, parece hacer pensar que éstas son las únicas modificaciones que es posible impugnar a través del procedimiento de conflicto colectivo. Sin embargo, esto no es así, puesto que sucede algo parecido a lo ya comentado acerca del procedimiento de modificación y la realización de consultas, cuyas normas, aunque están expuestas con referencia a las condiciones contractuales colectivas, son igualmente aplicables a las condiciones colectivas de carácter normativo²²⁶⁸. De aquí que, como no existe procedimiento específico señalado para su impugnación, pensamos, al igual que ya se razonó anteriormente, que debe ser aplicable el procedimiento de conflicto colectivo a la impugnación de ambos tipos de modificaciones colectivas, una vez que no resulta posible acudir al procedimiento de oficio que la anterior normativa estatutaria y procesal sí admitía, puesto que ahora no es necesario comunicar a la autoridad laboral la consecución del acuerdo modificativo²²⁶⁹.

Sin embargo, otros²²⁷⁰ opinan que el procedimiento idóneo para las modificaciones colectivas normativas es el de impugnación de convenios colectivos del artículo 161 y

²²⁶⁸ véase *supra*.

²²⁶⁹ En este sentido se manifiestan RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 51; CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, pg. 225 y ss.; GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 569.

²²⁷⁰ Cfr. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, op. cit., pg. 348; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e

ss. LPL, aunque no parece admisible, puesto que ya se razonó que el acuerdo modificadorio, aunque tiene valor normativo, no es un convenio colectivo²²⁷¹ y, por tanto, no se le puede dar el mismo tratamiento, salvo expresa remisión legal, lo que no es el caso²²⁷², o que se configure jurídicamente como un convenio colectivo por cumplir todos los requisitos del Tit. III LET, en cuyo caso sí cabría su impugnación por el procedimiento de impugnación de convenios del 161 y ss. LPL, al igual que sucede con la impugnación colectiva de los laudos arbitrales o de los acuerdos alcanzados a través de una mediación, consecuencia de procedimientos extrajudiciales de solución de discrepancias surgidas en los períodos de consultas, ex 91, tercero y cuarto, LET, siempre que el laudo o el acuerdo modifiquen un convenio colectivo.

impugnación de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 10; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa”, cit., pg. 55.

²²⁷¹ Véase supra. Puede verse, entre otros, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, op., cit., pg. 156 y ss., rechaza la aplicabilidad a este supuesto de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, argumentando que “la naturaleza colectiva del acuerdo modificadorio y su caracterización como expresión de la genérica negociación colectiva no se ve rechazada o aminorada como consecuencia de negarle el acceso a la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, ya que permanece como vía adecuada otra modalidad procesal también colectiva: la de conflictos colectivos”; igualmente SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 290.

Igualmente se pronuncia en esta lógica la jurisprudencia, entre la que se puede señalar, p.e., la STS de 29 de junio de 1.995, Ar 6251: “tal acuerdo (modificadorio) no tiene naturaleza de convenio colectivo de eficacia general o limitada sino que se trata de una modificación sustancial de condiciones legítimamente pactada al amparo del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, que nunca sería objeto del proceso de impugnación de convenios según el art. 162.1 (actual 161.1) de la Ley de Procedimiento Laboral que sólo contempla el control judicial de convenios colectivos cualquiera que sea su eficacia pero no de otros acuerdos que, aunque sean colectivos, no tengan naturaleza de convenio, que están sometidos a otro régimen jurídico”.

²²⁷² VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, op., cit., pg. 158.

Podríamos dar este mismo tratamiento, aceptando su impugnación por el 161 y ss., a los acuerdos en que se haya pactado la inaplicación de un convenio estatutario y sustituyan las condiciones de trabajo convencionales por otras diferentes, como único modo de permitir que los sindicatos firmantes del convenio puedan impugnar el acuerdo y defender sus derechos sindicales propios, manifestados en la fuerza vinculante del convenio indebidamente modificado²²⁷³, pero sólo cuando sean éstos los que inicien la impugnación. En cualquier caso, las diferencias entre los procedimientos de los artículos 151 y ss. y 161 y ss. residen, esencialmente, en la legitimación activa y en que la única calificación que cabe es la de nulidad o justificación de la modificación, toda vez que la sustanciación procesal se llevará a cabo “por los trámites del proceso de conflicto colectivo”, como señala el artículo 161.3 LPL y se trasluce en la regulación del 164.2, coincidente en la letra con el 158.2 LPL.

En cambio, si lo que existe es una modificación colectiva contractual, como cuando el objeto de la impugnación es la decisión empresarial, aunque ésta se ajuste a lo acordado a través del arbitraje o la mediación, siempre debe tramitarse a través de la modalidad de conflicto colectivo²²⁷⁴. Finalmente, otra doctrina, a la que cabe extender las anteriores censuras, diferencia en función de que la modificación sea por voluntad unilateral del empresario o acordada, admitiendo la vía del 151 para las modificaciones impuestas sin acuerdo y la vía de la impugnación de convenios del 161 y ss. si la modificación ha sido acordada²²⁷⁵.

²²⁷³ Véase ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit, pg. 224 y 225, donde señala como ejemplo de este tipo de acuerdo aquél en que se autorizan posteriores pactos individuales en masa que neutralizarían la eficacia del convenio supraempresarial, que deben ser merecedores, en cualquier caso, de la calificación de nulidad. Igualmente DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 86.

²²⁷⁴ Véase, en esta lógica, CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pg. 246 y ss. y 254 y ss.

²²⁷⁵ En esta lógica MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 459.

Sin embargo, el planteamiento legal admite, únicamente, el cauce procesal del conflicto colectivo para las modificaciones sustanciales que afectan a un grupo genérico, no individualizado, de trabajadores, con independencia de que su número sea más o menos reducido o incluso uno sólo de ellos, porque lo importante, como ya se vio, es el carácter de la condición modificada, que es lo que comunica la naturaleza colectiva o individual a la condición, no el número de trabajadores afectados²²⁷⁶, lo que se proyecta, lógicamente, en la concreción de la modalidad procesal que se deba usar²²⁷⁷. Este planteamiento legal resalta la primacía del interés colectivo del grupo al que se aplica la condición modificada, independientemente de que se afecte o no la totalidad del mismo²²⁷⁸, debiendo incluirse aquí, en teoría, las denominadas modificaciones plurales,

²²⁷⁶ Sobre esta cuestión véase lo dicho *supra*.

²²⁷⁷ En esta lógica CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit. pg. 138, señalan que este planteamiento quiebra la identificación del elemento subjetivo inherente al proceso de conflicto colectivo en aquellos supuestos en que resulta afectado sólo un trabajador. Igualmente, ALFONSO MELLADO, C., CARRATALÁ TERUEL, J.L. y MORRO LÓPEZ, J.J.: *La reforma del proceso laboral*, cit., pg. 55, opinan que existe una ampliación del ámbito tradicional de aplicación del proceso de conflicto colectivo cuando se da entrada a “una serie de litigios que hasta ahora no tenían cabida en esa modalidad”, entendiendo que esta posibilidad confirma que “lo esencial para que una pretensión sea planteable por la vía del conflicto colectivo, no es una cuestión de naturaleza, sino el hecho de que su gestión se asuma por un sujeto colectivo y se realice por vías o procedimientos colectivos”.

²²⁷⁸ Véanse MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, op. cit. pg. 233; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 161 y 162, y ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 184 Y 185. Igualmente mantienen esta posición innumerables pronunciamientos judiciales, entre los que se pueden señalar las SSTs de 21 de enero de 1.995, Ar 395, de 26 de junio de 1.995, Ar 5366, de 22 de abril de 1.996, Ar 3335, de 6 de mayo de 1.996, AS 4379, o de 17 de junio de 1.998, Ar 5406, donde se afirma: “el que las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo tengan carácter individual o colectivo, dependen, por imperativo legal -art. 41.2 ET-, no del número de trabajadores afectados ni de su identificación sino de que las condiciones sustanciales que han de alterarse tengan su origen en un derecho de disfrute individual o de un acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de

puesto que en puridad estamos ante modificaciones de carácter colectivo, a pesar de que por las especificaciones cuantitativas del 41 LET su implementación se lleve a cabo por el procedimiento individual. En suma, que lo importante es la naturaleza colectiva de la condición modificada²²⁷⁹.

No obstante, alguna doctrina plantea, acertadamente, la posibilidad de uso del procedimiento de conflicto colectivo frente a decisiones empresariales de movilidad o modificaciones sustanciales que no puedan ser calificadas de colectivas, siempre que se aprecie un interés abstracto y general, de grupo en definitiva, en los afectados por la misma²²⁸⁰, aunque ya hemos señalado anteriormente las dificultades que plantea su admisión por la vía de la afectación notoria.

Hay que decir que contrariamente a la regla general, reiterada por la doctrina y la jurisprudencia, de que sólo son admisibles los conflictos colectivos que afectan “a un grupo genérico de trabajadores entendiendo por tal no la mera pluralidad sino un

efectos colectivos”, siendo indiferente “el hecho de que la medida a tomar, en el momento en que se acordó, sólo se aplicara a cinco trabajadores del total de 88”. Con igual planteamiento las SSTSJ de Andalucía/Málaga de 24 de enero de 1.997, AS 250, de Cataluña de 14 de abril de 1.998, AS 2063, de Madrid de 14 de febrero de 2.000, AS 162, y de Castilla y León/León de 13 de febrero de 2.003, AS 49, que señala, en línea con doctrina de unificación: “El que las modificaciones sustanciales tengan carácter individual o colectivo, depende, por imperativo legal, no del número de trabajadores afectados ni de su identificación, sino de que las condiciones sustanciales que han de alterarse tengan su origen en un derecho de disfrute individual o de un acuerdo o pacto colectivo, o las disfruten los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, de modo que si la modificación es colectiva carece de trascendencia el número de trabajadores a los que finalmente se aplique”.

²²⁷⁹ Resaltan esta idea, entre otras muchas, las SSTSJ de Andalucía/Málaga de 24 de enero de 1.997, AS 250, y Castilla y León/Valladolid de 4 de septiembre de 1.997, AS 3278, de La Rioja de 14 de diciembre de 1.999, AS 4783, de Murcia de 8 de abril de 2.002, AS 1626, de Castilla y León/León de 13 de febrero de 2.003, AS 49, y de Cataluña de 9 de febrero de 2.006, JUR 208173.

²²⁸⁰ GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial...*, cit., pg. 69.

conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad”²²⁸¹, lo que supone un rechazo de las acciones individuales, las previsiones de los artículos 40 y 41 LET permiten la tramitación como conflicto colectivo de acciones que afectan a un concreto y determinado grupo de trabajadores singularmente identificados, cinco al menos, si son la totalidad del centro, o diez si la empresa tiene menos de cien trabajadores *ex* 40.2 LET para los traslados y diez, también si la plantilla de la empresa no supera los cien empleados, de acuerdo con el 41.2 LET para las modificaciones sustanciales²²⁸². Esta remisión es admisible sólo si entendemos que el procedimiento de conflicto colectivo no tiene, necesariamente, que verse afectado por el número concreto de trabajadores a los que se les aplica la medida modificatoria, puesto que el carácter jurídico de este conflicto implica la persecución del interés general de los trabajadores, como integrantes del grupo o colectividad y no como mera pluralidad o agregación de los mismos individualmente considerados.

De aquí que se puedan impugnar, a través del 151 LPL por los sujetos colectivos legitimados, modificaciones tanto individuales como colectivas, puesto que éstas pueden afectar al derecho a impedir o negociar la modificación, pero también a los derechos e intereses generales de un grupo homogéneo de trabajadores²²⁸³, es decir que

²²⁸¹ Por todas, STS de 15 de enero de 2.001, Ar 2741/2.000.

²²⁸² Esta especialidad ha sido puesta de relieve por las SSTS de 6 de marzo de 2.001, Ar 2216/2.000, y de 18 de junio de 2.001, Ar 2462/2.000, aunque señalando que “en este caso no se trata de una acción de conflicto colectivo propiamente dicho, incardinable en las previsiones del Real-Decreto-Ley de 4 de marzo de 1997, sino de una pretensión cuyo ejercicio está referido por la Ley a los cauces de tal modalidad procesal”.

²²⁸³ Véase, por todas, las SSTSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2.006, JUR 208173, y de Murcia de 8 de abril de 2.002, AS 1626, donde se afirma que se tramitarán por el 151 y ss. “las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo; cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa”, siguiendo la doctrina de la STS de 2 de junio de 1.992, Ar 4672, entre otras muchas de unificación, que exige para acogerse al proceso colectivo “la concurrencia de dos requisitos: 1) La afectación a un grupo genérico de trabajadores y 2) la presencia de un interés general que es el que actúa a través del conflicto”. A su vez, la STSJ de La Rioja de 14 de diciembre de 1.999, AS 4783: la

aquí cabe tanto la reacción contra la inaplicación de un convenio colectivo estatutario modificado sin acuerdo, como contra la supresión de una condición más beneficiosa disfrutada, con carácter general, por toda la plantilla.

Sin embargo, se ha planteado la no cabida en esta modalidad procesal de la impugnación de las modificaciones individuales realizadas en fraude de ley para intentar evitar el procedimiento colectivo, que en puridad debía haberse usado²²⁸⁴, aunque no parece que sea una solución razonable, puesto que la modalidad procesal de conflicto colectivo es la vía apta para reclamar contra cualquier decisión modificativa sustancial siempre que su carácter sea cualitativamente colectivo, con independencia del procedimiento seguido para su implementación, ya que en caso contrario al empresario le bastaría modificar individualmente cualquier condición colectiva para burlar el procedimiento legal, mientras que la inadecuación del procedimiento modificatorio seguido frente a las condiciones colectivas, al ser impugnado, dará lugar a la calificación de la medida como nula²²⁸⁵. Otra cuestión es que también pueda plantearse

diferenciación entre un procedimiento colectivo y plural se funda “en la existencia de un interés colectivo, distinto del interés plural que puede suponer el ejercicio de acciones individuales de reclamación de cantidad; pudiendo encauzarse mediante la vía del conflicto colectivo la declaración de carácter general, sin perjuicio de ejercicio de las acciones individualizadas”. Igualmente las SSTSJ DE Madrid de 18 de marzo de 1.998, AS 800, y de Cataluña de 18 de mayo de 1.998, AS 2765.

²²⁸⁴ En esta lógica VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit., pg. 159.

²²⁸⁵ Defiende la viabilidad procesal del conflicto colectivo para las decisiones empresariales formalizadas individualmente, aunque materialmente de carácter colectivo, CAMPS RUÍZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 73. La misma opinión mantiene MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit. pg. 233. Entre la jurisprudencia puede señalarse, p.e., como supuesto de modificación plural impugnada en conflicto colectivo, la STSJ de Cataluña de 17 de junio de 1.997, AS 2460: “El proceso de conflicto colectivo exige que lo pedido afecte a la aplicación e interpretación de una norma estatal o convencional pero, además, que incida sobre los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores(...) para determinar si la afectación es de grupo, no se ha de partir de criterios meramente cuantitativos, sino que podrá acudir al conflicto colectivo cuando lo que se pide es la fijación de una interpretación o una aplicación determinada de la norma. Esto es precisamente lo que aquí se discute, la acomodación del citado calendario a las

esta impugnación por la vía del 138 LPL cuando el accionante sea el trabajador individualmente afectado, mientras que por el 151 quién impugna son los representantes, al considerar burlado el procedimiento colectivo y, por tanto, su libertad sindical por el uso fraudulento de las modificaciones individuales.

Ahora bien, la realidad normativa del 41.2, cuarto LET dice literalmente que las modificaciones plurales “no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado cuarto del presente artículo”, donde se recoge la posibilidad de impugnar la modificación a través del conflicto colectivo. Tras esta lectura se debe concluir que, mientras ésta sea la dicción legal, debe rechazarse la vía del conflicto colectivo para las modificaciones plurales²²⁸⁶. No obstante, el recurso de la citada sentencia de 18 de noviembre de 2.003 ante el Tribunal Constitucional dio pie a reiterar la doctrina, ya antigua y anterior a la reforma de 1.994, de que los convenios colectivos no pueden modificarse nunca sin acuerdo colectivo, lo que hace inviable el planteamiento procesal previsto para las modificaciones plurales de origen normativo en el texto estatutario²²⁸⁷ y frustra la finalidad flexibilizadora que persiguen las llamadas modificaciones plurales, que no es otra que facilitar la adaptación de la regulación convencional a los requerimientos organizativos empresariales si el número de afectados es pequeño, porque acudir obligatoriamente a la tramitación de la modificación como colectiva supone la dilación o la imposibilidad de su implementación²²⁸⁸. Ahora bien, una cosa es que se admita o no la existencia de

normas derivadas del Convenio colectivo. Por ello nos hallamos ante un conflicto plural, de carácter genérico, que afecta a todos los trabajadores de la plantilla, sin posibilidad de concreción individualizada de los mismos”. Igualmente, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 14 de febrero de 2.000, AS 162, y de Castilla y León/León de 13 de febrero de 2.003, AS 49.

²²⁸⁶ Véase, p.e., las SSTS de 18 de noviembre de 2.003, Ar 6928, y de 18 de julio de 1.999, Ar 9188.

²²⁸⁷ STCo 238/2.005, de 26 de septiembre.

²²⁸⁸ Véase lo dicho supra sobre esta cuestión.

modificaciones plurales y otra que puedan impugnarse, además de por el 138 LPL, también a través del 151 LPL.

En este fallo el Tribunal Constitucional considera que la inadmisión del conflicto colectivo para la impugnación de una modificación plural normativa es rechazable, por atentar contra el derecho a la libertad sindical del 28.1 CE, y obliga al Supremo a dictar una nueva sentencia, donde se argumenta, en línea con la posición constitucional, que el 41.2, cuarto, se está refiriendo, exclusivamente, a las condiciones colectivas contractuales, nunca a las normativas²²⁸⁹, posición con la que no estamos de acuerdo, aunque pensemos que sea conveniente admitir, por ser en el fondo condiciones colectivas, la impugnación de todas las condiciones plurales por la vía del conflicto colectivo, no sólo las derivadas de convenio colectivo, como dice la doctrina constitucional.

Por otra parte, el procedimiento de conflicto colectivo sirve también para solventar dos problemas que aquejan a las modificaciones sustanciales: uno, que las sentencias judiciales resolutorias de las impugnaciones por el 138 LPL no llegan, normalmente, a conocimiento de la doctrina científica al proceder de los juzgados de lo social y, otra, que el acceso a la suplicación, que permitiría la unificación doctrinal sobre la materia, no es posible en este procedimiento. Por esto, el conflicto colectivo sirve para cumplir, aunque sea parcialmente, estos dos aspectos²²⁹⁰.

3.4.1.1. Acerca de cuál sea la naturaleza del proceso

Una vez aceptado que la impugnación de las modificaciones sustanciales colectivas se debe sustanciar a través del procedimiento de conflicto colectivo del 151 y ss. LPL, hay que decir que la regulación recogida en estos preceptos se ve modificada, en mayor o

²²⁸⁹ STS de 28 de febrero de 2.007, Ar 3388.

²²⁹⁰ Igualmente ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 182 y 183.

menor medida, por las previsiones legales de los artículos 40 y 41 LET, de tal manera que podría decirse que estamos ante un proceso de conflicto colectivo especial, especialidad que se manifiesta en diversas cuestiones que se irán señalando al analizar su régimen jurídico.

En realidad, estamos ante un procedimiento de conflicto colectivo, no porque ciertamente lo sea, sino porque la ley así lo ha dicho, pudiendo haberse remitido igualmente, lo que hubiera sido más fácil y adecuado, al procedimiento del 138 LPL, introducido *ex novo* para la impugnación de las modificaciones sustanciales, que así podría haberse destinado para la impugnación y conocimiento de todas las modificaciones incluidas en el ámbito del 40 y 41 LET, e incluso al procedimiento ordinario²²⁹¹. La justificación de esta remisión al procedimiento del 151 y ss. puede explicarse por sus características de urgencia y sumariedad, aunque tampoco existe mucha diferencia temporal, puesto que también es obligatoria la conciliación y reclamación previas, con la problemática ya señalada a propósito de su exigencia por el 138 LPL²²⁹².

3.4.1.2. El objeto de la pretensión

En cuanto al objeto de la pretensión que se ejercita a través de este procedimiento, no existe especialidad alguna, puesto que es conocer si la decisión modificativa de carácter colectivo adoptada por la empresa se ajusta a las previsiones legales, es decir, si se cumplen las exigencias causales y formales que la norma legal exige para su válida adopción, por lo que es el equivalente colectivo a la impugnación individual del 138 LPL.

²²⁹¹ Igualmente MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 458.

²²⁹² Véase lo dicho *supra* sobre esta cuestión.

3.4.1.3. Especificaciones procedimentales

En primer lugar, estamos ante una modalidad procesal de carácter urgente y preferente, cediendo únicamente ante la modalidad procesal de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales, que según el artículo 157 LPL goza de la urgencia y preferencia absoluta, aunque no está exceptuada de la exigencia de conciliación o reclamación administrativa previa, obligación que podía haberse suprimido si de verdad se quería hacer un procedimiento urgente, puesto que, como ya se dijo a propósito de la impugnación individual, nada impide solucionar el conflicto en la conciliación judicial, obligatoria por otra parte, y con la supresión de esta exigencia se acortaría el plazo de terminación del conflicto en varias semanas.

Los legitimados para la interposición del procedimiento de conflicto colectivo a nivel de empresa o inferior, *ex* artículo 152, c) LPL, son “los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores”, que pueden actuar directamente, interponiendo por sí mismos la impugnación, o indirectamente, acudiendo a la posibilidad del 156 LPL, que consiste en comunicar la situación a la autoridad laboral para que ésta inicie el correspondiente proceso comunicando al juez la situación, comunicación que equivale a la presentación de la demanda. Sin embargo, deben quedar excluidos de esta legitimación activa los representantes de los trabajadores que acordaron con el empresario la modificación que se impugna²²⁹³, puesto que no es lógico que quienes dieron su consentimiento a la modificación, inmediatamente después traten de impugnarla. De aquí que sólo estén legitimados: la representación que no negoció con el empresario, ya que éste podía elegir su interlocutor entre la unitaria o la sindical²²⁹⁴, o aquellos que no han prestado su consentimiento al acuerdo modificativo o, si lo dieron,

²²⁹³ En este sentido, ALFONSO MELLADO, C.; CARRATALÁ TERUEL, J.L. y MORRO LÓPEZ, J.J.: *La reforma del proceso laboral*, cit., pg. 56; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 393 y ss.; BLASCO SEGURA, B.: “La eficacia del acto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 20; CAMPS RUÍZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, op, cit., pg. 73.

²²⁹⁴ Sobre esta cuestión véase lo dicho *supra*.

éste ha sido invalidado por dolo, coacción o abuso de derecho, o cuando las modificaciones realmente implementadas no se corresponden con las acordadas²²⁹⁵.

En cambio, lo que sí ostentan aquellos representantes que aprobaron el acuerdo impugnado es la legitimación pasiva, puesto que deberán ser demandados junto con el empresario, dándose lugar a una situación de litisconsorcio pasivo necesario, similar al del 138.2 LPL para las impugnaciones individuales contra las modificaciones sustanciales derivadas de un acuerdo colectivo²²⁹⁶.

En cuanto al plazo previsto para el ejercicio de la acción colectiva de impugnación es el de veinte días, ya señalado para la impugnación individual²²⁹⁷, puesto que la norma, en el artículo 59.4 LET, cuando señala el plazo de veinte días para la impugnación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo no hace distinción alguna entre acciones individuales o colectivas²²⁹⁸, como han venido confirmando mayoritariamente

²²⁹⁵ Véase, por todos, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 48; GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 569.

²²⁹⁶ ALFONSO MELLADO, C.; CARRATALÁ TERUEL, J.L. y MORRO LÓPEZ, J.J.: *La reforma del proceso laboral*, cit., pg. 56; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 293.

²²⁹⁷ Por todos, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 91; MONTOYA MELGAR, A.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica...”, cit., pg. 27 y ss.; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales...”, op. cit., pg. 234; RÍOS SALMERÓN, B.: “Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994”, RL, núm. 24/1.994, pg. 434; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “El plazo para impugnar en conflicto colectivo el traslado y la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 1.996, pg. 9 y ss. PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 169 y ss.

²²⁹⁸ A este propósito, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “El plazo para impugnar en conflicto colectivo...”, cit., pg. 9, señala que “no es normal que acciones que se tramitan por la vía del conflicto colectivo – acciones declarativas-, estén sujetas a plazos de caducidad (...). Pero si lo están, como es el caso de la impugnación de las decisiones empresariales aquí consideradas, el conflicto colectivo debe deducirse jurisdiccionalmente antes de su agotamiento, so pena de imposibilitar, a la postre, el eventualmente

los pronunciamientos judiciales²²⁹⁹. Se ha planteado²³⁰⁰ que esta caducidad de la acción sólo puede ser alegada frente a aquellos a los que se notificó la modificación, con la consecuencia de que la caducidad para aquellos representantes que no participaron en la negociación, si no se les notificó el acuerdo y la decisión modificativa, no puede iniciarse, puesto que el 59.4 LET se refiere expresamente a que el plazo se computará desde “la notificación”.

Debe tenerse en cuenta que también puede, *ex* 156 LPL, iniciarse este procedimiento mediante comunicación de la autoridad laboral a instancia de las representaciones legitimadas en el 152 LPL, lo que plantea la cuestión de si el *dies a quo* del plazo de caducidad sigue o no siendo el de la notificación a los afectados, porque si es así y se solicita a la autoridad laboral que lleve a cabo la impugnación, por la lógica demora causada por la simple, e incluso rápida, tramitación burocrática de la comunicación al juzgado, en la mayoría de los supuestos, cuando ésta llegue habrá transcurrido el plazo de caducidad. Para evitar este inconveniente, la jurisprudencia ha interpretado que es suficiente que la presentación del escrito inicial, ante la administración laboral, se haga dentro del plazo de veinte días para no tener por caducada la acción²³⁰¹.

necesario (...) ejercicio de las *actiones rei judicatae*”.

²²⁹⁹ Entre los pronunciamientos judiciales puede señalarse, entre otros, las SSTs de 5 de diciembre de 2.002, Ar 2.003/1944 y de 9 de abril de 2.001, Ar 5112, que estiman caducada la acción “en aplicación de lo dispuesto en el art. 59.4 del ET”; igualmente la STS de 22 de julio de 1.999, Ar 6165, diciendo que las reglas acerca de la caducidad están “contenidas en el art. 59.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 138.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. En ambos se establece que la acción colectiva frente a una modificación sustancial de condiciones de trabajo es de veinte días hábiles a contar desde la notificación de la decisión”; en igual sentido las 7 de junio de 1.999, Ar 5206, y de 21 de febrero, 14 de marzo y 29 de mayo de 1.997, Ar 1571, 2473, y 4475, respectivamente.

²³⁰⁰ MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pgs. 459 y 460.

²³⁰¹ Véase la STS de 5 de diciembre de 2.002, Ar 2.003/1944, señalando que “la interpretación conjunta y armónica de lo previsto en los arts. 41.4 y 59.4 ET con lo establecido en el art. 156 LPL y los arts. 21 y ss. del Real Decreto-ley 17/1977 conduce a entender que la presentación del escrito inicial del conflicto

También resulta aplicable a este procedimiento de conflicto colectivo la disputa doctrinal, analizada a propósito del procedimiento del 138 LPL, acerca de si es aplicable o no el plazo de caducidad de veinte días en aquellos supuestos en que no se ha respetado el procedimiento previsto para la modificación en los artículos 40 y 41 LET. Como es lógico, mantenemos también aquí nuestra posición de que el plazo del 59.4 LET debe ser aplicable siempre, independientemente de que, después de su enjuiciamiento, la modificación resulte nula, injustificada o convalidada, por lo que nos remitimos a lo ya dicho²³⁰².

En cambio, la sentencia sí que nos plantea dos cuestiones importantes: una, el alcance de lo sentenciado sobre los procedimientos individuales y, otra, si la ejecución de la sentencia colectiva se llevará a cabo por sí o a través de las sentencias individuales.

A estos dos asuntos se tratará de responder a continuación, a pesar de que nuevamente se repite la falta de precisiones normativas, ahora con respecto a la sentencia que debe resolver la impugnación de la decisión modificativa a través de la modalidad procedimental de conflictos colectivos. Y nuevamente, como ya se ha visto en otras situaciones similares, extendemos lo previsto para el proceso de impugnación individual en el artículo 138.5 LPL. De aquí que la sentencia deba calificar la modificación que se

ante la Autoridad Laboral juega como «dies ad quem» de la caducidad (...) aunque es cierto que ello supone dejar a la Autoridad Laboral un margen de discrecionalidad en el plazo para la presentación de la demanda colectiva que las partes no tienen, se trata de una discrecionalidad congruente con el hecho de que se encomienda a un órgano de la Administración Pública dotado de suficientes condiciones de imparcialidad, independencia y responsabilidad como para que se le conceda; y, en cualquier caso, se trata de un margen de confianza que le ha dado el legislador con una finalidad concreta, cual es la de conseguir o la evitación del proceso o un más eficaz planeamiento del mismo, y que el órgano judicial no puede suprimir so pena de hacer ineficaz tal intervención”.

²³⁰² Véase lo dicho *supra* a propósito del plazo de impugnación del procedimiento del 138 LPL.

enjuicia como justificada, injustificada o nula, en los términos y circunstancias que ya se han comentado²³⁰³, por lo que nada nuevo se puede añadir.

En cualquier caso, la sentencia será ejecutiva desde que se dicte y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse con idéntico objeto. De aquí que, aunque se permite la impugnación individual independientemente de la colectiva, tanto el artículo 40,2, séptimo, como el 41,4, quinto, LET, señalen que la impugnación colectiva a través del 151 LPL paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas y no resueltas hasta la sentencia colectiva.

Este efecto de la sentencia colectiva sobre los procedimientos individuales plantea problemas de coordinación, tanto en relación con el ejercicio de ambas acciones como en relación con la ejecución, que nos obligarán a detenernos en la consideración de su problemática.

3.4.2. La controvertida y compleja relación entre los pronunciamientos de la impugnación individual y colectiva de las modificaciones sustanciales: la interrelación entre los procedimientos del 138 y del 151 LPL

La existencia de dos procedimientos diferentes para llevar a cabo la impugnación, con distintos sujetos legitimados activamente para ello y la posibilidad de uso coincidente en el tiempo hace que sea necesario matizar algunas cuestiones.

3.4.2.1. Subordinación de la impugnación individual a la colectiva

De la normativa reguladora resulta evidente que la concurrencia del ejercicio individual y colectivo de la impugnación se resuelve a favor de la impugnación colectiva, cuya interposición paralizará la tramitación de las acciones individuales ya iniciadas²³⁰⁴ o, si

²³⁰³ Véase *supra*.

²³⁰⁴ Cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 49, donde

es el conflicto colectivo el primero en plantearse, las demandas individuales se admitirán para quedar en suspenso hasta su resolución²³⁰⁵, si se presentan, puesto que aplicando la doctrina jurisprudencial reciente no es necesario hacerlo²³⁰⁶, aunque la

defiende que las acciones individuales deben ejercitarse con carácter previo a la colectiva, debiendo considerarse caducadas en caso contrario al no verse suspendido el plazo previsto en el 138.1 LPL por la interposición de conflicto colectivo. En contra PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 169, mantiene que si la reclamación individual no se ha interpuesto antes del inicio del conflicto colectivo el *dies a quo* del plazo de caducidad ser el de la notificación de la firmeza de la sentencia de conflicto colectivo, lo que implica la apertura de un nuevo plazo de caducidad, al igual que VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit. pg. 273. En cambio, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg 300, opina que, aunque ésta sería la solución óptima sólo cabe su postulación de *lege ferenda*, puesto que la literalidad del 59.4 LET no parece admitir esta interpretación.

²³⁰⁵ Véase, a este respecto, los artículos 41.4, quinto LET y 138.3 LPL. Entre la doctrina puede citarse, entre otros, ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.I., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M^a.: *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.004, pg. 310; ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C.: *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 1.999, pg. 254; GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, cit., pg. 122, y “Comentario al art. 138”, cit., pg. 843.

²³⁰⁶ El Tribunal Supremo, aunque no siempre en supuestos de modificaciones sustanciales, a partir de 1.994, especialmente con la sentencia de 29 de septiembre de 1994, Ar 7261, mantiene una consolidada jurisprudencia interpretando que no es lógico obligar al trabajador a ejercer su acción individual cuando se haya planteado un conflicto colectivo. El argumento es que, como señala la STS de 6 de julio de 1.999, Ar 5276, “la tramitación de un procedimiento de Conflicto Colectivo interrumpe el plazo de prescripción de cualquier acción de reclamación individual cuando el objeto litigioso de esta última coincide con el que fue resuelto en aquel otro procedimiento colectivo”, porque “el ejercicio de aquella acción colectiva debe de valorarse como una reclamación con los efectos interruptivos de la prescripción previstos en el art. 1973 del Código Civil, tanto más cuanto que el legislador en el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral ha dispuesto expresamente los efectos de cosa juzgada que una sentencia de Conflicto Colectivo tiene «sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto»”

Con igual planteamiento las SSTS, de 30 de junio de 1994, Ar 5508, de 15 de julio de 1994, Ar 6668, de 21 de julio de 1994, Ar 6690, y de 29 de septiembre de 1994, Ar 7261, de 16 de diciembre de 1996, Ar

doctrina tradicionalmente ha defendido la obligación de hacerlo dentro del plazo del 59.4 LET y 138.1 LPL, para que la acción no se vea irremediabilmente abocada a la caducidad²³⁰⁷, si bien tampoco se puede impedir la presentación, sea esta anterior o posterior a la interposición del conflicto colectivo. Es decir, que la presentación de la demanda de conflicto colectivo, puesto que a la conciliación administrativa no se le atribuye efecto alguno en este sentido, suspende el proceso individual hasta su resolución, como dice el 138.3 LPL, usando una expresión absolutamente criticable por su indefinición²³⁰⁸, sobre todo si tenemos en cuenta que la finalidad última de esta

9805, o las dos de la misma fecha de 21 de octubre de 1998, Ar 8912 y Ar 8910, de 21 de octubre de 1.998, Ar 8912, de 9 de octubre de 2.000, Ar 8303, de 13 de junio de 2.001, Ar 6296, de 29 de abril de 2.002, Ar 5685, de 24 de noviembre de 2.004, Ar 7957, y de 18 de octubre de 2.006, recurso 2149/2005. Igualmente las SSTSJ de La Rioja de 4 de septiembre, JUR 312728, y las dos de 15 de mayo de 2.001, AS 2284 y AS 2285, de Cataluña de 29 de octubre de 2.001, JUR 2.002/8580, y de 13 de noviembre de 2.002, AS 2.003/443, de Castilla-La Mancha de 28 de mayo de 2.002, JUR 240242, y de 11 de junio de 2.003, JUR 60417, de Extremadura de 17 de diciembre de 2.002, AS 2.003/1070, de la Comunidad Valenciana de 27 de febrero de 2.004, AS 3857, Cataluña de 26 de noviembre de 2.004, JUR 2.005/35620, de Castilla y León/Burgos de 29 de julio, AS 2075, de 16 de septiembre, AS 2.005/168, y de 17 de noviembre de 2.004, JUR 2.005/72617, Castilla y León/Valladolid de de 9 de diciembre de 2.004, JUR 14735, y de de enero de 2.005, JUR 1952, y de Cataluña de 3 de febrero de 2.005, AS 567, y de Castilla-La Mancha de 30 de mayo de 2.006, AS 2055.

²³⁰⁷ En contra de este planteamiento se posicionan, con algunas reservas sobre su virtualidad real, p.e. CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit. pg. 141, PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 168, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pg. 161, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 452, aunque aconsejando la impugnación individual por si acaso el procedimiento colectivo es rechazado por caducidad o se desiste de él. DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 144, en cambio, se muestra escéptico y se pregunta si esta interpretación, basada en la interrupción de la prescripción *ex* 1.973 CC, puede aplicarse a un plazo de caducidad que, en principio, sólo se suspende por los motivos y causas legalmente fijadas.

²³⁰⁸ Algo similar sucede con la previsión del 65.3 LPL, donde se prevé la suspensión del plazo de caducidad y su reanudación a partir de la firmeza del laudo arbitral que resuelva discrepancias surgidas en el período de negociación y consultas. En esta lógica CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto

subordinación del conflicto individual al colectivo es anular la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias con respecto a un mismo trabajador y empresario. Evidentemente, durante esta suspensión de la impugnación individual, el trabajador debe acatar la orden modificativa que, como se ha dicho, es ejecutiva desde que se dicta, salvo que recurra al *ius resistentiae*, con adversas consecuencias para él si la modificación es convalidada, o pedir *ex* 50.1.a) LET la resolución contractual, lo que parece excesivo en este momento procesal.

Si bien hay unanimidad en cuanto a la suspensión de la impugnación individual con respecto a la colectiva, aparecen divergencias interpretativas acerca de si es suficiente la existencia de sentencia definitiva o es necesario esperar a que ésta sea firme, puesto que, para unos, la resolución del conflicto colectivo incluye los posibles recursos contra la sentencia de instancia²³⁰⁹, no teniéndolo por finalizado hasta la declaración de firmeza de la sentencia, puesto que cabe recurrir en suplicación, como parece más acertado, puesto que en ese momento es cuando despliega sus efectos de cosa juzgada positiva o prejudicial, mientras que para otros lo es la sentencia de instancia²³¹⁰, sin necesidad de esperar la del posible recurso, argumentando que el artículo 158.2 LPL dice expresamente que “la sentencia será ejecutiva desde el momento en que se dicte, no obstante el posible recurso que contra la misma pueda interponerse”, al igual que sucede con el 301 LPL, aunque éste hace mención a la ejecutividad inmediata, “según la naturaleza de la pretensión reconocida”, con lo que se está admitiendo la posibilidad de

de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 162, mientras que se muestra contrario a la suspensión del cómputo RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, op. cit., pg. 50 y ss.

²³⁰⁹ Por todos, RIVERO LAMAS, J.: “Aspectos de la movilidad funcional...”, cit., pg. 85, y GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificaciones...*, cit., pg. 70.

²³¹⁰ Véase GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 584, defiende esta posición argumentando tanto la ausencia de requerimientos legislativo expreso en este sentido, como en la ejecutividad inmediata de la sentencia de conflicto colectivo, sin perjuicio de su recurribilidad, como señalan los artículos 158.2 y 301 LPL.

que no siempre sea conveniente conceder esa inmediatez en la ejecución, en atención a la naturaleza concreta del supuesto debatido, como sucede aquí.

Las consecuencias de seguir una u otra tesis, evidentemente, son muy diferentes y la mayoría de los pronunciamientos judiciales parecen decantarse por esperar a la firmeza de la sentencia que finaliza el procedimiento²³¹¹, puesto que lo contrario contradice la intención del legislador de subordinar los procedimientos individuales a los criterios sentados en el colectivo. Esto sólo se puede conseguir si se impide la existencia de sentencias individuales, que, al no tener acceso a la suplicación, ganarían firmeza antes de que se resolviera el recurso planteado contra la sentencia de instancia del conflicto colectivo y que podrían ser contradictorias con ésta, defraudándose de este modo la intención del legislador y olvidando el carácter prejudicial que tiene la suspensión de las impugnaciones individuales.

Porque lo correcto es entender que la suspensión debe mantenerse hasta que la sentencia que resuelve el conflicto colectivo sea firme²³¹² o se zanje el conflicto por conciliación

²³¹¹ Véase, por todas, STS de 13 de junio de 2.001, Ar 6296, señalando claramente que el plazo de prescripción se reanuda a partir de la firmeza de la sentencia resolutoria del conflicto colectivo. Entre los Tribunales Superiores esta doctrina es seguida, entre otras muchas, por las SSTSJ de Murcia de 29 de mayo de 2.006, JUR 198525, de 6 febrero de 2.006, JUR 78342, 9 de enero de 2.006, JUR 79334, entre otras más, al igual que la de Castilla y León/Burgos de 16 de septiembre de 2.004, AS 168, y de 29 de julio de 2.004, AS 2075, Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2.004, JUR 2.005/11115, de Andalucía/Granada de 27 de enero de 2.004, AS 485, de 14 de octubre de 2.003, AS 3462, y de 29 de septiembre de 2.003, AS 3411, de Canarias/Las Palmas de 31 de marzo de 2.003, JUR 10809, de Cataluña de 14 de febrero de 2.003, JUR 116417, de Extremadura de 17 de diciembre de 2.003, AS 1070, y de Galicia de 28 de mayo de 2.001, JUR 214 878.

²³¹² SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica...”, op. cit., pg. 40. También CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones...*, op. cit., pg. 255, aunque la solución no deje de suscitar para este autor ciertas dudas de constitucionalidad, en la medida en que se limita la legitimación activa individual por la existencia de otro proceso en el que no puede personarse”, y DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales*, cit., pg. 152, señala que, aunque contradice “la primera idea de celeridad que desprende el art. 138, y con base justamente en ese mismo precepto y en

o acuerdo entre las partes²³¹³. De este manera se evitaría la posible contradicción de que la impugnación individual se resolviera de acuerdo con lo dispuesto en la primera sentencia colectiva²³¹⁴ y que, con posterioridad y ya firme la sentencia individual, se revocara la sentencia colectiva de instancia que había servido de presupuesto material para la devenida en errónea sentencia individual, contradicción y perjuicios que sólo podrían intentarse deshacer, aunque con muy escasas posibilidad de éxito, a través del recurso extraordinario de revisión²³¹⁵, sin que se deba olvidar que la sentencia del procedimiento del 138 LPL carece, en principio, de recurso.

De acuerdo con este planteamiento, una vez la sentencia gane firmeza, se levantará la suspensión y se continuará la tramitación individual, aunque sin que pueda desconocerse el contenido de la sentencia colectiva, pudiéndose, eso sí, resolverse cuestiones no planteadas ni resueltas en aquella²³¹⁶.

Esta suspensión de las acciones individuales ya en trámite, cuando se tenga noticia de la iniciación de un proceso colectivo²³¹⁷, no supone la existencia de litispendencia, cuyo

sus remisiones, hay que concluir que la suspensión del proceso habrá de mantenerse hasta que el conflicto colectivo se resuelva de forma permanente”.

²³¹³ Artículos 68 y 160 LPL.

²³¹⁴ Para BLASCO SEGURA, B.: “La eficacia del acto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 22 y ss., este planteamiento supone que siempre debe estimarse la excepción de litispendencia.

²³¹⁵ A pesar de la remisión que el 234.1 LPL hace al posible uso del recurso de revisión, este supuesto no está incluido entre los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para ello.

²³¹⁶ Véase GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, cit., pg. 136.

²³¹⁷ Esto significa que sólo se podrá acordar la suspensión del proceso, sin margen alguno de discrecionalidad para el juez, cuando las partes pongan en conocimiento del juzgado y acrediten la existencia del conflicto colectivo y la relación directa entre lo allí debatido y el proceso que se pretende suspender.

reconocimiento supondría que, una vez dictada la sentencia colectiva, ésta surtiría plenos efectos de cosa juzgada impidiendo nuevos pronunciamientos sobre el mismo asunto, pronunciamientos individuales que, por otra parte, son necesarios en la mayoría de las ocasiones, como se verá, para la correcta ejecución de lo sentenciado colectivamente²³¹⁸. Sin embargo, dada la indiscutible vinculación entre los conflictos individuales y colectivo, al tener un mismo objeto, y la voluntad legal de prejudicialidad recogida en el 158.3 LPL, lo que sí existe es una especie de prejudicialidad suspensiva, como viene interpretando el Tribunal Supremo respecto de cualesquiera acciones judiciales que tengan el mismo objeto que la acción colectiva pendiente de resolución, porque “el efecto que produce el proceso de conflicto colectivo –una vez que se interpone e inicia- sobre los procesos individuales, es el de suspender el trámite de los mismos hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin a aquél; efecto suspensivo que generalmente se produce en situaciones de prejudicialidad”²³¹⁹.

Es claro que, si suponemos la existencia de identidad en las pretensiones del conflicto individual y colectivo, estaríamos ante una clara situación de litispendencia, que aquí no se da por la inexistencia de la identidad esencial de acciones exigida por el 1.252 del Código Civil²³²⁰, por lo que no aparece el efecto típico de la litispendencia, que es el rechazo del proceso individual, sino que por razones de economía procesal y, sobre

²³¹⁸ P.e. STSJ de Castilla y León/Burgos de JUR 46419.

²³¹⁹ STS de 30 de junio de 1.994, Ar 5508, seguida por otras como las de 18 de julio de 1.994, Ar 6677, o la de 30 de septiembre de 2.004, Ar 7494, todas de unificación de doctrina y manteniendo idéntica formulación. Siguen esta doctrina, entre otras muchas, las SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 2.006 JUR 46419, Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2.005, AS 2.006/183, de Castilla-La Mancha de 9 de diciembre de 2.005, JUR 2.006/20547, de Cataluña de 5 de mayo de 2.005, AS 2.006/455, y de 3 de febrero de 2.005, AS 567, Castilla y León/Valladolid de 9 de diciembre de 2.004, JUR 2.005/14735, de Cataluña de 26 de noviembre de 2.004, JUR 35620, de Castilla y León/Burgos de 17 de noviembre de 2.004, JUR 2.005/2617, y de Andalucía/Granada de 29 de septiembre de 2.003, AS 3411 y de 14 de octubre de 2.003, AS 3462.

²³²⁰ Por todas, STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2.005, AS 567.

todo, derivadas del efecto de la sentencia colectiva, que normalmente no puede ser ejecutada por sí misma, sino que ha de hacerse a través de las sentencias individuales, lo que se hace es suspender el trámite de la impugnación individual, como sucede frente a la prejudicialidad, que judicialmente se califica como una prejudicialidad con unas “connotaciones tan específicas que muy bien podría calificarse de prejudicialidad normativa”²³²¹.

Pero es que, realmente, no siempre estamos ante dos procesos con identidad de pretensiones ni de sujetos legitimados, lo que evidencia la diferente naturaleza de estas acciones, puesto que articulan procesos diferentes, con pretensiones diversas, aunque conexas, instadas por sujetos distintos, aunque podamos decir que, mediatamente, la legitimación de los representantes de los trabajadores permite hablar de identidad subjetiva, que, por otra parte, sólo existiría realmente si la acción se ejercita a instancia de la representación unitaria, aunque si es la representación sindical también la sentencia tiene efectos *erga omnes*. Pero es que, además, el trabajador ni tiene por qué conocer el ejercicio de la acción colectiva, ni se le da traslado de las resoluciones que se dicten en el procedimiento, ni siquiera de la terminación del proceso²³²². Es más, pueden coexistir

²³²¹ Véanse, p.e., las STS de 30 de junio de 1.994, Ar 5508, de 18 de julio de 1.994, Ar 6677, de 6 de julio de 1.999, Ar 5276, y de 30 de septiembre de 2.004, Ar 7494, seguidas, entre otras muchas, por las SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 2.006 JUR 46419, Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2.005, AS 2.006/183, de Castilla-La Mancha de 9 de diciembre de 2.005, JUR 2.006/20547, de Cataluña de 5 de mayo de 2.005, AS 2.006/455, y de 3 de febrero de 2.005, AS 567, Castilla y León/Valladolid de 9 de diciembre de 2.004.

²³²² Ejemplifica la problemática que se puede originar por esta falta de comunicación el supuesto contemplado en la STS de 15 de julio de 2.003, Ar 4834, donde se ejecuta la sentencia de conflicto colectivo en que se condena a la empresa a pagar una cantidad a pagar al sindicato recurrente –el convenio contemplaba que se pagaría a los sindicatos con representación en el comité-, cantidad ya abonada a otro sindicato que planteó una reclamación de cantidad por el mismo asunto, impugnación que no se suspendió y cuya sentencia se ejecutó, cobrando ese sindicato la totalidad de la cantidad tal y como la sentencia del juzgado señaló. La empresa alega haber cumplido ya su obligación con respecto a los sindicatos y pide la compensación de la cantidad, lo que no admite el Tribunal que ejecuta directamente la sentencia obligando a pagar de nuevo la cantidad pactada en convenio.

planteamientos completamente diferentes, como sucede cuando la demanda colectiva solicita la nulidad de la modificación y la individual la injustificación o viceversa. Sin embargo, la norma no distingue y suspende en cualquier caso, aunque se pudiera alegar en contra que ambos pronunciamientos podrían coexistir sin que interfirieran sus efectos de cosa juzgada²³²³.

Desde esta perspectiva, se puede defender con más claridad la existencia de prejudicialidad, puesto que ésta, a diferencia de la cosa juzgada o de su anticipo, que es la litispendencia, no exige identidad plena en los dos procesos, ni en las partes procesales, como requiere el 1.252 Cc, pero sí un indudable condicionamiento de un procedimiento por lo dispuesto en la sentencia del otro proceso, como sucede en estos supuestos. De aquí que si admitimos la prejudicialidad se deba paralizar el segundo proceso hasta la resolución del primero, como realmente sucede en aplicación de lo dispuesto en el 138.3 LPL.

Esta subordinación de la impugnación individual a la colectiva es el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 158.3 LPL, cuando establece que “la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objeto”. En esta lógica, la sentencia colectiva tendrá el “efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada”²³²⁴ o, dicho de otra manera, dispondrá de una “prejudicialidad normativa”²³²⁵, obligando al juez a fallar en

²³²³ MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 452.

²³²⁴ Hay que distinguir, como hace la STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775, dentro del instituto de la cosa juzgada una “vertiente material-negativa, impeditiva de un nuevo proceso” y otra “material-positiva, condicionante de este nuevo proceso”, siguiendo la doctrina recogida en esa misma línea, entre otras, por las SSTs de 13 de octubre de 2.000, Ar 9650, de 27 de enero de 1.998, Ar 1143, de 13 de noviembre de 1.997, Ar 9032, y de 14 de febrero de 1.995, Ar 1155. véase, igualmente, el artículo 1.252 CC, donde se regula la cosa juzgada en su dos vertientes, negativa y positiva.

²³²⁵ Véase la citada STS de 30 de junio de 1.994, con referencia al anterior 157.3 LPL, hoy 158.3 LPL. Desde esta perspectiva, la sentencia entiende que “la acción de conflicto colectivo es esencialmente una

idéntico sentido al fallo anterior, puesto que la cosa juzgada es una excepción perentoria con un efecto negativo, consistente en impedir al segundo juez conocer de lo ya conocido por otro, y un efecto positivo o prejudicial que “no prohíbe que se dicte sentencia en el segundo juicio, sino que obliga tan sólo a que en esa segunda sentencia se sigan y apliquen los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior”²³²⁶, aunque no toda la doctrina acepta pacíficamente la existencia de la cosa juzgada en sentido positivo, insistiendo en que el efecto de la cosa juzgada, como excepción perentoria, es impedir el conocimiento, por segunda vez, de lo ya conocido por otro juez, es decir que sólo reconocen un efecto negativo en la cosa juzgada²³²⁷.

Sin embargo, para que aparezca el efecto negativo y excluyente de la cosa juzgada se exige “como previene el art. 1252 del Código Civil que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el posteriormente planteado, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron”, mientras que el efecto positivo no exige esa completa identidad²³²⁸, puesto que si se

acción declarativa tendente a interpretar o aplicar con carácter genérico una norma, y en cambio en los individuales se trata de acciones de condena o de reconocimiento concreto y específico de derechos”. Igualmente la STS, también de unificación, de 6 de julio de 1.999, Ar 5276. En este planteamiento VICENTE PALACIO, A.: *El efecto positivo de la cosa juzgada en el proceso laboral*, Cuadernos de Aranzadi Social, Pamplona, 2.007, pg. 154 y ss.

²³²⁶ SSTs de 13 de octubre de 2.000, Ar 9650, de 14 de octubre de 1.999, Ar 9411, y de 23 de octubre de 1.995, Ar 7867.

²³²⁷ En contra, planteando lo discutible que resulta hablar de “cosa juzgada en sentido positivo”, se muestra BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, op. cit., pg. 158; en la misma lógica, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Madrid, Marcial Pons, 1.991, pg. 231.

²³²⁸ Como señala MIRANZO DÍAZ, J.J.: “El proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Comentarios al artículo 137 bis del Texto Articulado de Procedimiento Laboral”, en AA.VV., *Estudios sobre el despido, Homenaje al Prof. A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, 1.999, pgs. 160 y 161, se está ante los efectos positivos de cosa juzgada interpretada de manera flexible al no existir identidad subjetiva, ni causal, ni impedimento alguno para la

diera surgiría el efecto excluyente, siendo suficiente que “lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado”²³²⁹.

En este sentido, además de los condicionantes expresamente recogidos en la sentencia primera, la vinculación del efecto prejudicial normativo afecta también aquellos elementos de decisión que, aunque hayan condicionado el fallo, no se han incorporado a éste, aunque sí actúan como sus determinantes lógicos²³³⁰ y como tales han de ser asumidos por el segundo juez, para el que la sentencia primera tiene valor de cosa juzgada en sentido positivo que debe ser apreciada de oficio y, por tanto, no tiene que ser excepcionado²³³¹, aunque en la práctica las dificultades materiales de conocimiento por el juez de anteriores sentencias aconsejen su alegación, incluso en aquellos supuestos en que sea el mismo juez el que conozca de ambos procedimientos.

3.4.2.2. Ejecución de la sentencia colectiva: ¿ Ejecución directa o a través de procesos individuales?

Una vez dictada la sentencia de conflicto colectivo, la reanudación del proceso individual en suspenso no deja de suscitar problemas relacionados con el contenido del fallo de aquella, puesto que estas sentencias, aunque son ejecutivas desde el momento en que se dictan²³³² y surtir efectos de cosa juzgada *ex* 158.3 LPL, dado que su

prosecución posterior de los procesos individuales.

²³²⁹ Cfr. STS de 13 de octubre de 2.000, Ar 9650. Igualmente las SSTs de 17 de diciembre de 1.998, Ar 10521, de 23 de octubre de 1.995, Ar 7867, y 29 de mayo de 1.995, Ar 4455, entre otras.

²³³⁰ STS de 17 de diciembre de 1.998, Ar 10521, y STSJ País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775, entre otras.

²³³¹ P. e., SSTs de 17 de diciembre de 1.998, Ar 10521, y de 29 de mayo de 1.995, Ar 4455.

²³³² Cfr. el artículo 158.2 LPL.

naturaleza es esencialmente declarativa²³³³, como señalan los pronunciamientos judiciales²³³⁴, para la efectividad de su pronunciamiento se requiere un título que confiera ejecutividad a las peticiones de los individuos que conforman el colectivo, es decir, se requiere que cada componente del grupo obtenga, a su vez, una sentencia, ahora de condena, que sí tiene carácter ejecutivo, porque la sentencia colectiva no se ejecuta en sí misma, sino a través de los procesos de impugnación individual de modificaciones sustanciales²³³⁵, de manera que serán las sentencias individuales las que se constituirán en título ejecutivo y no la colectiva²³³⁶, salvo casos excepcionales²³³⁷.

²³³³ Entre otros muchos: BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 254, quienes la califican como “básicamente declarativa”, GODINO REYES, M. Y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación...*, cit., pg. 68 y 69; ANDINO AXPE, L.: *Ejecución en el orden jurisdiccional laboral*, cit., pg. 345 y ss.; PRADOS DE REYES, F.: “Ejercicio de las acciones declarativas en el procedimiento laboral”, *Temas Laborales*, núm. 6, 1.986, pg. 90 y ss.

²³³⁴ Véase, p.e. la STS de 21 de noviembre de 2.001, Ar 2974, que taxativamente afirma que “las sentencias dictadas en procesos de conflictos colectivos son, normalmente, declarativas y de eficacia “cuasinormativa” sin posibilidad, en consecuencia, de su directa ejecución”, siguiendo la doctrina de STCo de 23 de mayo de 1.988, 92/1.988. Con esta misma lógica están las SSTS de 18 de noviembre, Ar 8818, 10 de diciembre, Ar 10067, y 25 de junio de 1.992, Ar 4672, de 27 de enero de 1.995, Ar 520, y de 28 de junio de 2.006, Ar 7051. Igualmente, entre otras, mantienen el carácter declarativo las SSTS de Cataluña de 3 de noviembre de 1.999, AS 7013, del País Vasco de 13 de noviembre de 2.001, AS 4183, de Andalucía/Granada de 13 de mayo de 2.003,

²³³⁵ Véase, en esta lógica, por todos, MONTERO AROCA, J.: *Introducción al Proceso Laboral*, cit., pg. 221, señalando que “las sentencias dictadas en los procesos individuales tienen eficacia ejecutiva (son títulos ejecutivos) si son de condena, pero el caso es que la sentencia dictada en el proceso colectivo será *siempre declarativa*, pues aunque en ella pueda hablarse de que se condena al demandado esa condena es siempre genérica, no referida a relaciones jurídicas individuales”. Igual planteamiento se expone en la mayoría de los pronunciamientos que citamos en las notas inmediatamente anteriores y posteriores a ésta, por lo que obviamos su reiteración.

²³³⁶ La doctrina del Tribunal Supremo mantiene inequívocamente la no ejecutabilidad directa de las sentencias de conflicto colectivo. Así, p.e., la citada STS de 21 de noviembre de 2.001, Ar 2974, afirma claramente que “las sentencias dictadas en procesos de conflictos colectivos son, normalmente,

No obstante esta claridad en el planteamiento, alguna doctrina se plantea la ejecutabilidad directa del fallo de la sentencia colectiva²³³⁸, especialmente en aquellos

declarativas y de eficacia "cuasinormativa" sin posibilidad, en consecuencia, de su directa ejecución", a lo que añade: "los pronunciamientos contenidos en aquéllas constituyen la base o soporte para que los beneficiarios, en caso de no cumplirse voluntariamente las consecuencias que se derivan de dichas decisiones, insten, en un proceso ordinario, individual o plural, un pronunciamiento condenatorio, previa determinación de los términos (no genéricos, sino específicos) en que, según sus pretensiones, debe emitirse el fallo", siguiendo la doctrina sentada, entre otras, por la STS de 30 de junio de 1.994, Ar 5508, al señalar que "la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto colectivo define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de premisa *iuris*, pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo". Igualmente, SSTs de 30 de enero de 1.995, Ar 528, de 22 de abril de 1.996, Ar 3335, 7 de mayo de 1.997, Ar 4226, 19 de mayo de 1.997, Ar 4275, de 8 de julio de 1.997, Ar 5567, de 28 de junio de 2.006, Ar 7051, además de, por todas, las SSTJ de Cataluña de 3 de noviembre de 1.999, AS 7013, del País Vasco de 13 de noviembre de 2.001, AS 4183, de Andalucía/Granada de 13 de mayo de 2.003, AS 2372, de Madrid de 31 de marzo, AS 1014 y de 17 de octubre de 2.005, AS 2824, y Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2.006, JUR 212548.

²³³⁷ Véase, p.e., la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2.006 AS 183, donde con fundamento en las SSTs de 28 de mayo de 2.002, Ar 6816, y 17 de diciembre de 2.001, Ar 2.002/2028, exige para su ejecutabilidad que "básicamente, será posible en aquellos supuestos que estén relacionados con el derecho colectivo, normalmente afectantes al sujeto colectivo que interpuso la demanda, al tratarse de lo que se denomina por la doctrina jurisprudencial como conflicto colectivo indivisible. (...)ello lo será en los casos excepcionales en que se desprenda esa posibilidad del tenor de su fallo, carente de la necesidad de una ulterior determinación de aspectos concretos de su incidencia, o de una personalización de los beneficiados por su declaración".

²³³⁸ Para ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: *Modificación sustancial...*, cit., pg. 216 y ss. opina que el pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de conflicto colectivo no requiere de ningún otro proceso ulterior para singularizar su sentido y alcance, por lo que debe superarse la doctrina tradicional en este tema; igualmente RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "Flexibilidad interna: movilidad funcional..." cit., pg. 48, considera que la sentencia colectiva "es condenatoria y ejecutable directamente como tal", o PALOMO BALDA, E.: "Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...", cit., pg. 177. Con referencia al proceso colectivo en general GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El proceso de conflicto colectivo de trabajo*, ACARL, Madrid, 1.993, pg. 125 y ss, admite posibilidad de que este

casos en que el supuesto de hecho del conflicto colectivo no tiene un carácter abstracto y general, sino que se refiere a trabajadores concretos que sufren una modificación sustancial de carácter colectivo y, por tanto, impugnabile por este procedimiento²³³⁹. El fundamento de esta posición se encuentra en la doctrina de la STCo. 92/1.988, de 23 de mayo, seguida después por algunos otros pronunciamientos²³⁴⁰, que plantea, con carácter excepcional, la posibilidad de que la sentencia colectiva pueda tener también carácter condenatorio y, por tanto, directamente ejecutable siempre que el fallo de la sentencia contenga un claro pronunciamiento de condena y todos los elementos individualizadores necesarios para que la obligación impuesta en el pronunciamiento quede perfectamente determinada, sin necesidad de ulteriores precisiones²³⁴¹.

Sin embargo, la realidad es que, en la práctica, el mantenimiento de esta posición parece, sino imposible, sí, al menos, bastante difícil de encontrar en la praxis judicial,

proceso pueda dar cauce a una pretensión condenatoria, no sólo declarativa.

²³³⁹ MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones...”, cit., pg. 452, señala que, “a pesar de todo, considero que, aún referida a trabajadores concretos la sentencia colectiva tampoco en estos casos es directamente ejecutable en tanto en cuanto seguirá siendo una sentencia declarativa no susceptible de ejecución en atención a la realidad de cada caso concreto con todas las exigencias que ello requiere”.

²³⁴⁰ Véase, p.e. la STCo 3/1.994, siguiendo la doctrina de otras anteriores como la de 67/ 1.984, de 7 de junio de 1.984, o la 167/ 1.987, de 28 de octubre, y la 92/ 1.988, de 23 de mayo, así como las SSTs de 30 de junio de 1.993, Ar 4939, de 24 de abril de 1.997, Ar 3496, de 21 de noviembre de 2.001, Ar 2974, y de 28 de mayo de 2.002 Ar 6816, entre otras, al igual que, p.e., las SSTSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2.000, AS 2.001/690, del País Vasco de 13 de noviembre de 2.001, AS 4183, de Madrid de 31 de marzo de 2.005, AS 1014, y de Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2.006, JUR 212548.

²³⁴¹ La citada STCo 3/ 1.994 señala como no justificada la petición de ejecución de sentencia meramente declarativa, “excepto cuando la sentencia incluye un inequívoco pronunciamiento de condena, pues entonces carece de justificación la denegación de su ejecución”; en igual lógica, p.e. las SSTSJ de Madrid de 31 de marzo de 2.005, AS 1014, y de Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 1.999, AS 7067. Igualmente ALONSO OLEA, M.: “Sobre los procesos colectivos y la ejecución de sus sentencias”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (S. MARTÍN RETORTILLO, coord.), t. IV, Civitas, Madrid, 1.991, pg. 3126 y ss.

puesto que la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales insisten directa o indirectamente en que la sentencia colectiva no es ejecutable directamente, sino que se aplicará a través de las sentencias individuales, aunque haya algunas, ciertamente las menos, que sí admiten esta posibilidad y se pronuncian en consecuencia, admitiendo la ejecución directa del fallo colectivo²³⁴².

²³⁴² Si bien son escasos este tipo de pronunciamientos se han encontrado algunos referidos a supuestos de modificaciones sustanciales: La STSJ de Asturias de 7 de marzo de 1.997, AS 513, admite la ejecución directa de la sentencia colectiva, no admitida por el juzgado, por la que se declaró injustificada la modificación del sistema de jornada y horario, reconociendo el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en sus anteriores condiciones. El razonamiento es que no se trata de “la interpretación de una norma de alcance general, sino el cumplimiento de una obligación que, además de su ámbito colectivo, tiene una repercusión directa en el plano individual. La sentencia dictada en dicho proceso contiene, no una declaración meramente normativa, sino un pronunciamiento de condena: calificando de injustificada la decisión empresarial y declarando el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en sus anteriores condiciones de jornada y horario. La conclusión que se extrae de estas circunstancias es la posibilidad de ejecución directa de la sentencia en sus propios términos, sin necesidad de ejercitar las correspondientes acciones individuales”.

Igualmente, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de mayo de 1.996, AS 3472, en un supuesto de supresión unilateral por la empresa de un economato, razona que “existan resoluciones que sólo tienen efecto en el plano colectivo, sin traducción posible en la esfera individual, mientras que otras tienen una repercusión directa en el plano individual, hecho que desde el ángulo de la tutela judicial efectiva comporta la posibilidad de que esa sentencia sea ejecutada en sus propios términos, por contener un pronunciamiento más o menos detallado”, razonando, además, que “es inexcusable que el órgano judicial examine las circunstancias concretas de cada caso y dilucide, a la vista de las mismas, si la sentencia que puso fin al procedimiento de conflicto colectivo puede ser ejecutada directamente o si, por el contrario, resulta necesaria la apertura de procedimientos individuales”.

Referidas en general a procesos de conflicto colectivo se pueden citar otras en similar línea, como la STS de 15 de julio de 2.003, Ar 483, que ordena ejecutar directamente una condena a pagar una cantidad, perfectamente individualizada, por la empresa a un sindicato, al igual que la STSJ de Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 1.999, AS 7067: “La sentencia de la que se solicita la ejecución si bien es declarativa del derecho del Comité de Empresa de Ford España, SA a ser informado, mensualmente, de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores (...) impone a la demandada una obligación específica de información, tal y como queda reflejado, sentencia que podemos decir que sí contiene un

Sin embargo, sería muy útil y coherente con la lógica interna de los preceptos intervinientes, que buscan la economía procesal y que la sentencia colectiva se individualice en los procedimientos individuales, llevar hasta el final estos fundamentos lógicos del efecto normativo y hacer directamente ejecutable la sentencia colectiva, sin necesidad de que cada trabajador tenga que interponer su correspondiente procedimiento para obtener una sentencia individualizada, concretándose el *petitum* suplicatorio, si no se ha podido hacer antes, en el momento de la ejecución²³⁴³. Esta interpretación sí que favorece el principio *pro actione*, ofrece mayores garantías de seguridad jurídica y evita el derroche de actividad jurisdiccional que la situación actual propicia. De esta manera sí podríamos hablar de litispendencia con propiedad, aunque en esencia no concurren con exactitud todas las identidades necesarias para ello, porque el objeto del proceso colectivo, normalmente, no suele versar sobre la orden modificativa individual, sino sobre el proceso de implementación de la modificación

inequívoco pronunciamiento de condena que deberá ser cumplido, pues en otro caso el camino recorrido no conduciría a ninguna parte, (...) debiéndose tener en cuenta que el derecho en su día ejercitado es colectivo y no necesita ninguna concreción individual”; STSJ País Vasco de 11 de febrero de 2.003, AS 2130, en un supuesto de declaración de nulidad de un referéndum y obligación de celebrarlo de nuevo, expone que “es uno de los supuestos en que, por excepción, entendemos que cabe ejecutar una sentencia de conflicto colectivo”; la STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2.005, AS 1014, obligación de hacer calendario laboral anual con participación de la representación legal de los trabajadores: “obligación de hacer que difícilmente puede acompañarse de perfiles más concretos a la hora de delimitar su contenido material. Pero es que, a mayor abundamiento, en ella también figuran pormenorizados con detalle los extremos que el calendario en cuestión debe comprender, para lo que basta con remitirnos nuevamente al fallo de la aludida resolución judicial firme”.

²³⁴³ Véase, también en esta lógica, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...*, cit., pgs. 158 y 159, defendiendo esta posición con base, precisamente en la citada STCo. 92/1.988, de 2 de mayo. Igualmente ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa”, cit., pg. 232. En cambio, GONZALEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales...”, cit., pgs. 576 y 581, opina que la sentencia colectiva no puede ser ejecutada directamente sin precisión nominal de los sujetos afectados ni de la cuantificación real individualizada.

por la empresa, sin distinción alguna en el tratamiento dado a éstos supuestos con respecto a aquellos en que sí existe esa identidad.

Ahora bién, este planteamiento puede ser objetado porque los apartados 6 y 7 del 138 LPL establecen dos derechos de opción, uno al empresario, para que opte entre devolver al trabajador a sus condiciones originarias o indemnizar la extinción contractual, y otro al trabajador, para que decida entre exigir el cumplimiento en sus propios términos de la sentencia o acudir al incidente de no readmisión para instar la extinción indemnizada del contrato. El primero, en caso de que se califique la modificación como injustificada y en el segundo como nula. Estas opciones sólo pueden ser ejercitadas individualmente por el empresario o el trabajador afectado, que son los legitimados para solicitar la ejecución de la sentencia de conflicto colectivo, no por los representantes de los trabajadores, que no son titulares del derecho de opción ni pueden actuar como sustitutos procesales de sus representados frente al empresario. De aquí que la sentencia del conflicto colectivo no siempre pueda ejecutarse directamente sin más, porque impediría el ejercicio individual de estas opciones²³⁴⁴. Pero esta dificultad es soslayable y la objeción puede salvarse, como ya se ha dicho, a través de esa concreción individualizada del *petitum* en la ejecución de la misma, que no presentaría mayores inconvenientes en su materialización o, al menos, éstos serían sensiblemente menores que la interposición de los hoy necesarios procedimientos individuales.

Además, hay que recordar la existencia del derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva constitucional que se concreta en el ámbito laboral en el artículo 4.2.g) LET, cuando dice que los trabajadores tienen derecho “al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”. Este derecho, en el ámbito de las modificaciones sustanciales, implica, con independencia de las posibles impugnaciones colectivas que

²³⁴⁴ Opinan que si la sentencia colectiva no debe ser, con carácter general, directamente ejecutable, “con mayor razón cuando el objeto del litigio es la calificación de una decisión empresarial en materia de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo”, GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales...”, cit., pgs. 583 a 586, y GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modifica...*, cit., pgs. 74 y 75.

se lleven a cabo por la representación, que el trabajador individual podrá siempre impugnar la modificación sustancial que le afecte, puesto que en caso contrario estaremos contradiciendo tanto el artículo 4.2.g) LET, como el 24 CE²³⁴⁵. Esta lógica es, precisamente, la que se muestra en el mismo artículo 41,4º, quinto, LET cuando dice que la demanda de conflicto colectivo se podrá interponer “sin perjuicio de la acción individual” o cuando, a continuación, se señala que “la interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución”.

Con idéntica intencionalidad unificadora, otra doctrina ha propuesto que el procedimiento colectivo adecue sus principios a los que informan el procedimiento del 138 LPL, incluida la ausencia de recurso, de modo que sentencia definitiva y sentencia firme coincidan, lo que evitaría parte de los problemas causados por la dilación temporal y sería mas acorde con la pretendida urgencia procesal. De esta manera, lo que se propone es reconocer una singularidad en el proceso de conflicto colectivo por razón de la materia²³⁴⁶.

En cualquier caso, no se debe olvidar que escapan de los efectos de esta suspensión los procesos individuales que ya hubiesen sido resueltos con anterioridad al planteamiento de la demanda de conflicto colectivo, porque su sentencia es firme y causa efectos de cosa juzgada, con independencia de cuál sea el sentido del fallo colectivo y si son coincidentes o no. Igualmente sucede en los supuestos en que, una vez interpuesta la impugnación individual, se alcance acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario, pues ello no impide, ni suspende el ejercicio de la acción individual, en sintonía con los artículos 138.3, segundo, LPL y 40.2 y 41.1 LET.

²³⁴⁵ Cfr. ROJAS RIVERO, G. P.: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1.994, pg. 17.

²³⁴⁶ DE SOTO RIOJA, S.: *Ibidem*, pg. 152, donde defiende que esta propuesta no le parece, con razón, excesivamente complicada.

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que es necesario interponer procedimientos individuales para ejecutar la sentencia colectiva, surge la duda de cuál sea el cauce procesal adecuado para ello.

Para unos, debe hacerse a través del procedimiento de impugnación del 138 LPL²³⁴⁷. Esta opción presenta el inconveniente, ya comentado desde la óptica tradicional, de que el plazo para la interposición de la demanda coincide con el de la impugnación colectiva, lo que va a provocar, en la mayoría de los supuestos, que cuando la sentencia colectiva alcance firmeza haya transcurrido ya el plazo de 20 días para su interposición, salvo que el trabajador hubiese impugnado antes de su finalización, independientemente del momento procesal en que se encontrase la impugnación colectiva, puesto que su inicio, como se ha dicho, suspende la tramitación de la impugnación individual por el 138 LPL, pero sin que se exonere al trabajador en modo alguno de su obligación acerca del cumplimiento de los plazos para la interposición de su impugnación dentro del plazo de caducidad de veinte días del 138.1 LPL.

En cambio, desde la nueva perspectiva que proporcionan los pronunciamientos jurisprudenciales señalados anteriormente, a partir de la firmeza de la sentencia colectiva se abre un nuevo plazo de caducidad para que a través de los correspondientes pronunciamientos individuales se pueda concretar el fallo colectivo y así hacerlo ejecutable, lo que es mucho más acorde con la finalidad del proceso de conflicto colectivo²³⁴⁸. De esta manera no resulta imprescindible la impugnación individual dentro de los veinte días de la modificación, sino que se puede esperar a conocer el fallo del conflicto colectivo, con el inconveniente de que, si no es favorable a los intereses del trabajador, éste habrá perdido inexorablemente las posibilidades de impugnación por caducidad de su acción, quedando a salvo aquellas escasas situaciones en que la

²³⁴⁷ CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social 1994-1996*, cit. pg. 138 y ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 347.

²³⁴⁸ Sobre estas cuestiones véase lo argumentado *supra*.

sentencia colectiva pueda ser ejecutada directamente, sin intermedio de los procedimientos individuales.

La segunda posibilidad es acudir al supuesto del artículo 50.1,c) *in fine*, LET²³⁴⁹, que se constituye en la única posibilidad para el trabajador, salvo aquietamiento a la modificación, una vez caducada la acción del 138 LPL, pero con el inconveniente de que aboca directamente a la extinción contractual indemnizada.

Si tenemos en cuenta, como ya se ha visto, que el procedimiento de ejecución de las sentencias que declaran no justificada la modificación sustancial acaba en la extinción contractual, en primera o segunda instancia, si el empresario mantiene su rechazo a devolver al trabajador a las condiciones originales²³⁵⁰, lo más aconsejable, desde el punto de vista de la economía procesal, será que el proceso individual, que cada trabajador interponga para hacer efectiva la sentencia colectiva, sea para solicitar, directamente, la extinción contractual, toda vez que ya existe un pronunciamiento judicial que declara la injustificación o nulidad de la modificación implementada.

Este planteamiento, posible y lógico, tiene el inconveniente de que parte de la presunción de que el empresario va a persistir en su incumplimiento y que al trabajador le interesa ir directamente a la extinción contractual, sin intentar siquiera la ejecución en los propios términos de la sentencia, que sólo tiene posibilidades de llevarse a cabo cuando el fallo judicial ha calificado como nula la modificación²³⁵¹.

²³⁴⁹ Véase, p.e., ALFONSO MELLADO, C., CARRATALÁ TERUEL, J.L. y MORRO LÓPEZ, J.J.: *La reforma del proceso laboral*, cit., pg. 56; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 20.

²³⁵⁰ Véase, más ampliamente, lo dicho *supra*.

²³⁵¹ En igual lógica SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 301.

Ahora bien, el artículo 50.1.c), *in fine*, LET se refiere expresamente a los supuestos en que la modificación ha sido declarada injustificada, con lo que no parece aplicable a las demás situaciones posibles, como son la declaración de nulidad o la reposición irregular en las condiciones originarias, mientras que el procedimiento del 138 LPL sí lo prevé. Sin embargo, estas omisiones no son impeditivas del acceso al procedimiento del 50.1.c) LET, dado el carácter ejemplificativo del supuesto previsto –“cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por el empresario”- hecho demostrado con la declaración judicial de que la modificación que se pretende imponer es injustificada o nula, debiendo entenderse que si cabe la acción extintiva frente a la declaración de injustificación, igualmente cabrá cuando el juez declara la modificación nula o cuando el cumplimiento es parcial o irregular²³⁵².

En conclusión, que cualquiera de las dos alternativas para la ejecución individual de las sentencias dictadas en el procedimiento de conflicto colectivo es válida, puesto que no son excluyentes, sólo que hay que tener presente cuál es la operatividad inmediata de cada una de ellas y optar en consecuencia con los intereses del trabajador.

3.5. EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO A INSTANCIA DEL TRABAJADOR

La norma reconoce expresamente al trabajador, al que se le han modificado sustancialmente sus condiciones contractuales, la posibilidad de extinguir su contrato de trabajo percibiendo una indemnización. Sin embargo, el derecho a esta compensación económica no es general e igualitario para todas las situaciones modificativas, sino que está sometido al cumplimiento de determinados requisitos y circunstancias.

Las posibilidades de extinción indemnizada del contrato como reacción a la modificación sustancial son dos: una, la del artículo 41.3, segundo LET, y otra la

²³⁵² Véase BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales...*, cit., pgs. 58 y 59.

reconocida por el artículo 50.1 a) LET, basadas, una, en la existencia de un perjuicio genérico y, la otra, en un perjuicio específico²³⁵³, es decir, en base a la concurrencia de unos determinados efectos²³⁵⁴, regulando el artículo 43.3 el primero directamente y el segundo por remisión al 50.1 a) LET.

3.5.1. Naturaleza jurídica de los supuestos extintivos

La cuestión que se había planteado la doctrina era determinar si esta facultad extintiva del trabajador *ex* 41.3, segundo LET es equiparable a la facultad resolutoria reconocida en el artículo 1.124 del Código civil²³⁵⁵, si sus efectos pueden ser aplicables a los supuestos extintivos del régimen de las modificaciones sustanciales o si la normativa civil únicamente es de aplicación con carácter supletorio²³⁵⁶.

Para la aplicación del supuesto del 1.124 Cc se exigen tres requisitos²³⁵⁷: uno, la existencia de un incumplimiento básico, esencial y grave, aunque también se admite en

²³⁵³ Esta terminología para distinguir ambos tipos de perjuicio es usada, entre otros, por VIDA SORIA, J: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pgs. 101 y 102. Asimismo es empleada en pronunciamientos judiciales como, p.e., la STSJ de Baleares de 18 de julio de 2.002, AS 3062.

²³⁵⁴ A este propósito, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Causas y efectos de la extinción por el trabajador”, cit., pg. 215, señala que el Estatuto no hizo más que extender la solución que la Ley de Relaciones Laborales había dado al trabajador perjudicado por los cambios de horario, que podía rescindir indemnizadamente su contrato si el cambio lo perjudicaba, distinguiendo entre perjuicio y perjuicio grave con distintas indemnizaciones, aunque concretando que el perjuicio grave concurre cuando se perjudica la formación profesional o dignidad del trabajador.

²³⁵⁵ Acerca de la resolución contractual *ex* artículo 1.124 del Código civil debe verse DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, cit., pg. 701 y ss. donde trata ampliamente esta cuestión.

²³⁵⁶ Véase CARRIÓN MOYANO, E.: “Modificación sustancial...”, cit., pg. 317.

²³⁵⁷ Sobre esta cuestión puede verse, p.e., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, cit., pg. 36 y ss.

supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso; en segundo lugar, que dicho incumplimiento afecte a las condiciones principales del contrato aunque, dada la dificultad de conocer cuáles sean éstas²³⁵⁸, se admite también el incumplimiento de obligaciones accesorias²³⁵⁹, y, el tercero, la comprobación de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor, al que se presume incumplidor por el mero hecho del incumplimiento²³⁶⁰, lo que permite incluir, de este modo, incluso los supuestos de imposibilidad sobrevenida no achacables al deudor²³⁶¹, con independencia de que en este último caso no se genere derecho a indemnización alguna²³⁶². En el caso de que se reúnan estos requisitos se puede resolver el contrato con efectos *ex tunc*, aunque en los contratos sinalagmáticos se ha admitido también, a causa de los problemas que la retroactividad de la resolución *ex tunc* acarrearía, la extinción con efectos *ex nunc*²³⁶³.

²³⁵⁸ Véase *supra*.

²³⁵⁹ Véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: *La resolución por incumplimiento...*, cit., pg. 36 y ss. con referencia a la jurisprudencia civil.

²³⁶⁰ Véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: *Ibidem*, donde señala que, aunque inicialmente se exigía probar la voluntad deliberadamente rebelde del deudor, la jurisprudencia civil evolucionará, a partir de 1.985, aceptando que el incumplimiento se puede deducir de su misma existencia. De esta manera el acreedor queda exonerado de probar la voluntad incumplidora del deudor, siendo suficiente para solicitar la resolución que el incumplimiento se le pueda atribuir, presumiéndose la culpa del deudor sin necesidad de probar su expresa culpabilidad.

²³⁶¹ La lógica aplicativa del propio artículo 1124 CC permite que pueda optarse por la resolución incluso después de haber optado por el cumplimiento y éste devenir imposible. En este sentido, véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., *ibidem*, pg. 100.

²³⁶² El artículo 1.105 del Código civil exonera de la obligación de indemnizar aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que fuesen inevitables.

²³⁶³ Véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: *La resolución por incumplimiento...*, cit., pg. 169; en similar sentido se pronuncia DELL'AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, cit., pg. 185 y ss., para quién la inconveniencia de la retroactividad de los contratos de tracto sucesivo, en base a diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, es evidente tanto desde el

En cambio, los supuestos extintivos de los artículos 41.3 y 50.1.a) LET parecen aproximarse de un modo más formal que sustantivo a la resolución del 1.124 Cc, porque frente al sistema de indemnizaciones del Código civil, que exige la prueba de daños y perjuicios, la norma laboral dispone de un sistema de indemnización tasada que hace que una vez acreditado el hecho, la cuantía venga determinada por ley²³⁶⁴. No obstante, esta diferencia no constituía un dato definitivo, pues para la jurisprudencia laboral la obligación de indemnizar, aunque tasada legalmente, tendrá la misma naturaleza jurídica que la civil de daños y perjuicios²³⁶⁵.

Además, la típica consecuencia de la resolución *ex* artículo 1.124 Cc, la extinción contractual *ex tunc*, obligaba a las partes a la restitución de las prestaciones debidas, lo que casa difícilmente con las características del contrato de trabajo. No obstante, ya se ha indicado que tanto la doctrina como la jurisprudencia civil han admitido los efectos *ex nunc* para los contratos de tracto sucesivo.

Finalmente, existe un tercer y más importante argumento impeditivo de la equiparación de estos supuestos extintivos con la resolución por incumplimiento, consistente en que el juego del 1.124 Cc exige que éste sea culpable, en el sentido de incumplimiento grave y culpable²³⁶⁶, lo que no podía suceder cuando la modificación sustancial para su

punto de vista económico como desde una perspectiva jurídica, puesto que podría originar enriquecimiento injusto.

²³⁶⁴ Véase SANPEDRO CORRAL, M.: “La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador”, cit., pg. 32; igualmente VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pgs. 257 y 258.

²³⁶⁵ Cfr., en esta lógica, DE MIGUEL LORENZO, A.M.: *La extinción causal del contrato por voluntad del trabajador*, cit., pg. 55. Igualmente hace esta observación la STS de 3 de abril de 1.997, Ar 3047, cuando dice que “«el resarcimiento de daños y abono de intereses», vocablos que, según constante jurisprudencia de la Sala Primera, equivalen o son sinónimos a la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere el artículo 1108 del Código Civil”.

²³⁶⁶ Véase, en esta lógica, la STS de 7 de junio de 1.978, que se refiere a que el incumplimiento “ha de

implementación necesitaba ser acordada con los representantes o autorizada por la Administración laboral. En este caso, al no existir incumplimiento grave, se puede hablar más de mera imputabilidad que de culpabilidad²³⁶⁷, toda vez que la existencia de acuerdo o de autorización se convertían en el factor determinante para rechazar o admitir la aplicación de la lógica del incumplimiento culpable *ex* 1.124 Cc²³⁶⁸.

Sin embargo, hoy, la desaparición del control *ex ante* ha permitido a alguna doctrina²³⁶⁹ preguntarse si es posible retomar la teoría de la resolución por incumplimiento, fundamentalmente en relación con el procedimiento resolutorio del 50.1.a) LET, aunque el razonamiento es también aplicable a la rescisión *ex* 41.3, puesto que ahora la decisión modificativa es imputable, de manera unilateral o compartida con la representación laboral, al empresario, y, en cualquier caso, se impone al trabajador sin su consentimiento²³⁷⁰, lo que se puede rechazar, simplemente, alegando que si el empresario adopta su decisión de acuerdo a las reglas del artículo 41 no cabe hablar de incumplimiento de ninguna clase, sino de ejercicio regular de una facultad empresarial que le permite alterar, dentro de ciertos parámetros, las condiciones contractuales de sus trabajadores²³⁷¹.

tener tal importancia en la economía del contrato que justifique, en la común interpretación de los contratantes, la resolución”, citada en SANPEDRO CORRAL, M.: “La extinción causal...”, cit. pg. 32.

²³⁶⁷ Cfr. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación...”, cit., pg. 202.

²³⁶⁸ Véase, en esta lógica, BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”, en *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo, (Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea)*, MTSS, 1.990; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, RL, núm. 11/1.990; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La flexibilidad laboral en España* (J. RIVERO LAMAS, coord.), cit., pg. 329.

²³⁶⁹ VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 259.

²³⁷⁰ Cfr. DE MIGUEL LORENZO, A.M.: *La extinción causal...*, cit., pg. 54.

Además, debe tenerse en cuenta que en el ámbito doctrinal y jurisprudencial civil una tendencia objetivadora del incumplimiento ha superado la tradicional visión subjetivista y culpable de la facultad resolutoria, para permitir, así, la resolución frente a incumplimientos no culposos²³⁷², que son los que frecuentemente se encuentran en la esfera laboral.

Si analizamos separadamente los supuestos previstos en el 41.3 y el 50.1.a) LET se pueden observar las diferencias que los separan del planteamiento resolutorio del 1.124 Cc.

En el primer caso, la extinción prevista en el 41.3 LET, ahora como antes de la reforma de 1.994, nos enfrenta claramente a una situación que puede ser calificada como un supuesto de tutela compensatoria de daños y perjuicios²³⁷³, aunque las condiciones habilitantes sean tasadas²³⁷⁴, lo que nos permite justificar por qué sólo en algunos

²³⁷¹ Este mismo razonamiento se puede deducir de RIVERO LAMAS, J.: “El despido modificativo y sus variantes: La experiencia española y el Proyecto de Código de Trabajo portugués”, REDT, núm. 118/2.003, pgs. 541 y 542.

²³⁷² Señala DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, cit. pg. 718, que la STS de 5 de junio de 1.989 inicia la línea, hoy generalmente admitida, de objetivación del incumplimiento resolutorio, cuando dice que “para la resolución de los contratos no se requiere una actitud dolosa del incumplimiento, ni una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplimiento no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias, pudiendo consistir la misión del incumplimiento en una prolongada inactividad o pasividad del cumplimiento de la otra parte”. La literalidad de este pronunciamiento civil se puede encontrar reproducida en la actual jurisprudencia laboral acerca de las resoluciones del artículo 50 LET, como se puede ver más adelante.

²³⁷³ Véanse en esta lógica, p.e., las STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, o la STSJ de Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947.

²³⁷⁴ Recuérdese que sólo se admite esta posibilidad rescisoria del artículo 41.3 LET para aquellos casos en

supuestos de perjuicio para los trabajadores se admite esta posibilidad rescisoria, mientras que si lo considerásemos como una manifestación del 1.124 Cc habría de admitirse la rescisión siempre que mediara perjuicio, con independencia del tipo de materia modificada²³⁷⁵, siendo suficiente para acudir a la vía resolutoria del 1.124 que se frustrara el fin del contrato²³⁷⁶, aunque la indemnización sólo procedería previa demostración del perjuicio causado²³⁷⁷ y de la imputabilidad empresarial²³⁷⁸. La tasación legal alcanza, además de a los supuestos habilitantes para la rescisión o resolución contractual, a la cuantía de las indemnizaciones a percibir, puesto que tanto el 41.3, segundo, como el 50.2 LET fijan las respectivas cuantías, que únicamente tienen en cuenta para su cálculo la antigüedad y el salario percibido, como sucede con el cálculo de la indemnización por despido. Así, se considera que se resarcen los perjuicios ocasionados por la modificación con la indemnización tasada, sin que sea necesario evaluar los daños para fijar el montante de la indemnización, posibilidad que, por otra parte, sería disfuncional con la naturaleza de estos supuestos extintivos, especialmente de la rescisión extrajudicial del 41.3 LET, porque exigiría la intervención

que la condición modificada es la jornada, el horario o el régimen de trabajo a turnos.

²³⁷⁵ Señala FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: “La resolución por incumplimiento...”, cit., pg. 36, que este planteamiento exigiría la culpabilidad en la conducta del deudor como fundamento de la facultad rescisoria concedida a la parte que se considera perjudicada por el incumplimiento.

²³⁷⁶ Señala la STS de 5 de junio de 1.989 citada en DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, cit. pg. 718, que “para la resolución de los contratos no se requiere una actitud dolosa del incumplimiento, ni una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustrate el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo”.

²³⁷⁷ Véase, en esta lógica, VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, cit., pg. 70, donde recuerda que “si no existe perjuicio demostrable en los intereses y derechos de la contraparte, no se reconoce al sujeto cumplidor posibilidades indemnizatorias”.

²³⁷⁸ De acuerdo con el artículo 1.105 CC, el deudor queda exonerado de sus obligaciones indemnizatorias únicamente en caso de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida sin su culpabilidad.

de los tribunales para su fijación si no se alcanza un acuerdo sobre su cuantía²³⁷⁹, mientras que el diseño indemnizatorio del 1.124 Cc sí exige, salvo pacto en contrario, la prueba de la existencia del perjuicio y la concreción real de los daños y perjuicios sufridos para su exigencia a la parte incumplidora²³⁸⁰.

En cualquier caso, el diseño legal indemnizatorio, basado en la existencia o no de perjuicio, sin distinción alguna en sus grados una vez ha sido estimado concurrente, pretende que las cuantías tasadas compensen todos los daños causados por la modificación, eliminando la posibilidad de reclamar una indemnización adicional, en función de daños concretos, apelando al artículo 1.101 Cc²³⁸¹. Asimismo, esta naturaleza compensatoria nos explica también por qué, cuando la decisión modificativa empresarial está justificada²³⁸², con declaración judicial o sin ella, es posible mantener la posibilidad de acudir a la extinción indemnizada del contrato²³⁸³.

²³⁷⁹ En parecida lógica véase MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 426.

²³⁸⁰ STS, unif. de doctrina, de 3 de abril de 1.997, Ar 3047.

²³⁸¹ La STS, unif. de doctrina, de 3 de abril de 1.997, Ar 3047, siguiendo la doctrina sentada por la STS de 22 de enero de 1.990, Ar 183, señala que “cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común”. Igualmente RIVERO LAMAS, J.: “El despido modificativo y sus variantes...”, cit., pg. 544. A este respecto, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2.003, pg. 48, señalan que cuando una norma laboral establece la obligación de indemnizar lo hace plasmando “de modo específico lo que el art. 1101 CC indica con carácter general para la responsabilidad contractual”, con la consecuencia de que la responsabilidad laboral y la civil son incompatibles, “ya que en realidad se trata de lo mismo”. Asimismo, en pg. 86, especifican que estos supuestos “al no derivar de previos incumplimientos de obligaciones contractuales, tamoso generan por sí solos responsabilidad civil en el ámbito del contrato de trabajo”.

²³⁸² La STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de diciembre de 2.000, AS 213, expone que es bastante “la sustancialidad de la modificación en una de las materias tasadas legalmente y la existencia de un perjuicio para el trabajador, con independencia de que la medida pudiera resultar justificada”.

²³⁸³ A este propósito, RIVERO LAMAS, J.: “Aspectos de la movilidad ...”, cit., pg. 83, señala que “la

El segundo caso, la resolución *ex* artículo 50.1.a) LET, sí que parece situarnos más cerca del planteamiento del 1.124Cc, del que parece una traslación²³⁸⁴, extremo que también se ha dicho con respecto al 1.101 Cc²³⁸⁵, aunque en realidad no lo es porque, entre otras razones²³⁸⁶, también aquí la causa que fundamenta la percepción de la indemnización es la existencia de un determinado perjuicio causado por la modificación, que la indemnización trata de compensar, no el previo incumplimiento empresarial que, como ya se ha señalado, no existe si la modificación se ha decidido regularmente, lo que se muestra, por ejemplo, en que el perjudicado por el incumplimiento que acude al 1.124 puede exigir tanto la compensación de los daños y perjuicios sufridos como el cumplimiento de la obligación, mientras que aquí el trabajador, a través del 50.1.a), únicamente puede exigir, previa demostración de la existencia de perjuicio, la rescisión contractual con la indemnización tasada legalmente.

También difieren ambos planteamientos en que la resolución *ex* 1.124 Cc puede llevarse a cabo de forma extrajudicial, lo que es imposible con respecto al 50.1.a) que

prohibición legal de optar por la extinción y simultáneamente impugnar la decisión empresarial sólo se explica, desde un punto de vista legal y constitucional, cuando la modificación es ajustada a derecho”. Con idéntico planteamiento STS de 21 de diciembre de 1.999. Ar 1426.

²³⁸⁴ Véase, p.e, la STS, unif. de doctrina, de 3 de abril de 1.997, Ar 3047, señalando que “El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores constituye la transcripción en el derecho laboral del artículo 1124 del Código Civil”. Con idéntico razonamiento STS, unif. de doctrina, de 11 de marzo de 2.004, AS 3401

²³⁸⁵ STSJ de Andalucía/Málaga de 4 de octubre de 1.996, AS 3692, donde se dice que: “las prevenciones que contiene el artículo 1101 del Código Civil se encuentran concretadas (...) en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que, en el marco de la relación jurídica laboral, sustituye y desplaza al citado artículo 1101, por la evidente razón de que el artículo 50 estatutario no es más que la concreción, en lo laboral, del 1101 civil”.

²³⁸⁶ Sobre esta cuestión, ampliamente, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador...*, cit., pgs. 134 a 138.

forzosamente exige la tramitación judicial²³⁸⁷, lo que aleja definitivamente ambos supuestos. Además de que, como sucede con el supuesto del 41.3, segundo LET, aquí también se puede ejercer la acción resolutoria cuando la modificación causante del perjuicio es justificada, luego el empresario ha cumplido todas sus obligaciones legales, en cuyo caso no puede alegarse incumplimiento alguno, aunque la modificación sea una decisión unilateralmente tomada, porque lo que realmente justifica la facultad rescisoria o resolutoria del trabajador es el perjuicio sufrido a consecuencia de la modificación, independientemente de su imputabilidad al empresario.

Desde esta perspectiva, es claro que la finalidad de la norma es compensar al trabajador facultándolo para romper el contrato, lo que permite fundamentar jurídicamente estas facultades del trabajador en la excesiva onerosidad sobrevenida y no en el incumplimiento empresarial²³⁸⁸, toda vez que el fundamento de la obligación indemnizatoria es consecuencia de la imposición a la empresa de una responsabilidad objetiva, derivada del daño causado al trabajador por la modificación y que le fuerza a optar por la rescisión o la resolución contractual²³⁸⁹, sin que tampoco pueda

²³⁸⁷ Cfr. la STS de 3 de abril de 1.997, Ar 3047, que, razonando acerca de las diferencias entre ambos artículos, admite la resolución extrajudicial en el ámbito civil, al igual que las SSTS, sala 1ª, de 5 de julio de 1.971, 28 de febrero de 1.989, Ar 1409, y 30 de marzo de 1.992, Ar 2308, y la rechaza en el ámbito laboral, al igual que las SSTS, de 23 de junio de 1.983, Ar 3041, 26 de noviembre de 1.986, Ar 6516, y 18 de septiembre de 1.989, Ar 6455.

²³⁸⁸ Véase, en esta lógica, entre otras, las SSTSJ de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406, y de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, o la STSJ de Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947, cuando dice que “la finalidad de la norma es la de paliar la perturbación que la modificación puede producir en el trabajador, facultándole para resolver el contrato, lo que permite situar el fundamento jurídico de la opción de resolución en la excesiva onerosidad contractual sobrevenida y no en el incumplimiento empresarial”. En similar línea, la STSJ Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2.004, AS 1144.

²³⁸⁹ Véase RIVERO LAMAS, J.: “La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia”, cit., pg. 346; CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 159; RODRÍGUEZ-PIÑERO M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción...*, cit., pg. 109; y BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa*

considerarse una sanción, puesto que lo único que hay es una indemnización compensatoria a cambio de perjudicar con las modificaciones sustanciales ciertos derechos de los trabajadores²³⁹⁰.

3.5.2. Acerca de la posibilidad de compatibilizar una indemnización por daños y perjuicios con la indemnización tasada del Estatuto

Todo cuanto se acaba de decir acerca de la cuantía tasada de la indemnización, reparadora del perjuicio causado por la mayor onerosidad que las modificaciones causan al trabajador, es aplicable entera e inequívocamente si la decisión modificativa se ha adoptado de acuerdo a lo preceptuado por el 41 LET, es decir si puede ser calificada de justificada, puesto que si la modificación se ha decidido ignorando, en todo o en parte, las previsiones legales o convencionales al respecto, se puede plantear si es posible o no pedir una compensación adicional por esos perjuicios causados.

De aquí que quepa preguntarse si, además de las indemnizaciones tasadas previstas, tanto para la rescisión del 41.3, segundo, como para la resolución del 50.1.a)LET, cabe exigir algún otro tipo de indemnización con base en esa misma modificación y así compensar la mayor onerosidad que el desempeño de la prestación en las nuevas condiciones acarrea al trabajador²³⁹¹, indemnización que debe ser acumulable a las tasadas legalmente. La respuesta no puede ser unívoca porque las posibilidades son varias al poderse plantear diferentes situaciones.

de modificaciones sustanciales, cit., pg. 15.

²³⁹⁰ RIVERO LAMAS, J.: “La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia”, cit., pg. 346.

²³⁹¹ P.e., SSTSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2.003, AS 39, y de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781. Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, núm. 33, de 17 de diciembre de 2.003, AS 39.

La primera pregunta es si es posible mantener la vigencia del contrato de trabajo y reclamar una indemnización por daños y perjuicios con base en el artículo 1.101 Cc²³⁹² que permite apelar a la responsabilidad contractual que obliga a indemnizar a la parte perjudicada por el incumplimiento. Aunque la norma expresamente nada dice acerca de una posible reclamación de daños y perjuicios compatible con el mantenimiento de la vigencia del contrato, aquí se deben distinguir dos situaciones, porque si la modificación se hace de acuerdo con el 41 LET, y por tanto esta es legal y justificada, no cabe más opción que aquietarse a ella, aceptándola sin ningún tipo de compensación, salvo pacto en contrario, o rescindir el contrato por la vía del 41.3, segundo o del 50.1.a) LET con la indemnizaciones previstas legalmente, sin que se pueda aplicar la responsabilidad contractual civil²³⁹³.

Ahora bién, la respuesta difiere si la modificación es ilícita, porque, aunque la norma laboral sólo prevé frente a ella su posible impugnación, que da como resultado la vuelta a las condiciones originales²³⁹⁴, el aquietamiento o la resolución contractual *ex* 50.1.c) LET por incumplimiento de la sentencia que la declara injustificada, también con una indemnización tasada, aquí sí se podría exigir una responsabilidad al empleador por su

²³⁹² “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”.

²³⁹³ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones...”, cit., pg. 449.

²³⁹⁴ La STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781, se pregunta “si la redacción del artículo 41 del ET, y la previsión en él contenida de una única consecuencia legal para el carácter injustificado de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (que consiste en la reposición del trabajador a su situación anterior), debe interpretarse como una deficiente o insuficiente regulación de la institución en cuestión (que daría lugar a una laguna y a la necesaria invocación de instituciones análogas o de regímenes supletorios), o si por el contrario debe entenderse como una voluntad consciente del legislador de ceñir y tasar la consecuencia legal prevista”. Y ella misma se responde que “la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo puede, simultáneamente, infringir otros preceptos legales”, que permiten también reclamar sobre esa base legal.

incumplimiento contractual injustificado ejercitando la acción civil del 1.101 Cc para reclamar una indemnización suplementaria²³⁹⁵, por haber estado desempeñando su prestación en unas condiciones que judicialmente han sido calificadas de injustificadas o nulas, luego ilícitas, porque no se puede olvidar que la orden modificativa es inmediatamente ejecutiva y que el trabajador está obligado a acatarla so pena de incurrir en falta sancionable, aunque impugne la medida, mientras se sustancia el procedimiento judicial. Sin embargo, la respuesta jurisprudencial ha ido cambiando con el tiempo, pasando de no admitir esta posibilidad, argumentando que el artículo 50 LET es la

²³⁹⁵ En igual sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: *Ibidem*, pg. 450. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., pgs. 61 y 85. Igualmente admiten esta posibilidad la STSJ Galicia de 26 de septiembre de 2.000, AS 2806, y especialmente, la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781, que argumenta que la declaración de la modificación como injustificada “comporta de manera automática, la ilegitimidad e ineficacia de la orden empresarial impartida, la cual nunca debió de haberse dictado ni debió desplegar efectos. La resolución judicial que declare la injustificación de la sanción, al exigir la reposición del trabajador a sus anteriores condiciones, está imponiendo el que se reponga la situación del trabajador, en la medida de lo posible, al estado original en que se hallaba antes de haberse producido la modificación sustancial, procurando eliminar todas las consecuencias derivadas de la actuación empresarial, ahora declarada injustificada. Naturalmente, las medidas a adoptar dependerán de las características y naturaleza de la modificación, y en algunas ocasiones, no cabrá la «restitutio in natura», por lo que podrá fijarse la correspondiente indemnización económica. Por consiguiente, ante la cuestión de si es posible que el trabajador exija al empresario los daños y perjuicios sufridos durante el período de tiempo de vigencia de la orden de modificación sustancial de condiciones de trabajo injustificada, mediante la reclamación económica con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, por incumplimiento contractual del empresario, la respuesta ha de ser afirmativa”.

Igualmente, la STS de 21 de diciembre de 1.999, Ar 1426, señala que “la diferencia entre el aceptado o declarado justificado y el declarado injustificado, estriba en que en tanto las consecuencias económicas de aquéllos están legalmente tasadas (gastos efectuados por el traslado), en el injustificado el resarcimiento ha de ser más amplio, tanto como permite la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27). El traslado judicialmente declarado ilegal o injustificado debe traer como lógica y justa consecuencia que el afectado por él quede indemne, en lo posible, de toda consecuencia dañosa que le produjese la medida, y por ello, el resarcimiento exigible no se limita a los gastos directamente efectuados por el traslado sino a cualquiera otro daño material o moral fehacientemente acreditado que tenga su causa en él”.

concreción en lo laboral del 1.101 Cc²³⁹⁶ o del 1.124 Cc²³⁹⁷, a su clara asunción²³⁹⁸, aunque también existen, junto a los pronunciamientos que admiten el recurso al 1.101

²³⁹⁶ En esta línea, la STSJ de Andalucía/Málaga de 4 de octubre de 1.996, AS 3692, rechaza esta posibilidad en un caso de modificación declarada judicialmente injustificada, razonando que “las prevenciones que contiene el artículo 1101 del Código Civil se encuentran concretadas, por lo que a esta litis se refiere, en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que, en el marco de la relación jurídica laboral, sustituye y desplaza al citado artículo 1101, por la evidente razón de que el artículo 50 estatutario no es más que la concreción, en lo laboral, del 1101 civil, de forma y manera que, cuando un trabajador estima que su empresario incumple sus obligaciones, o bien pide el retorno a la normalidad contractual, o bien solicita la extinción indemnizada del contrato por la vía del citado artículo 50 estatutario, sin, por lo tanto, poder ni tener que recurrir a la aplicación y uso del artículo 1101 del Código Civil”.

Igualmente, la STSJ del País Vasco de 15 de junio de 1.999, AS 6178, señala: “En todo caso la acción actora debe ser desestimada «dado el carácter resolutorio del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario y la aplicación de esta norma específica (de carácter sustantivo) del Derecho del Trabajo debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del Derecho Civil (normas adjetivas) entendido como Derecho Común. Como sienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990 (RJ 1990\183) cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible recurrir a las previsiones de la misma naturaleza del Derecho Común»”.

²³⁹⁷ STS de 3 de abril de 1.997, Ar 3047: “Es cierto que el artículo 1124, al igual que el artículo 1101 del CC, en el que el trabajador fundamenta su pretensión, contienen reglas generales en materia de obligaciones, pero no lo es menos que su aplicación al contrato de trabajo lo es tan sólo con carácter supletorio, por lo que su aplicación no procede cuando la materia está regulada expresamente, como acontece en el supuesto examinado, en el Estatuto de los Trabajadores”.

²³⁹⁸ Véase la STSJ de Madrid de 28 de julio de 1.999, AS 3006, frente a una modificación horaria injustificada por haberse realizado sin atenderse a lo preceptuado en el 41 LPL a 41, obliga a reparar el daño causado, abonar un plus de nocturnidad, especificando que esas cantidades “deben ser asumidas, conforme a lo establecido en los arts. 1101 y ss. del CC, ya que sin perjuicio de que dicho plus tenga el carácter de complemento de puesto de trabajo, y en principio sólo se devenga si se trabaja efectivamente por la noche, es claro que si este trabajo no ha tenido lugar es por la injustificada decisión de la empresa de modificarle su turno, lo que le ha supuesto una reducción patrimonial”. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781, ya citada. Debe señalarse que esta magnífica sentencia, que

del Código civil, aquellos otros que dicen que es suficiente con lo dispuesto en la legislación laboral, en concreto en el artículo 30 LET, aunque este razonamiento sólo es completamente válido cuando lo que se reclama es una cuantía salarial dejada de percibir²³⁹⁹. En cualquier caso, lo que parece evidente es que la jurisprudencia mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia admite sin trabas la acumulación de la petición de indemnización de daños y perjuicios con la pretensión de vuelta a la situación anterior de la acción impugnatoria de la modificación que los causa, tanto si la modificación ha infringido derechos fundamentales como si la infracción afecta únicamente a la regulación del 41 LET²⁴⁰⁰, aunque también se puede hacer separadamente, en este caso al amparo del procedimiento ordinario, una vez ha sido declarada injustificada la modificación que los origina, sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil²⁴⁰¹.

tiene como ponente a VALLE MUÑOZ, F.A., da cumplidas y acertadas respuestas a cuantas cuestiones se pueden plantear acerca de la compatibilidad del resarcimiento de daños y perjuicios con base en el 1.101 CC y el sistema tasado del Estatuto.

²³⁹⁹ En este sentido, las SSTSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781, señala que “es posible que la decisión empresarial entre dentro del campo de aplicación del artículo 30 del ET, lo que determinaría también la posibilidad de reclamar, sobre la base de este precepto, una indemnización de daños y perjuicios”; de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de marzo de 2.000, AS 1246, y de 17 de junio de 2.002, JUR 225539, donde se razona que “los actores con la modificación que se llevó a cabo vieron reducidas sus retribuciones y en suma la cantidad que solicitan en concepto de indemnización tiene que ser la cuantía total que dejaron de percibir y ello por vulneración del art. 30 del Estatuto de los Trabajadores”. Igualmente en esta lógica las SSTSJ de Aragón de 7 de octubre de 1.998, AS 3441, y de 3 de enero de 1.996, AS 834.

²⁴⁰⁰ En esta lógica, véase SSTSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781, y de Murcia de 19 de octubre de 1.998, AS 4315.

²⁴⁰¹ Cfr. STSJ del País Vasco de 20 julio 1.999, AS 2640: “Así, el hecho de que el ejercicio de la acción de resarcimiento que prevé el artículo 1101 del Código Civil no lleve aparejado el establecimiento de un especial mecanismo procesal en la ley adjetiva laboral, no significa en modo alguno que deba entrar en juego la cláusula de supletoriedad a favor de la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge la disposición adicional primera.1 de aquélla, por cuanto que, y ha de insistirse en ello, es el proceso ordinario el cauce por el que habrá de ejercitarse toda pretensión no canalizada de manera expresa mediante una concreta

Esencialmente, la cuestión se ciñe a la admisión o no de la existencia de lucro cesante o de daño emergente, que son los dos componentes a tener en cuenta para la evaluación de los daños y perjuicios²⁴⁰². En cuanto al primero no debe existir²⁴⁰³, en principio, más problema que su cuantificación, por cuanto es fácil apreciar tanto su concurrencia como su cuantía, al obtener el trabajador menos ingresos de los que le hubiese correspondido percibir²⁴⁰⁴, puesto que el no resarcimiento de esos daños y perjuicios al trabajador

modalidad procesal. De este modo, la pretensión de los actores de ser resarcidos por la empresa demandada de los daños y perjuicios que estiman haber sufrido, y ello, pese a ejercitarse por la acción del ya reiterado artículo 1101 CC, debió encauzarse, como se hizo en el Juzgado de lo Social, a través del proceso ordinario regulado en la Ley de Procedimiento Laboral”.

En este sentido, la STSJ de Andalucía de 8 de febrero de 1995, AS 431, afirma que “la responsabilidad contractual, con amparo en la norma del artículo 1101 en relación con el artículo 1103 del Código civil, por causa de hechos y acciones inherentes al contrato mismo vinculante, cualquiera que éste fuera, son motivo de accionamiento dentro del orden jurisdiccional del que depende su conocimiento objetivo y funcional. Siendo el contrato de trabajo el vinculante a las partes, obviamente todas sus derivaciones, controversias o incidencias que se produzcan en el campo de los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, vienen por mandato legal imperativo, conferidos al orden jurisdiccional social, como competente para conocer, valorar y resolver las mismas”. Igualmente STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781.

²⁴⁰² Cfr., en esta lógica, p.e., la STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de febrero 1995, AS 431, y la STSJ de Galicia de 16 marzo de 1998, AS 5048. Sobre la problemática de esta valoración, véase SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., pg. 63 y ss.

²⁴⁰³ Así, señala por ejemplo la STSJ de Andalucía de 18 marzo de 1997, AS 2763, que “el traslado judicialmente declarado ilegal o injustificado debe traer como lógica y justa consecuencia que el afectado por él quede indemne, en lo posible, de toda consecuencia dañosa que le produjese la medida, y por ello, el resarcimiento exigible no se limita a los gastos directamente efectuados por el traslado sino a cualquier otro daño material o moral fehacientemente acreditado que tenga su causa en él”.

²⁴⁰⁴ Muy gráficamente lo señala la STSJ de Madrid de 28 de julio de 1.999, AS 3006, que condena a reparar el daño pagando unas cantidades a cuenta de un plus de nocturnidad no realizada, “las cuales deben ser asumidas” ya que “es claro que si este trabajo no ha tenido lugar es por la injustificada decisión

podría constituir, sin duda, un supuesto de enriquecimiento injusto del empleador²⁴⁰⁵, aunque tanto la pérdida de ingresos como su cuantía deben probarse, como exige la lógica y la jurisprudencia²⁴⁰⁶.

de la empresa de modificarle su turno, lo que le ha supuesto una reducción patrimonial o lucro cesante que debe ser indemnizado”. Igualmente las STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 17 de junio de 2.002, JUR 225539 y de 21.03 de 2.000, AS 1246: “los actores con la modificación que se llevó a cabo vieron reducidas sus retribuciones y en suma la cantidad que solicitan en concepto de indemnización tiene que ser la cuantía total que dejaron de percibir”. En similar sentido, la STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2.002, AS 39, admite “la petición de la actora en postular ser indemnizada con la diferencia entre el salario percibido por la reducción operada en su jornada de trabajo para poder cumplir sus obligaciones de guarda de hijos menores y por cuanto dicha reducción trajo causa en la modificación horaria acordada por la empresa y cuya nulidad declaró la Audiencia Nacional y posteriormente confirmó el Tribunal Supremo”, o la STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2.000, AS 2806, cuando considera que debe repararse el perjuicio causado por la supresión de una tarjeta de compra con un 10% de descuento en las tiendas del empleador. En similar sentido, las STSJ de Aragón de 7 de octubre de 1.998, AS 3441, de Cataluña de 3 de enero de 1.996, AS 834, y de Castilla y León/Valladolid, de 10 de enero de 1.995, AS 83.

²⁴⁰⁵ En esta lógica, la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781, señala que “de admitir lo contrario, se estaría reconociendo, en el caso de autos, un enriquecimiento injusto por parte del empresario, que quiebra el principio de equivalencia entre las prestaciones, puesto que la empresa, de manera injustificada, estuvo exigiendo a los actores una mayor prestación de servicios (y por tanto, beneficiándose de ella), a cambio del mismo salario, durante unos determinados días, y amparándose en una orden que, pese a su inmediata ejecutividad, devino manifiestamente injustificada. Dicho enriquecimiento injusto, de no compensarse por la vía propuesta, quebraría los legítimos derechos de los actores”.

En cambio, la STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2.004, JUR 66325, no admite la indemnización por pérdidas salariales derivadas de una modificación sustancial unilateralmente decidida de forma ilícita por el empresario consistente en relegar al trabajador de Jefe de ventas a vendedor, con rebaja de retribuciones, por entender que “la relegación o degradación de categoría fue real y efectiva, es decir, que el demandante pasó a efectuar las tareas correspondientes a la categoría de vendedor, careciendo de relevancia el hecho de que –como se alega– la empresa le mantuviese “formalmente” la categoría de jefe de ventas y el mismo grupo de cotización” durante parte de este período.

²⁴⁰⁶ Véase la STSJ del País Vasco de 20 julio 1999, AS 2640: “la simple mención del nivel salarial de referencia (Convenio de empresa) no sirve en unas condiciones anormales, complejas y prolongadas en el

En cambio, como la apreciación del daño emergente presenta mayor dificultad, su apreciación judicial se convierte en problemática en la mayoría de las situaciones por la dificultad para identificar, objetivar y cuantificar correctamente el daño causado al trabajador²⁴⁰⁷. De entrada, entre los daños emergentes se puede hacer una distinción entre lo que podríamos llamar daños morales y los demás daños materiales²⁴⁰⁸. Éstos, que pueden consistir en mayores gastos de los necesarios para acudir al trabajo, para cuidar los hijos, llevar la vida familiar, por ejemplo, aunque igualmente tendrían esta consideración otros perjuicios, como los causados en la disminución de cotizaciones a la Seguridad Social derivadas de una reducción de jornada, en general, o en su proyección concreta en la percepción o no, y en qué cuantía, de las prestaciones por desempleo²⁴⁰⁹, representan el menor número de reclamaciones y son desatendidos

tiempo como punto de partida de fijación de un lucro cesante, y la carga de probar sigue residiendo en quien agita la acción” y continúa “esto es suficiente para desestimar la demanda, ya que si se admite que un incumplimiento contractual de suyo promueve perjuicios resarcibles al trabajador, no se intenta prueba de cuántos, puesto que no se identifican los tiempos y conceptos, y no hay manera de saber si son tantos, o ninguno como asevera la demandada”. Con similar planteamiento, SSTSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781, y de Andalucía/Málaga de 4 de octubre de 1.996, AS 3692.

²⁴⁰⁷ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones...”, cit., pg. 450.

²⁴⁰⁸ Claramente se observa esta diferenciación en la STSJ de Andalucía/Málaga de 4 de octubre de 1.996, AS 3692, cuando habla de que “para poder acceder al pago de un daño emergente, es necesario -y sobre todo si se basa en un daño moral del trabajador- que no existan otras vías especiales”. A su vez, la STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 2.004, AS 1638: “se alega por la actora un perjuicio de carácter económico cuantificable, como es la cartera de clientes, y un daño moral concreto. Distinguiendo de manera expresa la STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2.003, AS 1570, diferencia entre daños morales y daños materiales.

²⁴⁰⁹ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones...”, cit., pg. 451.

habitual e injustamente por los pronunciamientos judiciales²⁴¹⁰, aunque no siempre sucede así²⁴¹¹.

En cambio, la mayoría de los pronunciamientos que resuelven la petición de indemnizaciones por daños emergentes tratan del tema más controvertido, la aceptación o no de daños morales y de su cuantificación pecuniaria²⁴¹². La primera cuestión es identificar en que consiste el daño moral, lo que acertadamente se configura como “el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o incluso resultado”, o los “perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el

²⁴¹⁰ Véase, p.e., la STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de febrero de 1.995, AS 431, que rechaza indemnizar el mayor gasto de transporte y de empleada de hogar derivado del cambio injustificado de jornada continuada a jornada partida que fuerza su contratación para atender a los hijos durante el tiempo suplementario de ausencia del trabajador. Igualmente, la STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2.002, AS 1570, rechaza la existencia de daños materiales, valorados por el trabajador a razón de 45 días por año de antigüedad, por no haberse probado suficientemente su realidad.

²⁴¹¹ Puede verse, en este sentido, la STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2.002, AS 39, cuando señala que “constituye indemnización por daños la cantidad que se abona en concepto de vacaciones no disfrutadas al momento del cese del contrato, o las indemnizaciones por los gastos ocasionados al trabajador como consecuencia del trabajo, la indemnización por reincorporación tardía del trabajador excedente, STS 12-6-1996 (RJ 1996, 5067), o el retraso del empresario en proporcionar trabajo STSJ Aragón 7-10-1998 (AS 1998, 3441), o la modificación indebida de condiciones determinante de una reducción salarial STSJ Cataluña 21-2-2002 (AS 2002, 1411), o la decisión antijurídica que rechaza la ocupación de un puesto de trabajo por quien le corresponde STS 26-1-1990 (RJ 1990, 222), o la modificación indebida de turno determinante de la pérdida del complemento de nocturnidad STSJ Cataluña 3-1-1996 (AS 1996, 834), o la negativa empresarial a que el trabajador retorne a disfrutar de jornada completa STSJ Cantabria 27-11-1992 (AS 1992, 5597) etc.. Igualmente genera la correspondiente indemnización la vulneración de cualquier derecho fundamental *ex* artículo 180.1 LPL.

²⁴¹² A este propósito, la STSJ de Andalucía/Málaga de 4 de octubre de 1.996, AS 3692, entre otras, afirma que “se necesita una prueba concluyente de que se ha causado este daño moral(...) que exista una prueba concluyente acerca de la existencia real de los daños y perjuicios y de su cuantía”.

honor, la libertad y análogos”²⁴¹³, y observar en que situaciones se considera que la modificación provoca al trabajador un sufrimiento moral²⁴¹⁴, que algunas sentencias identifican con el perjuicio a la formación profesional o la dignidad del trabajador²⁴¹⁵, o con la violación de los derechos constitucionales del trabajador²⁴¹⁶, pero no con la falta de ocupación efectiva sin más, independientemente de que ésta pueda ser afectar negativamente a la formación profesional y la dignidad del trabajador²⁴¹⁷.

²⁴¹³ Cfr. STS de 25 de junio de 1984, Ar 1145; igualmente STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2.003, AS 2781.

²⁴¹⁴ Véase la STS de 21 de diciembre de 1.999, Ar 1426: “existe un daño moral por cuanto el actor tiene una antigüedad en la empresa desde 1964, tiene una familia y un asentamiento en una población con todo lo que ello conlleva de relaciones personales y familiares, y además es una persona madura por lo que los perjuicios serán mayores que en una persona de menor edad, y que ese daño moral ha sido consecuencia de una orden empresarial de traslado injustificado”.

²⁴¹⁵ STSJ de Aragón de 17 de enero de 2.000, AS 24: “la sustancial alteración de las funciones atribuidas al actor, desplazándose desde un alto cargo a la realización de tareas de cajero, se entiende degradante y menoscabador de la dignidad personal y profesional del trabajador y por tanto productor de un daño moral que ha de ser objeto de indemnización”, matizando que aunque no se puede desconocer “la dificultad de cuantificar las indemnizaciones resarcitorias en los casos del daño moral”, “es incuestionable la existencia de un daño moral al trabajador, al haber sido trasladado injustificadamente desde un alto cargo al desempeño de las tareas de cajero; y en segundo lugar que la concreta cuantía de un millón de pesetas, fijada como montante indemnizatorio por el Juez «a quo» no puede reputarse irrazonable o arbitraria”.

²⁴¹⁶ Véase, p.e., la STSJ del País Vasco de 11 de julio de 1.996, AS 2570, donde se acepta la concesión de una indemnización suplementaria a la del artículo 50 LET porque “a la trabajadora no sólo le violentaron sus derechos laborales sino también otros derechos constitucionales, que con acierto se reseñan en el recurso: su dignidad; su honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; y el derecho a la salud”.

²⁴¹⁷ En esta lógica, la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 15 de septiembre de 1.994, AS 3360, dice que “la falta de ocupación efectiva (...) no permite, sin más, acomodarla en la reclamación de perjuicios por daños morales”.

En cambio no parece admitirse fácilmente por la existencia de problemas psicológicos o depresivos²⁴¹⁸ o de pérdida de autoestima²⁴¹⁹, por la evidente carga de subjetividad que estos procesos mórbidos conllevan y cuya aceptación exige su acreditación objetiva, tanto en cuanto al hecho causante como a la cuantificación del daño²⁴²⁰, puesto que la

²⁴¹⁸ STSJ de Canarias/Las Palmas, de 15 de septiembre de 1.994, AS 3360: “En consecuencia, el actor optó por la vía de la extinción de su contrato de trabajo (art. 50 del ET), cuya cuantía indemnizatoria - percibida por éste- viene expresamente determinada legalmente. No cabe apreciar, de los mismos hechos responsabilidad derivada por daños morales, máxime cuando la baja médica por «confusión» no está relacionada directamente, según los hechos probados, con la actuación empresarial, porque el estado anímico como subjetivo y personal es de difícil concreción en cuanto a su causa, así como en cuanto a la imputación de sus efectos a agentes externos al sujeto padeciente para su resarcimiento”. Con igual lógica la STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2.004, AS 1268, señala que “los daños morales alegados (...) son medibles, no en vano hay pruebas psicológicas objetivas que permiten su valoración (psicometría). Igualmente la STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 2.004, AS 1638: “no se infiere la existencia de daños y perjuicios morales, económicos y de salud, como se afirma por el juzgador de instancia, pues tales daños psíquicos son medibles, no en vano hay pruebas psicológicas objetivas que permiten su valoración (psicometría)”. En cambio, la STSJ de Castilla La Mancha de 26 de junio de 2.002, AS 669, acepta que la existencia de un “trastorno depresivo melancólico” se debe a la actitud de la empresa hacia el trabajador, aunque de los 40 millones de pesetas pedidos rebaja la indemnización a 30.000 euros.

²⁴¹⁹ STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 2.004, AS 1638: “se alega por la actora un perjuicio de carácter económico cuantificable, como es la cartera de clientes, y un daño moral concreto, como es el no poder afrontar los retos personales y profesionales sin ningún miedo, sin prueba alguna de su realidad y veracidad, permaneciendo, por tanto, como simple alegación y estimación subjetiva y, como tal, no constatada objetivamente. Puede la demandante experimentar un sentimiento que confunde con la pérdida de autoestima y que en realidad no sea tal o, por el contrario, desconocer que aquello que experimenta, reviste objetivamente los caracteres de una alteración de su personalidad provocada por una circunstancia externa, en este caso, laboral”. En iguales términos se expresa la STSJ de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 2529; a su vez la STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2.002, AS 1570, rechaza la “pérdida de autoestima y confianza como mujer y como madre trabajadora”, valorada en cinco millones de pesetas, derivada de un despido declarado nulo por discriminación por razón de sexo, toda vez que “si analizamos con detalle el discurso de la demandante”.

²⁴²⁰ STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 2.004, AS 1638, con base en la doctrina sentada por la de fecha 27 de diciembre de 2.003, AS 1570, y de 4 de febrero de 2.002, AS 1268, que, a su vez, se fundamentan en las STS, dictadas en unificación de doctrina, de 11 de marzo de 2.004, Ar 3401, y de 3 de abril de 1.997, Ar 3047.

indemnización por daños morales no opera automáticamente²⁴²¹, y la admisión de la estimación subjetiva del daño moral que el trabajador experimenta puede abocar a un subjetivismo lindante con la arbitrariedad²⁴²². De aquí que sea exigible una mínima base fáctica, objetiva, que delimite los perfiles y elementos de la indemnización que se solicita y que se otorga, debiendo darse por el solicitante y por el juez que concede las pertinentes razones objetivas que avalen y respalden la decisión²⁴²³, objetividad que, por otra parte, no está reñida con la necesaria discrecionalidad valorativa que el juzgador, a causa del modo casuístico de resolución de estos problemas, habrá de tener²⁴²⁴. Evidentemente nos encontramos ante la dificultad de probar tanto la existencia del daño moral como su valoración económica²⁴²⁵.

²⁴²¹ Véase, p.e., la STS de 28 de febrero de 2.000, Ar 2242, o la STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 2.004, AS 2638.

²⁴²² Por todas, las SSTSJ de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 547, y de 4 de febrero de 2.003, AS 1268, entre otras muchas del mismo Tribunal.

²⁴²³ STS de 28 de febrero de 2.000, Ar 2242, señala que “es necesario que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto”. En igual línea la STSJ de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 547.

²⁴²⁴ Véase, p.e., las SSTSJ de Madrid de 4 de febrero de 2.004, AS 1268, de 9 de septiembre de 2.004, AS 1638, y, especialmente, la de 7 de junio de 2.005, JUR 187035, donde se afirma que “es casi imposible establecer generalizaciones o pautas válidas para diferentes supuestos, ya que la adopción de cada solución concreta depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en ese caso específico concurren, por lo que tal solución difícilmente puede ser trasladable y extensible a otro parecido, pero no exactamente igual”.

²⁴²⁵ A este propósito la STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de febrero de 1.995, AS 431 dice que “se necesita una prueba concluyente de que se ha causado este daño moral y que el mismo pudiera ser resarcido con una cantidad”. Aplicando un razonamiento cuando menos excesivo la STSJ del País Vasco de 11 de julio de 1.996, AS 2570, aumenta la indemnización concedida por la sentencia de instancia desde 300.000 pesetas hasta 48.000.000 de pesetas “equivalente al lucro cesante padecido por la trabajadora como consecuencia de las retribuciones salariales dejadas de percibir a causa de su inevitable apartamiento de la vida laboral” calculado en razón a la vida laboral que le restaba hasta la jubilación, por sufrir una

La situación es menos problemática si este daño es consecuencia de que la modificación no sólo no está justificada sino que, además, infringe en su implementación un derecho fundamental del trabajador, a pesar de la existencia de pronunciamientos que, como se ha visto, señalan que la indemnización prevista en el 50 LET da entera satisfacción al trabajador afectado por cualquier incumplimiento empresarial²⁴²⁶. En estos casos la jurisprudencia se muestra más proclive a compensar los daños derivados de la vulneración de un derecho fundamental²⁴²⁷, tanto acumulando esta indemnización adicional a la correspondiente a la rescisión contractual instada por el trabajador²⁴²⁸

“depresión, que finalmente se ha cronificado tras varios años de evolución y tratamientos baldíos, que han degenerado en un estado incapacitante, incrementado por la huida del hijo del domicilio familiar, acosado psíquicamente por los continuos conflictos laborales de su padres con la empresa demandada, sin que hayan vuelto a tener noticias de él durante los tres últimos años”. Igualmente sobre esta cuestión cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., pgs. 98 a 101.

²⁴²⁶ Véase *supra*.

²⁴²⁷ Cfr., p.e, la STS de 9 de junio de 1.993, Ar 4553, admitiendo la posibilidad de reclamar la reparación de los daños causados al derecho fundamental “cualquiera que sea la modalidad procesal por la que se tramite” la pretensión (confirmando el reconocimiento del derecho a la indemnización complementaria por la violación de la libertad sindical en un proceso por despido). Igualmente SSTS de 23 de marzo de 2.000, Ar 3121, y 12 de junio de 2.001, Ar 5931. En contra SSTS DE 25 de noviembre de 1.994, Ar 9239, y 18 de mayo de 1.992, Ar 3562. Aunque estos pronunciamientos se refieren a despidos el razonamiento es enteramente aplicable a las modificaciones sustanciales, especialmente si tenemos en cuenta que la vulneración del derecho fundamental incumpliendo lo dispuesto en el 41 LET conduce en bastantes ocasiones al trabajador a solicitar la extinción indemnizada de su contrato.

²⁴²⁸ Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la jurisdicción social”, en AA.VV., *Ponencias del 2º Congreso nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Ed. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2.002, pg. 269 y ss., donde señala como “la jurisprudencia más reciente se inclina por la posibilidad de permitir la acumulación de pretensiones de despido e indemnización por violación de derechos fundamentales [STS 12 junio 2.001], haciéndose así aplicación de la denominada “tesis integrativa” propugnada por el TCo en S 10/2.001, de 29 de enero, y que tiene por objeto no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

como, en el caso de que el trabajador continúe en la empresa, percibiendo una única indemnización por este perjuicio. La afectación del derecho fundamental del trabajador se muestra normalmente perjudicando su derecho a la dignidad, a la salud e integridad corporal, a su derecho a la libertad sindical o a la no discriminación por razón de sexo, no en balde son bastantes los casos que afectan a mujeres por causa del embarazo²⁴²⁹, extremos que deben ser probados²⁴³⁰, al igual que la entidad de la lesión²⁴³¹, puesto que

en el ámbito laboral. En consecuencia se admite que, v.gr. en casos de despido discriminatorio, aparte de la indemnización prevista en el régimen estatutario, “puedan existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite” [STSJ Galicia 14 mayo 2.002 (s. 2.002/34690)]”.

²⁴²⁹ STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2.003, AS 1570: “No puede estimarse, sin más, que toda lesión de un derecho fundamental, aun cuando esté ligado al sexo, genere pérdida de confianza y autoestima pues ello supondría una consideración exclusiva de estos conceptos como abstractos y genéricos cuando, en realidad, se trata de cuestiones concretas en las personas”.

²⁴³⁰ La STS de 28 de febrero de 2.000, Ar 2242, se pronuncia en el sentido de que lo dispuesto en el 180.1 LPL “no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización”. Igualmente STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2.002, AS 1570. La STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 2.004, AS 2638, señala claramente que “no puede estimarse, sin más, que toda lesión de un derecho fundamental, genere daños morales indemnizables”.

Contrariamente, la STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de abril de 1.996, AS 1380, señala, en un caso de modificación con vulneración de la libertad sindical en que reconoce el pago de una indemnización reparadora, “que no exige la acreditación probatoria específica, al derivar la obligación indemnizatoria de la propia existencia de la vulneración del derecho”, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de junio de 1.993, Ar 4553, donde se presume la existencia del daño moral del simple hecho de la violación del derecho a la libertad sindical.

²⁴³¹ Véanse, p.e., las SSTs STS de 22 de julio de 1.996, Ar 6381, y 2 de febrero de 1.998, Ar 1251, y de 28 de febrero de 2.000, Ar 2242, donde se subraya la necesidad de que el demandante alegue “las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate”, además de acreditar “cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.

no toda afectación de un derecho fundamental automáticamente debe ser considerada indemnizable²⁴³², en un razonamiento paralelo al señalado con respecto a la resolución ex 50.1.a) LET, a propósito de la cuál se dijo que su aplicación no se legitima por la sola y desnuda constatación de una modificación sustancial de condiciones laborales²⁴³³.

Sin embargo, a pesar de todos estos razonamientos favorecedores del señalamiento de una indemnización suplementaria a la tasada, siempre que se cumplan determinados requisitos objetivos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina, que, por cierto, parece no tener demasiados seguidores entre los Tribunales Superiores, puesto que éstos continúan dictando sentencias donde se admite esa doble compensación de perjuicios, sigue empeñada en mantener un razonamiento que se podría calificar de obsoleto o excesivamente conservador y, en cierto modo, superado

También la STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2.003, AS 1570, señala, aunque referida al despido, que la posible reclamación de indemnización adicional por “la agresión de un derecho fundamental, bien por daños morales, bien por daños materiales, tales daños no están exentos de la carga probatoria que pesa sobre el que alega su existencia, tanto en cuanto a su realidad como en cuanto al montante de los daños a compensar”. En igual sentido, las SSTSJ de Madrid de 9 de junio de 1993, Ar 4553, de 22 de julio de 1996, Ar 6381, 20 de enero de 1997, Ar 620, 2 de febrero de 1998, Ar 1251, 9 de noviembre de 1998, Ar 8917, y 28 de febrero de 2000, Ar 2242, y de 4 de febrero de 2.004, AS 1268

²⁴³² Véase la STSJ de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 2529, cuando señala que : “no puede estimarse, sin más, que toda lesión de un derecho fundamental, genere daños morales indemnizables, pues ello supondría una consideración exclusiva de estos conceptos como abstractos y genéricos cuando, en realidad, se trata de cuestiones concretas en las personas”. Igualmente STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2.004, AS 1268. También, en referencia a la lesión de la libertad sindical, la STS de 28 de febrero de 2.000, Ar 2242, señala que el mandato del 18º.1 LPL precisando que la sentencia que declare la existencia de vulneración de este derecho dispondrá la reparación de sus consecuencias, incluida la indemnización que proceda “no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la entidad o persona conculcadora al pago de una indemnización”. En el mismo sentido, STS de 22 de julio de 1.996, Ar 6381, y 2 de febrero de 1.998, Ar 1251.

²⁴³³ Véase, p.e., la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2.005, JUR 187035. Ampliamente, *supra*.

por la lógica de los modos interpretativos, como se muestra en un pronunciamiento muy reciente, en que se apela a razones de seguridad jurídica²⁴³⁴ y a que el artículo 50 LET constituye la transcripción en el ordenamiento laboral del artículo 1.124 Cc, en la lógica de que cuando existe una previsión indemnizatoria específica del ordenamiento laboral no se puede acudir a las previsiones del derecho común²⁴³⁵. El origen de este modo interpretativo parece radicar en que se continúa sin tener en cuenta si la modificación que origina el perjuicio está justificada o no y se sigue hablando únicamente de “incumplimiento grave”, que como hemos visto no siempre existe, asimilándose totalmente estos supuestos al despido improcedente²⁴³⁶ de tal manera que no es admisible la existencia de otra indemnización complementaria, puesto que la indemnización tasada de la norma laboral satisface enteramente el perjuicio causado y la norma civil sólo es aplicable supletoriamente en defecto de norma laboral²⁴³⁷, aunque verdad es que también existen algunas sentencias que admiten esta posibilidad²⁴³⁸.

²⁴³⁴ STS, unif. de doctrina, de 11 de marzo de 2.004, AS 3401: “la doctrina en la materia ya ha sido unificada por esta Sala, precisamente en la Sentencia de 3 de abril de 1997 (Recurso 3455/96) (RJ 1997, 3047) , elegida como referencial por la parte recurrente. El mismo criterio sentado en dicha resolución debemos seguir ahora, pues no hay razón alguna para alterarlo, y así procede, no sólo por elementales razones de seguridad jurídica (art. 9º.3 de la Constitución Española [RCL 1978, 2836], sino además por resultar ello acorde con la naturaleza y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina”.

²⁴³⁵ STS de 22 de enero de 1.990, Ar 183.

²⁴³⁶ STS, unif. de doctrina, de 11 de marzo de 2.004, AS 3401, condensa su argumentación en que “tal como asimismo sostiene la doctrina científica más autorizada- que en nuestro Derecho positivo la indemnización por despido improcedente (a la que el art. 50.2 del ET (RCL 1995, 997) asimila la que devenga la resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimientos relevantes del empresario) es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen «ex lege» por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual que nos ocupa, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar”.

²⁴³⁷ STS, unif. de doctrina, de 11 de marzo de 2.004, AS 3401, señala que “la aplicación de esta norma específica del derecho de trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común. Como sienta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 183) , cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la

Lo que si parece estar claro es que el ámbito jurisdiccional al que debe acudir para solicitar esta indemnización suplementaria es el social, en línea con la denominada “tesis integrativa” propugnada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 10/2.001, de 19 de enero, que tiene por objeto no fracturar ni diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral²⁴³⁹. Igualmente se ha fundamentado esta atribución competencial en que estos posibles daños afectan, en última instancia, a la responsabilidad contractual que afecta al vínculo laboral²⁴⁴⁰, lo que conduce, además, a señalar que el plazo para accionar es el de un año señalado en el 59.2 LET para las acciones laborales que no tengan fijado uno especial.

La vía procesal puede ser la específica modalidad del 138 LPL para las reclamaciones individuales, si se impugna la modificación sustancial a la vez que se pide la reparación del perjuicio, pero como el procedimiento del 138 LPL tiene el inconveniente de no permitir el acceso al recurso de suplicación, siempre será más interesante para el trabajador acudir a la modalidad de protección de derechos fundamentales del 175 y ss. LPL, cuando sea posible, que sí permite la suplicación. Igualmente admite recurso el

norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común”. En similar sentido, SSTs de 25 de noviembre de 1.994, Ar 9239, y de 18 de mayo de 1.992, Ar 3562.

²⁴³⁸ En este sentido la STS de 9 de junio de 1.993, Ar 4553, admite la posibilidad de acumular a la indemnización por despido la reparación de los daños derivados de una lesión del derecho fundamental a la libertad sindical. Igualmente, STS de 23 de marzo de 2.000, Ar 3121, y de 12 de junio de 1.001, Ar 5931.

²⁴³⁹ Véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la jurisdicción social”, cit., pg. 269 y ss., donde expone que, aunque han fructificado algunas reclamaciones por responsabilidad extracontractual por vulneración de derechos fundamentales en el seno de una relación laboral en el orden civil, “su conocimiento por la jurisdicción civil extralimita de forma aberrante su ámbito competencial, pero paradójicamente puede otorgar una protección “integral” al trabajador cuyo derecho fundamental ha sido lesionado, al admitir en el orden civil de forma excepcional la yuxtaposición de responsabilidades contractuales (laborales) y extracontractuales”.

²⁴⁴⁰ En esta lógica la STSJ del País Vasco de 15 de junio de 1.999, AS 6178.

procedimiento ordinario, al que habrá que acudir cuando la indemnización se solicite por separado como reclamación de cantidad, tras la declaración de improcedencia de la modificación o de la resolución contractual *ex* 50.1.a) LET²⁴⁴¹, al igual que si se acumula a la del 41.3, segundo, o a la del 50.1.a) LET, en cuyo caso igualmente se puede plantear el recurso de suplicación.

3.5.3. La rescisión contractual del artículo 41.3 LET

En primer lugar hay que señalar, en cuanto a la terminología usada, que pese a la incorrecta expresión del 41.3, segundo LET al referirse a la posibilidad de rescisión contractual que se concede al trabajador perjudicado por la modificación²⁴⁴² y a que en realidad no estamos ante una acción rescisoria, sino ante una facultad resolutoria del contrato, igual que sucede con la posibilidad de extinción por voluntad del trabajador contemplada en los diversos números del artículo 50 LET, vamos a denominar, a

²⁴⁴¹ Contrariamente a otras de las sentencias reseñadas anteriormente, p.e. la STSJ del País Vasco de 11 de julio de 1.996, AS 2570, la STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2.004, JUR 66325, rechaza la demanda de indemnización por haberse interpuesto dos meses después de la extinción voluntaria del contrato, aún reconociendo que la empresa “modificó sustancial y unilateralmente las condiciones del trabajo del demandante, relegándole de Jefe de ventas a Vendedor, rebajándole la retribución que venía percibiendo, y estando asimismo acreditado, que la empresa demandada procedió a efectuar dicha modificación sin justificación alguna”, remitiendo a la vía civil, puesto que “el demandante pudo –y debió de convenirle a su derecho- formular la oportuna demanda (...) mientras estuvo viva la relación laboral”.

²⁴⁴² Si nos atenemos a lo previsto en el artículo 1.290 y siguientes del Código civil el uso que del término rescisión hace el 41.3, segundo LET es incorrecto, a pesar de ambos supuestos exigen la concurrencia de un perjuicio, porque en realidad el artículo 41.3 se refiere al derecho a resolver el contrato sin necesidad de ejercitar acción judicial alguna, que es a lo que se refiere el Código civil. Señalan esta incorrección terminológica RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 202 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 323; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 186; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 217. Igualmente señala este problema la STSJ de Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 1.993, AS 1149.

efectos de claridad expositiva, rescisión contractual a la facultad prevista en el 41.3, segundo LET y acción resolutoria a la acción prevista por el 50.1.a) LET²⁴⁴³.

El artículo 41.3, segundo LET señala que si la modificación sustancial afecta a condiciones de trabajo referidas a jornada, horario o régimen de trabajo a turnos el trabajador tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de nueve mensualidades²⁴⁴⁴, pero siempre que acredite que esa modificación le acarrea un perjuicio²⁴⁴⁵, puesto que pueden existir modificaciones que tengan para el trabajador un efecto neutro o, incluso, beneficioso²⁴⁴⁶. Sin olvidar que no es suficiente que resulten tangencialmente afectadas

²⁴⁴³ Entre la doctrina emplea esta misma distinción terminológica BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 11 y ss., y entre la jurisprudencia la STSJ de Baleares de 18 de julio de 2.002, AS 3062.

²⁴⁴⁴ Si bien la indemnización anual sí coincide en este supuesto con la prevista en el 40.1, cuarto, LET, que no es más que un tipo de modificación sustancial, no sucede lo mismo con el máximo que en el supuesto del 40.1 es de doce meses mientras que en el del 41.3.segundo LET es de nueve meses. De esta diferenciación parece deducirse un mayor perjuicio derivado de la movilidad geográfica, aunque quizás fuese más correcto establecer un mismo tratamiento indemnizatorio para ambos supuestos. En esta lógica, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit., pg. 33 y ss. y MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 127.

²⁴⁴⁵ Cfr. VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 101, donde afirma que “si la modificación no comporta perjuicio demostrable al trabajador, su puesta en práctica no produce ulteriores efectos. No hay indemnizaciones”.

²⁴⁴⁶ La STSJ de Madrid de 4 de julio de 2.005, AS 2231, señala que éstas modificaciones no facultan para optar, por ausencia de perjuicio, por la rescisión contractual, “que obviamente no guardaría relación de causalidad con aquélla y que constituiría un ejercicio antisocial del derecho consagrado legalmente”.

estas condiciones, sino que deben ser objeto de modificación directa, al igual que ya se señaló para las modificaciones de condiciones recogidas en convenio colectivo²⁴⁴⁷.

Como se ha dicho, es requisito necesario, para poder acudir a esta vía rescisoria, la existencia de una modificación sustancial que origine un perjuicio genérico para el trabajador afectado²⁴⁴⁸. De aquí que debemos precisar en qué consista este perjuicio genérico y qué lo diferencia del específico de la vía resolutoria del 50.1.a) LET²⁴⁴⁹.

La diferenciación se puede establecer fácilmente, toda vez que la posibilidad de resolución contractual a través del artículo 50.1.a) se condiciona, exclusiva y

²⁴⁴⁷ Igualmente en esta línea SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 220.

²⁴⁴⁸ En esta lógica, SSTS de 29 de enero de 1.990, Ar 229, de 26 de julio de 1.990, Ar 6483, de 16 de enero de 1.991, Ar 52, de 31 de mayo de 1.991, Ar 3932, y 8 de febrero de 1.993, Ar 749; y SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 14 de marzo de 1.997, AS 666, de Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496, de La Rioja de 1 de junio de 2.000, AS 2641, STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de enero 2.002, AS 1067, y de Castilla y León/Valladolid de 10 de mayo de 2.004, JUR 173294.

²⁴⁴⁹ Como en tantas otras ocasiones aquí tampoco hay unanimidad en la terminología usada, aunque parece correcta la calificación que vamos a mantener del perjuicio como genérico o específico, ya usada por la STCT de 1 diciembre de 1.987, Ar. 26817, o más recientemente por la STSJ de Baleares de 18 de julio de 2.002, AS 3062, ente otras, o por VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 101 y ss., y, más modernamente, por SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 218 y ss., aunque otros prefieren utilizar expresiones enteramente análogas como perjuicio inespecífico, como RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 33, o distinguen entre perjuicio simple y cualificado, como CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto...”, cit., pg. 160, y en “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 448, aunque también se habla de perjuicio ordinario o perjuicio de especial relevancia, como PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 382, y DE MIGUEL LORENZO, A.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, cit., pg. 57. Entre la jurisprudencia esta discrepancia se reproduce igualmente. Véase, p.e., distinguiendo entre perjuicio genérico y cualificado las SSTSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2.001, as 1265 y de 26 de junio de 2.000, AS 2111.

específicamente, al perjuicio de la formación profesional o al menoscabo de la dignidad del trabajador afectado, luego cualquier otro tipo de perjuicio no señalado expresamente habrá de ser considerado genérico y alegable únicamente por la vía del artículo 41.3, segundo LET²⁴⁵⁰, aunque sólo se pueda optar a la rescisión indemnizada en los supuestos de perjuicio tasados legalmente. También se puede hablar de perjuicio extracontractual con referencia al perjuicio habilitante para la rescisión contractual del 41.3, en cuanto que el daño que la modificación causa se proyecta esencialmente en la esfera personal y privada, luego extracontractual, del trabajador, y de perjuicio contractual el que justifica la resolución *ex* 50.1,a) LET, que sí se proyecta en la ámbito laboral²⁴⁵¹, sin que esta diferenciación suponga equiparar este planteamiento a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual²⁴⁵².

Sin embargo, nada obsta a que se pueda rescindir el contrato por perjuicio genérico, es decir en las condiciones extintivas e indemnizatorias del 41.3, segundo LET, a pesar de que el perjuicio sufrido afecte a la formación profesional o a la dignidad del trabajador, es decir, aunque pueda ser considerado específico y permitir, por tanto, el acceso a la oportuna vía procesal que, como se verá más adelante, permite obtener al trabajador condiciones indemnizatorias superiores²⁴⁵³. Esto se posibilita porque la expresión

²⁴⁵⁰ Véase VIDA SORIA, J.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 101; MONGE RECALDE, J.L.: “La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 125.

²⁴⁵¹ En esta lógica, véase MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 423 y 431.

²⁴⁵² Véase, en esta lógica, la STSJ del País Vasco de 15 de junio de 1.999, AS 6178. Con el mismo planteamiento la STSJ de 20 de julio de 1.999, AS 2640, diferencia, en un voto particular, en un voto particular señala que “mientras la llamada culpa contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción y/o contenidos de un negocio o vínculo jurídico, la extracontractual tiene su origen en un ilícito civil productor de un daño al margen o, además, de todo incumplimiento o infracción”.

²⁴⁵³ Con este razonamiento véase la STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2.004, AS 2634, que acepta la

normativa del 41.3 se refiere a “si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial” de manera genérica, sin otro condicionamiento que el tipo de condición afectada por la modificación, por lo que, en principio, parece indiferente que la modificación afecte o no a la formación profesional o dignidad del trabajador para ejercitar esta posibilidad de rescisión contractual, siempre, eso sí, que las condiciones afectadas sean la jornada, el horario o el régimen de trabajo a turnos²⁴⁵⁴, es decir las condiciones señaladas en el 41.1 a), b) y c), puesto que si las afectadas son otras materias distintas a las previstas legalmente no cabe esta posibilidad²⁴⁵⁵.

Otra cuestión es la referente a cuál sea el perjuicio con entidad suficiente para que justifique la extinción contractual indemnizada, porque todas las modificaciones sustanciales, por muy justificadas que estén, causarán más o menos perjuicios o molestias, cuando menos al principio de su implementación²⁴⁵⁶. Pero no todos esos perjuicios o molestias son siempre suficientes para justificar la extinción, sino que la norma diferencia el tratamiento jurídico en función del mayor o menor perjuicio causado, de manera que el perjuicio será grave, como así se considera el derivado de la

posibilidad de plantear la petición con carácter alternativo o subsidiario, “lo que sería admisible”.

²⁴⁵⁴ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales...”, cit., pgs 448 y 449, sostiene que el juez podrá apreciar perjuicio genérico aunque no se haya solicitado subsidiariamente en virtud del principio de que quién pide lo más pide lo menos, idea que basa en “la doctrina sentada por nuestro Tribunal constitucional acerca del principio de congruencia procesal”. Rechazan que se pueda entrar a considerar subsidiariamente la presencia del perjuicio genérico las SSTSJ Valencia de 13 de diciembre de 1.995, AS 4535, y Madrid de 2 de junio de 1.997, AS 2348.

²⁴⁵⁵ STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406: “El derecho reconocido en el art. 41.3.2º Estatuto de los Trabajadores alcanza únicamente a las modificaciones sustanciales en materia de jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos, bien se produzcan por sí mismas o acompañadas de la modificación de otras condiciones de trabajo”.

²⁴⁵⁶ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones...”, cit., pg. 91, se pregunta, certeramente, cuándo no causará perjuicio una modificación de las condiciones de trabajo.

afectación de la formación profesional o el menoscabo de la dignidad del trabajador, mientras que los demás perjuicios se presumen *iuris et de iure* de menos entidad, existiendo dos niveles más, uno menos grave y otro que lleva, finalmente, a aquel otro nivel de perjuicio o molestia que puede calificarse como leve o inapreciable²⁴⁵⁷, al que se considera legalmente como causa insuficiente para exigir la extinción indemnizada del contrato²⁴⁵⁸. Desde esta perspectiva es obvio que el perjuicio no opera sólo como requisito específico establecido tanto en el 41.3, segundo, como en el 50.1.a) LET, sino que es condición misma del ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, que no pueden interponerse sin su concurrencia²⁴⁵⁹.

Correlativamente a esta consideración, la norma legal señala un diferente tratamiento: en el primer caso, posibilidad de extinción contractual *ex* artículo 50.1.a) LET con una indemnización equiparada a la del despido disciplinario improcedente, en el segundo, rescisión contractual *ex* artículo 41.3.2 LET con una indemnización de veinte días por año trabajado y un máximo de 9 mensualidades, mientras que en el tercer caso no se

²⁴⁵⁷ La STSJ de La Rioja de 1 de junio de 2.000, AS 2641, p.e., expone que “si bien es cierto que la modificación operada afectaba al horario del actor, no es menos cierto que la misma es mínima e insignificante, puesto que sigue teniendo el turno de mañana, y prácticamente, durante los meses de marzo a octubre, sólo varía el mismo en media hora (en vez de entrar a las 6.30 pasa a entrar a las 6 horas). Por otra parte, y precisamente por lo anterior, no se desprende que dicha medida haya producido «per se» perjuicio alguno al actor, ni éste ha acreditado el mismo, salvo la «molestia» de tener que madrugar un poco más”. En esta misma lógica, las SSTSJ de Madrid de 10 de noviembre de 1.989, AS 2354, y Cataluña de 2 de abril de 1.996, AS 2103, contemplan supuestos de modificaciones sustanciales del tiempo de trabajo que no causan perjuicios, puesto que no impiden a los afectados continuar desarrollando adecuadamente sus hábitos extralaborales. Igualmente, la STSJ de Cantabria de 28 de junio de 2.002, AS 1885, señala que no se pueden “incluir simples modificaciones accidentales, manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi” que compete a la empresa [artículo 5.c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁴⁵⁸ Haciéndose eco de esta distinción pueden verse, p.e., las SSTSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2.003, JUR 160638, y de 22 de julio de 2.004, AS 2634.

²⁴⁵⁹ En esta lógica, la STSJ de Madrid de 4 de julio de 2.005, AS 2231.

contempla ninguna posibilidad de extinción indemnizada por ausencia de causa suficiente para ello, considerándose la negativa del trabajador a prestar sus servicios únicamente como un abandono o una dimisión. Como se observa, la cuantía de la indemnización va pareja a la gravedad del perjuicio causado al trabajador, compensando de esta manera el mayor o menor daño objetivo que la modificación le causa²⁴⁶⁰.

Ahora bien, debe precisarse que el perjuicio que no alcanza la categoría de perjuicio específico no pasa a ser considerado, automáticamente, como genérico, puesto que, en este segundo caso, la norma requiere que la modificación origen del perjuicio afecte a la jornada, al horario o al sistema de trabajo a turnos, sin que sea obstáculo, como ya se señaló, a propósito de la modificación de convenios colectivos, el que también queden perjudicadas, frontal o tangencialmente, otras condiciones. En caso contrario, es decir si afecta a cualquier otra condición contractual, aún demostrándose la concurrencia de perjuicio, éste pasa a considerarse jurídicamente irrelevante y no se genera derecho alguno a la extinción indemnizada²⁴⁶¹.

De aquí que la siguiente pregunta que puede hacerse se refiera a cuál sea el criterio para considerar que una modificación es susceptible de causar perjuicio habilitante para la rescisión contractual indemnizada del artículo 41.3 LET²⁴⁶². La razón por la que el

²⁴⁶⁰ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pg. 159. Manteniendo una posición contraria, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica...”, cit., pg 34, opina que lo que se compensa con la indemnización es la pérdida de empleo.

²⁴⁶¹ Véase, en esta lógica, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, cuando afirma que “el derecho reconocido en el art. 41.3.2º Estatuto de los Trabajadores alcanza únicamente a las modificaciones sustanciales en materia de jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos, bien se produzcan por sí mismas o acompañadas de la modificación de otras condiciones de trabajo, no resultando ejercitable la facultad resolutoria al amparo de dicho precepto, cuando la modificación afecte a otras condiciones distintas de las previstas legalmente”.

²⁴⁶² Ejemplifica este modo de pensar la STSJ DE Baleares de 31 de marzo de 1.998, AS 5434, donde se reconocen “de una manera notoria y evidente los perjuicios causados a las trabajadoras, pues de realizar una jornada de trabajo continuada de lunes a viernes, se les asigna jornadas partidas que comprende todos

legislador se refiere únicamente a la jornada, al horario y al régimen de trabajo en turnos, cuyo denominador común es que son condiciones ordenadoras del tiempo de trabajo, es, probablemente, porque piensa que son condiciones de trabajo con una repercusión muy importante en las actividades no laborales del trabajador, por su incidencia en la vida personal, familiar y social del mismo²⁴⁶³. Desde esta perspectiva es obvio que un cambio sustancial de las condiciones de trabajo puede conllevar un cambio, igualmente importante, en el tiempo que pueda dedicarse a otras actividades, ya sean personales o familiares²⁴⁶⁴. Además, nada impide considerar que el perjuicio puede

los sábados y domingos, que antes tenían asignado de descanso semanal, pasando éste a disfrutarse en días laborables, debiéndose tener en cuenta, además, que el centro de trabajo se encuentra ubicado en la Universidad de las Islas Baleares, fuera del casco urbano de Palma, a unos ocho kilómetros, con escaso transporte público los sábados y sobre todo los domingos, por lo que el perjuicio causado a las actoras por el cambio de horario es, como hemos expresado, evidente, al tener que desplazarse al centro de trabajo dos veces cada día de trabajo con jornada partida, lo que determina el doble de tiempo para ir y volver del trabajo, con el consiguiente gasto, (...), sin obviar los perjuicios a nivel personal y sobre todo familiares de tener que trabajar los sábados y domingos”.

²⁴⁶³ En esa lógica, ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 3, aceptan que “el legislador ha previsto que las modificaciones que afectan a las citadas materias pueden implicar un perjuicio al trabajador más intenso que las restantes por la relevancia de las condiciones que se alteran”. En cambio, la mayor parte de la doctrina se muestra contraria a esta limitación, como, p.e., MONGE RECALDE, J.L.: “La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 124; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 127; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 331 y ss. En igual línea, p.e., la STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2.004, AS 2634, y la STSJ de Madrid de 4 de julio de 2.005, AS 2231, donde se argumenta que “en nuestro país y cultura se considera la jornada partida como menos favorable que la jornada continuada, en lo que incuestionablemente inciden criterios sociales relativos a nuestro concepto del trabajo y de la familia”.

²⁴⁶⁴ Sobre la importancia de las condiciones de tiempo de trabajo en la vida diaria del trabajador puede verse, p.e., la STSJ de Castilla y León/Burgos de 30 de noviembre de 1.994, AS 4234, cuando afirma rotundamente que “la trascendencia de las condiciones del tiempo de trabajo en la estructura de la vida diaria del trabajador es innegable pues en torno al tiempo de trabajo se ordenan las relaciones personales y familiares”. Más modernamente la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de julio de 2.005, AS 2069, mantiene idéntica orientación y señala claramente que “la localización horaria de las exigencias que

estar también relacionado con la posición contractual del trabajador en la empresa, como puede suceder si el daño se muestra, no sólo en sus hábitos familiares²⁴⁶⁵, sociales y personales²⁴⁶⁶, sino también en su vida laboral, impidiendo al trabajador continuar con una situación de pluriempleo²⁴⁶⁷, aunque se evidencie que el denominador común que

surgen del contrato de trabajo se encuentra indefectiblemente ligada a aspectos o dimensiones de la individualidad del trabajador (vinculaciones familiares, sociales, grupales, tiempo de ocio, realización de actividades productivas complementarias, de otras de diferente índole, etc.), que constituyen núcleo esencial de derechos fundamentales constitucionalmente consagrados y cuya satisfacción no puede quedar al albur de lo que en cada momento pueda decidir en materia de horario de trabajo una de las partes del contrato”.

²⁴⁶⁵ La STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2.002, AS 355, considera existente “el grave perjuicio que representa para el señor C., pues cuando éste deba desarrollar su turno de trabajo por las tardes coincidirá en parte con la jornada laboral de su esposa, siempre en horario de tarde, no pudiendo ninguno de los dos atender a su hijo de dos años (...)esta circunstancia que añade un plus de lesividad a la modificación operada, legítima, sobre la base del «perjuicio» irrogado a la relación paterno-filial”. Igualmente la STS de 18 de diciembre de 1.988, Ar 9042, señala que las modificaciones suponían “una mayor duración de la estancia en alta mar, con sus efectos en el ámbito de la organización familiar y educativa (...) comporta una modificación importante en el régimen de la propia actividad laboral (...) con la consiguiente repercusión en determinados ámbitos, como el de la organización familiar”. Estos razonamientos continúan el mismo modo interpretativo ya presente en las SSTCT de 26 de enero de 1.988, 933 y de 7 de octubre de 1.986, 9003, cuando dice el cambio de turnos y horarios provocó “un perjuicio efectivo para la trabajadora por razón de sus obligaciones familiares”.

²⁴⁶⁶ Véase, p.e., la STSJ de Castilla y León/Burgos de 26 de enero de 1.998, AS 5238, que admite la existencia de perjuicio, puesto que el trabajador “antes tenía libre la tarde entera, que podía destinar a sus actividades, y con la nueva jornada partida no”.

²⁴⁶⁷ La STCT de 3 de febrero de 1.987, 2183, recoge un supuesto en que un cambio de turnos perjudica a la trabajadora “por devenir imposible la continuación en la situación de pluriempleo de que venía disfrutando”. En similar sentido las STS de 13 de marzo de 1.986, Ar 1319, y de 9 de junio de 1.987, Ar 4318. En cambio la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de mayo de 2.004, JUR 173294, no considera ni siquiera sustancial la modificación horaria consistente en retrasar una hora la entrada al trabajo, que pasa a desarrollarse entre 9 y 11, cuando antes era entre 8 y 10, sin admitir la existencia de perjuicio para la trabajadora que tenía otro trabajo que comenzaba a las 11 horas.

La STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de diciembre de 2.000, AS 213, en un supuesto asimilable al

prevalece en este tipo de perjuicio sea su carácter extracontractual por la afectación del ámbito privado del trabajador²⁴⁶⁸, especialmente la incidencia que supone en el ámbito familiar, en el que la modificación supone una ruptura con un determinado modo de vida al que el trabajador ha adaptado sus horarios laborales y su vida familiar²⁴⁶⁹, que se puede ver alterada más o menos gravemente, provocando un indudable perjuicio²⁴⁷⁰.

Para apreciar en su integridad este perjuicio debe tenerse en cuenta hoy, además de los criterios señalados por la jurisprudencia, la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar, tal y como exige la Ley de 5 de noviembre de 1999, de conciliación de la vida familiar y laboral²⁴⁷¹. Ésta Ley no es más que la concreción del artículo 39.1 CE

pluriempleo, admite que un retraso en hora y media en la entrada y salida de la jornada de tarde altera sustancialmente “uno de los aspectos básicos de su prestación laboral” y produce un perjuicio, que estima concurrente puesto que el trabajador al término de su jornada laboral ayudaba en la explotación agropecuaria de titularidad de su esposa, y no cabe duda que el retraso horario habría de impedirle o cuando menos incidir de manera muy negativa en tal colaboración”.

²⁴⁶⁸ P.e., las SSTSJ de Madrid de 21 de junio de 2.005, AS 1708, y de Navarra de 19 de noviembre de 2.002, AS 355.

²⁴⁶⁹ No considera que el retraso de una hora a la entrada y salida del trabajo, alterando las posibilidades de acompañar a los hijos y recogerlos del colegio y obligando a cambiar hábitos deportivos, constituya un perjuicio de suficiente entidad como para permitir la rescisión del 41.3, segundo LET la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 1.999, AS 1706.

²⁴⁷⁰ A este propósito la STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2.001, as 1265, argumenta que “la teleología de la norma responde bien a la incidencia directa que «en la prestación esencial a la que el trabajador se obliga en virtud del contrato de trabajo» tiene la variación de su jornada, bien a que su «carácter personalísimo» incide de manera tan relevante en otros órdenes de su vida que un simple cambio de horario «puede generarle trastornos de tal naturaleza que, incluso, le puedan llevar a no continuar con la relación»; al afectar a «su organización y ritmo de vida»”. Igualmente en esta lógica, las SSTS de 13 de noviembre de 1.997, Ar 9032, y 13 de octubre de 2.000, Ar 9650.

²⁴⁷¹ Véase la Exposición de Motivos. Admite la rescisión contractual, por modificación horaria consistente en un retraso de dos horas en la entrada y salida al trabajo, apelando a lo dispuesto en esta norma la citada STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2.001, AS 1265.

que establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en relación con la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 31 de marzo de 1992²⁴⁷², sobre el cuidado de los niños que postula la compatibilidad de las responsabilidades profesionales, familiares y de educación derivadas de tal cuidado, fomentando una política global con este objetivo. En concreto, el artículo 2.3 señala que los Estados deberán adoptar iniciativas para que el entorno, la estructura y la organización del trabajo se adapte a las necesidades de los trabajadores con hijos para que puedan compaginar la responsabilidad laboral y la familiar y educativa de los hijos, lo que se refuerza con la Decisión del Consejo, de 19 de enero de 2001²⁴⁷³, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001, que en su artículo 17 ordena a los Estados miembros, en colaboración con los interlocutores sociales cuando proceda, que lleven a efecto políticas conciliadoras del trabajo con la vida familiar, entre las que destaca la de horarios de trabajo flexibles²⁴⁷⁴.

En consecuencia, parece lógico que si estos cambios hacen más gravoso el desempeño del trabajo, la norma reconozca al trabajador el derecho a recibir una indemnización si

²⁴⁷² LCEur 1992, 1427.

²⁴⁷³ LCEur 2001, 159.

²⁴⁷⁴ Acogiendo esta argumentación las SSTSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2.002, AS 355, y de Madrid de 21 de junio de 2.005, AS 1708, admite la rescisión contractual argumentando que “pasar de un horario fijo a realizar turnos semanales de mañana y de tarde, perjudica gravemente la organización de una familia con dos niñas pequeñas en la que ambos progenitores tienen idénticas responsabilidades que han de compartir, por cuanto una semana de cada dos el actor no podría en absoluto ocuparse ninguna tarde de sus hijas e igualmente una de cada dos quedaría imposibilitado de compartir con sus hijas el tiempo que antes tenía hasta las 9 de la mañana, por lo que el perjuicio es tan evidente que no cabe cuestionárselo y, ello, con independencia de que, obviamente, pudiera recabar ayuda (...) o repercutir su responsabilidad familiar exclusivamente en su esposa, lo que resulta, como se ha dicho, contrario a la política europea y constitucional en materia de igualdad y de protección a la familia”.

considera más beneficioso para él extinguir el contrato que asumir las nuevas condiciones laborales²⁴⁷⁵.

Evidentemente, este perjuicio ha de ser, como ha señalado la jurisprudencia, “real, objetivamente constatable y de cierta consideración”²⁴⁷⁶, nunca consecuencia de la mera modificación²⁴⁷⁷, porque no toda modificación de estas tres materias automáticamente

²⁴⁷⁵ Véase, p.e., la STS de 2 de junio de 1.987, Ar 4107. Igualmente DE MIGUEL LORENZO, A.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, cit., pg. 57 y ss.

²⁴⁷⁶ STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2.002, AS 355. Con idéntico planteamiento las SSTSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2.001, as 1265, y de Cantabria de 19 de abril de 1.999, AS 1706, señalan que “el trabajador debe acreditar en el acto del juicio que concurre un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración, sin cuya prueba o acreditación no puede hacer nacer la obligación de indemnizar, ya que los perjuicios ocasionados por la medida no se presumen”, siguiendo la doctrina sentada por las SSTS, unif. de doctrina, de 18 de marzo de 1.996, Ar 2082, y de 19 de julio de 1.996, Ar 6370, que ambas citan.

²⁴⁷⁷ En esta lógica, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, o la STSJ de La Rioja de 1 de junio de 2.000, AS 2641, que, frente a un adelantamiento de 30 minutos en el horario de entrada, señala que “no se desprende que dicha medida haya producido «per se» perjuicio alguno al actor, ni éste ha acreditado el mismo”. Con igual planteamiento la STSJ de Valencia de 13 de diciembre de 1.995, AS 4535, resolverá que cuando sólo se han podido probar molestias derivadas del cambio del horario, por tener que madrugar más, dicho cambio sin perjuicio apreciable no puede alcanzar la entidad suficiente para reclamar indemnización alguna; Estos dos pronunciamientos son un ejemplo, entre otros muchos, de los pronunciamientos que exigen, además de que la modificación sea sustancial, que ésta ha de causar un perjuicio para que pueda darse lugar a la rescisión indemnizada. En la misma lógica las STS de 29 de enero de 1.990, Ar 6483; de 26 de julio de 1.990, Ar 6483; de 16 de enero de 1.991, Ar 52; de 31 de mayo de 1.991, Ar 3932, y 8 de febrero de 1.993, Ar 749; igualmente las STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 1.989, AS 2354; de 20 de diciembre de 1.989, AS 3041; de Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496; de Canarias/Las Palmas de 14 de marzo de 1.997, AS 666; de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406; STSJ de Valencia de 28 de septiembre de 2.000, AS 3110.

Un argumento, cuando menos curioso hoy, es el empleado por la STSJ de La Rioja de 1 de junio de 2.000, AS 2641, para fundamentar la ausencia de perjuicio es que “la aceptación de la modificación del horario por los representantes legales de los trabajadores es un dato indiciario de la ausencia de perjuicio”, siguiendo la doctrina sentada por la STS de 13 de marzo de 1.986, Ar 1319, y la STSJ de la Comunidad

conlleva la presunción legal de que su trascendencia es suficiente para la extinción contractual *ex* 41.3, segundo LET²⁴⁷⁸, como sí sucede con la modificación del lugar de trabajo *ex* artículo 40 LET, que se presume *iuris et de iure* que causa siempre perjuicio al trabajador afectado²⁴⁷⁹. Por el contrario, para el artículo 41 LET no existe la presunción *iuris et de iure*, pero ni siquiera tampoco la *iuris tantum*²⁴⁸⁰, de tal manera

Valenciana de 13 de diciembre de 1.995, AS 4535. Esta argumentación para ser admisible exigiría que sólo pudiesen ser perjudiciales las modificaciones no aceptadas por los representantes, lo que conduciría a que las aceptadas nunca podrían fundamentar una rescisión ni una resolución contractual. El problema es que este modo de interpretar esta cuestión parte de la necesidad de incumplimiento contractual para que se pueda acceder a la rescisión contractual, admisible en la redacción anterior del artículo 41 pero no en la actual.

²⁴⁷⁸ Curiosamente, hay pronunciamientos actuales, como la STSJ DE Navarra de 19 de noviembre de 2.002, AS 4175, que fundamentan su argumentación, aunque luego no la sigan en sus conclusiones, así: “como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 749), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, siguiendo las del mismo Tribunal de 26 de julio de 1990 (RJ 1990, 6484) y 5 marzo 1985 (RJ 1985, 1277), 21 de septiembre 1987 (RJ 1987, 6234), 23 abril 1985 (RJ 1985, 1907), 16 septiembre 1986 (RJ 1986, 4983); «la extinción del contrato que autoriza y prevé el núm. 1 del art. 50 ET (RCL 1980, 607), requiere un doble requisito, por una parte que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, por otra que esta modificación sustancial redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad; si no concurre esta doble circunstancia «la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo, podrá dar lugar en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41 núm. 3 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo, asimilada en cuanto a las indemnizaciones que prevé el citado art. 50», aunque luego concluye que eso “no significa que el perjuicio se entienda producido en todo caso como consecuencia de la mera modificación, siendo preciso que ésta provoque en el afectado un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración”.

²⁴⁷⁹ Véase, por todas, la citada STSJ de Cataluña de 25 abril de 2.000, AS 2171, cuando señala que, “al contrario de lo que dispone el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores al hablar de los traslados, el artículo 41 no contiene presunción alguna del perjuicio causado al trabajador”. Igualmente STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de enero de 2.002, AS 1067.

²⁴⁸⁰ En esta lógica puede verse, p.e. la STSJ de Cataluña de 25 abril de 2.000, AS 2171, haciéndose eco de la STS de 18 de marzo de 1.996, RJ 2082, señalando que “no puede tener viabilidad la rescisión contractual, no pudiéndose establecer una presunción «iuris tantum» de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones de trabajo sino que, por el contrario, y

que si el empresario no considera real el perjuicio alegado por el trabajador, éste deberá alegar y acreditar judicialmente, si llega el caso, su concurrencia²⁴⁸¹, aunque esta opinión no es compartida por todos, alegándose que ésta acreditación del perjuicio sólo es exigible si se llega a los tribunales, mientras que en caso contrario se debe presumir *iuris tantum* su existencia, puesto que su alegación es suficiente para que el trabajador pueda extinguir la relación contractual²⁴⁸². Sin embargo, esta posición sólo es válida si la reacción del trabajador es admitida pacíficamente por la empresa y le abona la oportuna indemnización. En caso contrario, el trabajador se ve irremediamente obligado, si quiere percibir esa compensación, a acudir a los tribunales donde tendrá que demostrar la realidad del perjuicio²⁴⁸³, sin que sea admisible la inversión de la carga de la prueba²⁴⁸⁴.

conforme a la normal interpretación del repetido artículo 41.3 del ET, debe admitirse por el Tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio”. Con igual razonamiento niega la presunción “*iuris tantum*” de perjuicio la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 1.999, AS 1706 o la de Castilla y León/Valladolid de de 2.004, JUR 173294.

²⁴⁸¹ Véanse, en esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 330; FUSTÉ MIQUELA, J.M.: “La posición jurídica del trabajador ante decisiones de traslado o modificación sustancial. Algunos puntos críticos”, Comunicación a la II Ponencia del *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ejemplar multicopiado, Valladolid, 1.996, pg. 10; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 3.

Entre la jurisprudencia reconocen la necesidad de alegación y prueba por el trabajador de la existencia objetiva de perjuicio, entre otras, la STSJ de La Rioja de 1 de junio de 2.000, AS 2641 cuando dice que “el perjuicio exigido legalmente ni es notorio -con lo que quedaría eximido de toda prueba- ni se ha acreditado por el actor, que era quien estaba obligado a probarlo”, y la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de mayo de 2.004, JUR 173294.

²⁴⁸² En contra de que el trabajador tenga que demostrar la gravedad del perjuicio o un perjuicio de cierta consideración, véase MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador...”, cit., pg. 424 y ss.

²⁴⁸³ Como señala DE MIGUEL LORENZO, A.M^a: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, cit., pg. 59, y la jurisprudencia que cita del Tribunal Central de Trabajo, en ocasiones, la importancia del cambio evidencia, además de su sustancialidad, el perjuicio causado, liberando así al

Obviamente, no hay reglas fijas que nos digan que pueda ser perjuicio, puesto que, como ya se ha señalado en otras ocasiones, volvemos a encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado de ineludible concreción judicial²⁴⁸⁵, con el agravante de que la apreciación de la concurrencia de perjuicio es una percepción subjetiva, que puede conducir a que la misma situación sea percibida de muy distinto modo por dos trabajadores, causando a uno indudables perjuicios mientras que el cambio es indiferente para otro, subjetividad que también es aplicable al juez²⁴⁸⁶. De aquí que el trabajador, aunque sea el único que conoce exactamente el alcance de la modificación y la mayor onerosidad que provoca en su esfera personal, en caso de desacuerdo con el empleador, se ve obligado a aceptar la conclusión judicial acerca de si existe perjuicio y si este es de suficiente entidad como para justificar la rescisión contractual.

Sin embargo, sí se presume *iuris et de iure* que la modificación sustancial de cualquier otra condición contractual sólo causa perjuicios inapreciables o de muy escasa entidad o bien perjuicios específicos, si afecta de forma grave a la formación profesional o a la dignidad del trabajador.

trabajador de la carga de la prueba.

²⁴⁸⁴ Rechazan la posibilidad de inversión de la carga de la prueba las SSTS de 18 de marzo de 1.996, Ar 2082, y de 18 de julio de 1.996, Ar 6165. Siguiendo esta doctrina, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de noviembre de 1.994, AS 4565, de Cataluña de 5 de septiembre de 1.995, AS 3501, de Cataluña de 25 abril de 2.000, AS 2171, de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de enero de 21 de enero 2.002, AS 1067, y de STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de mayo de 2.004, JUR 173294.

²⁴⁸⁵ Señalan este casuismo, entre otras muchas, la STS de 9 de abril de 1.990, Ar 3432, de 18 de julio de 1.996, Ar 6165, y las SSTSJ de Madrid de 23 de septiembre de 1.997, AS 2999, y de Cantabria de 11 de junio de 1.999, AS 2104, de Madrid de 4 de febrero de 2.004, AS 1268, de 9 de septiembre de 2.004, AS 1638, y de 7 de junio de 2.005, JUR 187035.

²⁴⁸⁶ Véase, p.e., las SSTSJ de Madrid de 4 de febrero de 2.004, AS 1268, de 9 de septiembre de 2.004, AS 1638, y de 7 de junio de 2.005, JUR 187035.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que es indiferente, en principio, para la existencia o no de perjuicio, que la modificación que lo origina se haya adoptado respetando o no los requisitos de fondo y forma que para su adopción se contienen en el artículo 41 LET²⁴⁸⁷, puesto que lo que realmente faculta para la rescisión contractual es la concurrencia real del perjuicio²⁴⁸⁸, aparte de la imposibilidad de conocer *a priori*, como debería saberlo el trabajador, la calificación judicial de la modificación, pues su control de legalidad se lleva a cabo *ex post*, mientras que la extinción contractual se lleva a cabo, normalmente, antes de cualquier pronunciamiento judicial en este sentido²⁴⁸⁹, con lo que hay que presumir su conformidad a Derecho, mientras no se disponga de pronunciamiento judicial en contrario.

3.5.3.1. Carácter extrajudicial de la rescisión contractual

El carácter extrajudicial de esta extinción contractual es evidente y unánimemente admitido, puesto que estamos ante una facultad inmediatamente ejercitable, reconocida directamente al trabajador por el artículo 41.3, segundo LET, que la ejerce decidiendo unilateralmente si extingue o no el contrato de trabajo, sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno²⁴⁹⁰, siempre que concurra un perjuicio genérico

²⁴⁸⁷ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “La resolución contractual por modificaciones en las condiciones de trabajo”, RL, t.I/1.988, pg. 455 y ss.; igualmente SENRA BIEDMA, R.: “La reforma del Derecho individual del Trabajo”, cit., pg. 275.

²⁴⁸⁸ La STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, señala que “lo que justifica la facultad reconocida al trabajador es el perjuicio sufrido por el mismo como consecuencia de la modificación, independientemente de su imputabilidad o no al empresario”.

²⁴⁸⁹ Acerca de la posibilidad de acudir a esta extinción indemnizada después de la calificación por el juez de la legalidad de la modificación, véase *infra*.

²⁴⁹⁰ En esta lógica, la STSJ de Madrid de 3 de julio de 1.997, AS 2617, señala que éste es un derecho ejercitable directamente por el trabajador, sin que sea precisa la intervención judicial más que para valorar, en su caso, la concurrencia o no de perjuicio. Igualmente las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 de noviembre de 1.997, AS 3982, de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406, y de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, así como STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13

suficiente, real y demostrable. De aquí que sea su decisión personal la que reviste valor constitutivo y rescisorio²⁴⁹¹, quedando extinguido el contrato a todos los efectos desde el momento en que el trabajador comunica a la empresa su decisión unilateral, sin necesidad de esperar decisión judicial alguna²⁴⁹², a diferencia de lo que sucede con la

de diciembre de 2.000, AS 213, dice que “opera por la única voluntad del trabajador y sin necesidad de reclamar judicialmente”. Igualmente, STSJ Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2.004, AS 1144.

²⁴⁹¹ Véanse, en esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pg. 160; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 331; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 4; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad el trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pg. 110; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 17.

Igualmente, entre la doctrina judicial, mantienen este planteamiento, entre otras, la STS 9 de junio de 1.987, Ar. 4318, y las SSTSJ Madrid de 26 de junio 1.990, AS 2044; Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 1.993, AS 1149; Madrid de 3 de julio de 1.997, AS 2617, y Castilla y León/Valladolid de 25 de noviembre de 1.997, AS 3982, de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406, y de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487.

²⁴⁹² Véanse las SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, y de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406, que señalan que la “facultad reconocida al trabajador afectado por la modificación es inmediatamente actuable por éste, sin que sea necesario solicitar judicialmente la extinción del contrato de trabajo lo que, salvo supuestos excepcionales, exigiría la continuidad en la prestación de servicios con los perjuicios efectivos -no potenciales- que de ello se derivarían para el afectado. La extinción tiene por tanto carácter extrajudicial, opera por voluntad del trabajador mediante la comunicación al empresario de su opción por la extinción del contrato, estando aquél facultado para rescindir unilateralmente el vínculo contractual sin esperar a que decida el órgano judicial, quedando extinguido el contrato desde el momento en que el trabajador comunique al empresario su opción rescisoria”.

En sentido contrario, y manteniendo una tesis cuando menos discutible, las SSTSJ de Cataluña de 25 de abril de 2000, y de 14 de mayo de 2.003, JUR 160638, mantienen que “es siempre necesario acudir a la vía judicial a fin de determinar si tales requisitos concurren, de modo similar a como ocurre en los supuestos del artículo 50 del E.T.”, remitiéndose a lo señalado en la STS de 18 de septiembre de 1.989, en el sentido de que “de tal precepto no debe deducirse que la sola voluntad resolutoria del trabajador

resolución por perjuicio específico, en que el trabajador dispone sólo del derecho a solicitar al órgano judicial que resuelva el contrato en base al artículo 50.1.a) LET, al igual que sucede con las resoluciones por incumplimiento contractual de los demás casos contemplados en el artículo 50.1. b) y c), aunque sin olvidar que si el empresario se muestra disconforme con la decisión del trabajador y pide su revisión judicial, el trabajador debe demostrar la concurrencia del perjuicio alegado si quiere extinguir su contrato percibiendo la indemnización, como se ha señalado.

Consecuentemente, si el empresario no quiere aceptar la existencia de perjuicio y rechaza la extinción contractual voluntaria del trabajador *ex* artículo 41.3, segundo LET, pagar la correspondiente indemnización y dar expresa conformidad de lo acontecido, puesto que si no lo hace se causan al trabajador perjuicios en su derecho a la prestación por desempleo que pudiera corresponderle, al no poder acceder por considerarse su cese en el trabajo como dimisión u abandono²⁴⁹³. El trabajador, frente a esta situación, sí debe acudir a la Jurisdicción para que se declare existente tanto el perjuicio que alega, como su derecho a extinguir el contrato, pero el juez no será en ningún caso quién extinga la relación laboral sino que obligará al empresario, previa demostración de perjuicio causado por alguna modificación de las materias señaladas, a que acepte la decisión unilateral del trabajador y pague la indemnización correspondiente.

El trabajador, en este supuesto, acudirá a la jurisdicción, pero lo que no está claro es qué tipo de acción ejerce, porque la cuestión se puede plantear desde dos puntos de vista. En el primero, se parte de la premisa de que el efecto extintivo y el efecto resarcitorio son

produzca dichos efectos extintivos, con obligación empresarial de satisfacer la indemnización legalmente marcada, pues al tener que hallarse fundamentada en justa causa, es claro que su no concurrencia, declarada en el contencioso que después se siguiera, obligaría a calificar de injustificadas las faltas de asistencia que se hubieran producido por la dejación del servicio por el trabajador, consecuente con la operatividad de su declaración de voluntad recepticia, con consecuencias perjudiciales para la continuación de la relación laboral”.

²⁴⁹³ Véase, en este sentido, el artículo 1.h) del RD 625/1985, de 2 de abril, de desarrollo de la Ley de 2 de agosto de 1.984, de protección por desempleo.

independientes. En este caso, la acción judicial que se ejerce no tendrá relación alguna con la extinción, sino que será meramente declarativa, puesto que la propia declaración del trabajador tiene efectos constitutivos por sí misma, y se limitará a examinar si concurren o no en ese caso concreto los requisitos legales necesarios para que surja el derecho a la indemnización del 41.3, segundo LET: que se esté ante una modificación sustancial del 41.1 a), b) y c) LET y que ésta cause un perjuicio genérico al trabajador. Actuando de este modo el trabajador asume el riesgo de no percibir indemnización por la extinción de su contrato, que él ha rescindido, si el Juzgador no estima presentes los requisitos legales para ello²⁴⁹⁴.

Otro modo de actuar, con menos riesgos para el trabajador, sería no ejercer directamente la facultad rescisoria frente a la modificación sustancial que le perjudica, sino plantear ante la jurisdicción una acción rescisoria propiamente dicha, para que sea el órgano judicial el que, una vez estime concurrentes los requisitos exigidos, sea quién extinga la relación laboral y condene al empleador al pago de la indemnización²⁴⁹⁵. Esto es posible porque la facultad de rescisión contractual directa que el 41.3, segundo LET concede al trabajador es de ejercicio voluntario, sin que implique una prohibición de ejercicio ante los Tribunales, que es lo que normalmente se hace²⁴⁹⁶. En este caso, el trabajador asume

²⁴⁹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit. pgs. 110 y 111; igualmente BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato...*, cit., pg. 18.

²⁴⁹⁵ En esta línea, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato...*, cit., pg. 18. En esta lógica, la STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406, expone que “en relación con la naturaleza de la acción a ejercitar en tal caso, y si bien del carácter extrajudicial de la opción extintiva consagrada en el art. 41.3.2 Estatuto de los Trabajadores, podría deducirse que la acción sería meramente declarativa al objeto de que se reconociese al trabajador su derecho a rescindir el contrato al amparo del citado precepto, la acción comúnmente utilizada es la de extinción del contrato de trabajo, en cuya virtud el trabajador solicita del órgano judicial la rescisión o resolución del vínculo contractual con derecho a la indemnización legalmente establecida, acción que resulta más adecuada que la puramente declarativa pues hace innecesaria, caso de ser estimada la demanda, la interposición de una posterior reclamación en el supuesto de que el empresario no procediese al abono de la indemnización”.

²⁴⁹⁶ Véase la STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2003, AS 1775, cuando señala que el trabajador

menos riesgos puesto que este modo de actuar no exige la previa rescisión del contrato, aunque sí le exige continuar desarrollando su prestación hasta la declaración judicial de pertinencia de la rescisión *ex* 41.3, segundo LET.

3.5.3.2. Plazo y forma de la rescisión contractual

En cuanto al plazo y la forma de ejercicio por el trabajador de esta posibilidad extintiva nada dice la norma, puesto que el artículo 41.3 LET no señala formalidad alguna para la comunicación al empresario del ejercicio de la opción extintiva por el trabajador, por lo que ésta debe considerarse satisfecha siempre que comunique al empresario su intención de resolver el contrato, lo que por seguridad jurídica debe llevarse a cabo de forma expresa y por escrito²⁴⁹⁷, señalando los perjuicios causados por la modificación²⁴⁹⁸, aunque alguna doctrina considera que es suficiente la simple comunicación verbal al empresario²⁴⁹⁹, siendo insuficiente, en cualquier caso, la mera inasistencia al trabajo²⁵⁰⁰, puesto que se requiere una declaración de voluntad concluyente dada la trascendencia que la declaración rescisoria tiene sobre la vida del contrato, que deja de existir a partir de su emisión²⁵⁰¹.

tiene dos alternativas frente a una modificación que no le gusta, una impugnarla por el 138 LPL, y la otra acudir a la jurisdicción para pedir la rescisión del contrato con el derecho a la indemnización de 20 días por año.

²⁴⁹⁷ En esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 326 y ss.; ORTIZ LALLANA, C.: *La movilidad geográfica en la empresa*, cit., pg. 69; MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 425.

²⁴⁹⁸ Véase, CRUZ VILLALÓN, *ibidem*, pg. 327 y, entre la jurisprudencia, p.e., la STSJ de Extremadura de 30 de abril de 1.996, AS 1374.

²⁴⁹⁹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 224.

²⁵⁰⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 327. En contra, admitiendo la resolución tácita: STCT de 2 de septiembre de 1.983, Ar.7591.

²⁵⁰¹ En esta lógica CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 326.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta opción, lo primero que debe señalarse es que la norma actual nada contempla ni dice acerca de cuál sea ese término, al igual que sucede a la hora de comprobar cuál es el plazo del que dispone el trabajador para ejercitar su facultad resolutoria por perjuicio específico, a diferencia de la anterior redacción normativa que sí se refería expresamente a que el trabajador “dentro del mes siguiente a la modificación”²⁵⁰² tenía derecho a rescindir su contrato. Consecuentemente, ante el silencio normativo, la doctrina ha oscilado entre una diversidad de pronunciamientos al respecto²⁵⁰³, sin que deba olvidarse que este plazo se refiere, tanto al ejercicio directo por el trabajador de su facultad rescisoria, como al sometimiento de la cuestión a la jurisdicción para que condene al empresario a pasar por esa opción, ya sea porque se niega a indemnizar o porque el trabajador prefiere esperar a que sea el juez quién lo haga, declarando concurrentes los requisitos exigidos por la norma.

De entre las diversas opciones, la primera interpreta que como la norma nada dice al respecto hay que entender que la facultad extintiva del trabajador no está sujeta a plazo alguno²⁵⁰⁴. El problema que presenta este modo de interpretar es la inseguridad jurídica que conlleva, puesto que el trabajador podría hacer uso de su facultad extintiva en cualquier momento de la vida contractual, de modo que la continuidad del contrato

²⁵⁰² Este plazo fue calificado como de caducidad por la STS de 24 de septiembre de 1.987, Ar. 6390. La diferencia con el tratamiento actual del plazo para la rescisión indemnizada reside en que el plazo de un mes computable a partir de la implementación de la medida permitía al afectado un conocimiento exacto de las modificaciones llevadas a cabo, mientras que el plazo que la actual norma concede es un plazo que termina, como veremos, siempre antes de la materialización del cambio. Reconocían este plazo, entre otras, las SSTs de 12 de septiembre de 1.988, Ar 6878, y de 8 de febrero de 1.991, Ar 819.

²⁵⁰³ Véase, sobre esta cuestión, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 332 a 334, donde estudia los tres plazos teóricamente aplicables. Asimismo véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 29; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación l...*, cit., pg. 224 y ss.

²⁵⁰⁴ Mantiene esta posición SENRA BIEDMA, R.: “La reforma del Derecho individual del Trabajo”, cit., pg. 276, nota 131 *in fine*.

quedaría supeditada permanentemente a esa voluntad con sólo demostrar la existencia del perjuicio genérico²⁵⁰⁵. Además, la admisión de esta tesis conlleva la imposibilidad de considerar el aquietamiento del trabajador y la asunción de la modificación por su parte, situación que debe entenderse existente cuando se han dejado transcurrir los plazos de reacción extintiva o impugnatoria²⁵⁰⁶.

Una segunda opción es que, dado que la norma no contiene un plazo expreso, debe aplicarse la regla general que concede el plazo de prescripción de un año para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tenga señalado uno especial, de acuerdo con el artículo 59.1 LET²⁵⁰⁷. Sin embargo, este planteamiento se puede objetar diciendo que el plazo del 59.1 LET es aplicable únicamente a las acciones derivadas del contrato de trabajo, entre las que no cabe incluir esta opción extintiva²⁵⁰⁸, puesto que esta facultad del trabajador no está configurada jurídicamente como una acción²⁵⁰⁹, sino como el ejercicio del derecho que ostenta el trabajador directamente atribuido por la ley

²⁵⁰⁵ Igualmente, ROJAS RIVERO, G.P.: *El derecho del trabajador al ejercicio individual...*, cit., pg. 149.

²⁵⁰⁶ Igualmente en este sentido SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 225. Véase también la jurisprudencia que se cita *infra*, al tratar del plazo de impugnación.

²⁵⁰⁷ En este sentido se pronuncia LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit, pg. 334; igualmente RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 31.

²⁵⁰⁸ En este sentido se expresa PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 192.

²⁵⁰⁹ Como señala, entre otros, OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M.A.: *Derecho Procesal Civil*, t.I, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.992, pg. 139, la acción es un derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional, ejercitable por tanto frente al Estado que a través de sus órganos jurisdiccionales lleva a cabo la tutela concreta que satisface el derecho que mediante el ejercicio de la acción se reclama. Igualmente ponen de relieve la distinción entre acción y derecho subjetivo en pg. 141 y ss.

y que ejercita sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales para su reconocimiento.

Sin embargo, juega a favor del plazo de un año, la posibilidad de contemplar esta eventualidad desde otra perspectiva, no exenta de razón, que nos dice que lo que aquí se reclama por el trabajador no es que se declare rescindido el contrato, puesto que ya se ha visto que la rescisión tiene naturaleza extrajudicial y surte efectos constitutivos desde la exteriorización de la declaración de voluntad del trabajador en este sentido, sino que lo realmente se está haciendo es reclamar una deuda pecuniaria, la correspondiente a la indemnización fijada en la norma, sometida en su reclamación al plazo de prescripción de un año, aunque el trabajador tenga, si el demandado se opone, que probar tanto la sustancialidad de la modificación como la realidad del perjuicio²⁵¹⁰.

Un tercer planteamiento defiende la aplicación del plazo de caducidad de veinte días previsto por el artículo 59.4 LET para la impugnaciones por movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo²⁵¹¹, basándose en que el 41.3, tercero LET, señala tal plazo para que el trabajador, que no hubiese optado por la rescisión de su contrato y se muestre disconforme, pueda impugnar la modificación. De aquí que deba entenderse que hay un plazo único, los veinte días, tanto para impugnar la

²⁵¹⁰ Véase, en esta lógica, STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406: “cabría pensar que la única pretensión ejercitable en vía judicial por el trabajador afectado en base al derecho que le reconoce el art. 41.3.2 Estatuto de los Trabajadores sería la de abono de la indemnización legalmente establecida”. Véase, igualmente, la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2.003, JUR 160638, que resuelve acerca de la reclamación de cantidad subsiguiente a la rescisión contractual.

²⁵¹¹ En esta lógica, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación...”, cit., pg. 125 y ss.; *Ídem*: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 228 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 384 y ss.; GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 567; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, cit., pg. 1123. Igualmente se pronuncia en el mismo sentido la STSJ Extremadura de 30 de abril de 1.996, AS 1374.

modificación como para que el trabajador opte por la extinción contractual indemnizada o plantee la cuestión ante el Juez.

A esto se puede objetar que tanto el sentido del 59.4 LET como la intención del legislador parecen ser otra, la de exigir la vigencia del contrato para la impugnación de la modificación, sin que eso suponga implicación alguna con respecto al plazo²⁵¹². Además, este plazo regulado en el artículo 59 LET se refiere al ejercicio de las acciones derivadas del contrato, lo que no es el caso, puesto que ante lo que estamos es realmente ante el ejercicio de un derecho subjetivo del trabajador²⁵¹³.

La cuarta posibilidad es conceder al trabajador, para decidirse por la extinción indemnizada, el plazo de preaviso de treinta días con que el empresario debe notificar su decisión al trabajador²⁵¹⁴. Esta opción parece ser la más conveniente, por lo que disfruta

²⁵¹² Véase, en este sentido, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 332; igualmente RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 30.

²⁵¹³ Véase, en esta lógica, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 228.

²⁵¹⁴ Cfr., entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pg. 160; FUSTÉ MIQUELA, J.M.: “La posición jurídica del trabajador ante decisiones de traslado o modificación...”, cit., pg. 10; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 4 y 5.; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 192. En similar sentido se pronuncian, aunque con respecto al supuesto del artículo 40.1, cuarto LET, CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, cit., pg. 146 y ss.; CAMPS RUÍZ, L.M.: *La nueva regulación del mercado de trabajo*, cit., pg. 212, lo hace con dudas puesto que se refiere a un mínimo de veinte días hábiles o, como máximo, hasta la fecha de efectividad de la medida modificativa, que si se cumple el preaviso habrá concedido treinta días de plazo al trabajador afectado. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 229, se decanta claramente por este plazo; igualmente VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 261. Entre la jurisprudencia apoya esta tesis la STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406, cuando dice que “dicho plazo vendría a coincidir con el aplicable al ejercicio del derecho, esto es, en condiciones normales, el de treinta días establecido para la efectividad de la medida”.

de un apoyo doctrinal mayoritario y, dado el silencio legal al respecto, parece deducirse, sobre todo, de la lógica del precepto²⁵¹⁵, para el que el plazo de preaviso tiene como función permitir al trabajador sopesar la incidencia y licitud de la modificación y actuar en consecuencia, aceptando la modificación, impugnándola o extinguiendo su relación contractual que son las alternativas de actuación que la norma le ofrece, puesto que ésta y no otra es la funcionalidad propia de un período de preaviso²⁵¹⁶. Además, esta opción es la única que da una función a los días que van entre los veinte del plazo de caducidad que hemos rechazado y los treinta del preaviso, que en caso contrario serían diez días de simple espera sin utilidad práctica alguna, porque el trabajador ya habría tenido que optar entre la extinción y la impugnación, quedándole únicamente la aceptación de la modificación, la impugnación por perjuicio específico, que no siempre concurre en el perjuicio y que está sujeta a otros plazos, o, simplemente, la dimisión o el abandono del puesto de trabajo.

Igualmente, esta idea se puede deducir de la interpretación sistemática de los párrafos primero, segundo y tercero del 41.3 LET, puesto que el primero señala el plazo de treinta días mientras que los otros dos señalan las posibles reacciones del trabajador, pero no hacen mención alguna a otros plazos, por lo que se puede deducir que la intención del legislador ha sido la de conceder el plazo de treinta días para aquellas opciones que no tengan señalado expresamente uno, como sucede con el de veinte días

²⁵¹⁵ ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 4 y 5.

²⁵¹⁶ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores...”, cit., pg. 160. Este planteamiento es el aceptado por la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid de fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventa y nueve, revocada por la STSJ de Madrid de 17 de junio de 1.999, AS 2758, razonando que “el preaviso no tiene por qué interpretarse como un plazo de opción resolutoria cuando es más extenso que el plazo impugnatorio y por ello también que el plazo de conformidad”, puesto que la modificación “puede dejarse sin efecto en cualquier momento pues no puede entenderse vinculante para el empresario en perjuicio del trabajador”, concluyendo que tiene más sentido este lapso de tiempo “como un período en el que el trabajador puede acompañar su régimen social al nuevo régimen laboral que incide en aquél”.

para la impugnación. De aquí que se pueda defender que el plazo de que dispone el trabajador para extinguir su contrato por perjuicio genérico debiera ser de treinta días, plazo que, por otra parte, es de caducidad.

Sin embargo, y a pesar de esta excelente argumentación que hace la doctrina científica, la jurisprudencia se obstina en mantener la aplicación del plazo de veinte días del 59.4 LET, asimilando este supuesto a la impugnación del despido, puesto que no en balde el 59.4 dice que “lo previsto en el apartado anterior será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo” y el apartado anterior, el 59.3, señala el plazo de veinte días para la impugnación del despido como plazo de caducidad²⁵¹⁷. De aquí que cualquier otra interpretación sea voluntarista, incluso deseable, puesto que la mejor opción parece ser la de admitir el plazo de treinta días de preaviso, con el inconveniente de su nula base normativa, al contrario de lo que sucede con respecto al de veinte días expresamente recogido en el 59.4 LET.

La objeción que se pueda hacer es que no está ejercitando una acción rescisoria. Sin embargo, lo que es indudable es que se está ejerciendo una acción contra una decisión empresarial, la de no aceptar la propuesta rescisoria del trabajador o, más bién, la de no aceptar los efectos indemnizatorios de su opción rescisoria. Desde ese punto de vista, el trabajador está ejercitando una acción contra una decisión empresarial en materia de modificación sustancial, como exige el 59.4 LET, por lo que debe ser aplicable el plazo que allí se señala para el ejercicio judicial de su acción. O visto de otro modo, lo que se ejercita cuando el trabajador acude a la jurisdicción para que se reconozca su derecho a rescindir el contrato no es mas que una pretensión extintiva al amparo del 41.3, segundo LET, que permite la extinción indemnizada del contrato, luego sujeta al plazo de veinte días, como reconoce la jurisprudencia²⁵¹⁸, que sólo puede soslayarse si se ha señalado expresamente otro plazo especial, cosa que aquí no sucede²⁵¹⁹.

²⁵¹⁷ Véase VIDA SORIA, J.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones...”, cit., pg. 104.

²⁵¹⁸ P.e. la STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132, señala claramente que “la

La cuestión que surge inmediatamente es la de cuál sea el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo de veinte días. La respuesta es que debe contarse a partir del siguiente a la recepción por el trabajador de la notificación del empresario comunicándole la modificación²⁵²⁰, como ha sido expresamente ratificado por el Tribunal Supremo, recordando que comenzará a contar desde la efectiva recepción por el trabajador de la comunicación y no desde el envío de la notificación, como parece lógico puesto que la fecha del escrito de notificación puede ser muy diferente a la fecha de notificación al trabajador afectado²⁵²¹, y como, además, esta expresamente señalado en el 59.4 LET cuando dice que “el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial”. Evidentemente, como estamos hablando de las posibles reacciones de los trabajadores individualmente afectados, la notificación se refiere a la hecha a los trabajadores individuales, no a la que pudiera dirigirse al comité de empresa, aunque la modificación sea colectiva²⁵²².

extinción del contrato al amparo del art. 41.3, párrafo 2º (...) está sujeta al plazo de caducidad del artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁵¹⁹ Mantiene esta posición la STSJ de Madrid de 17 de junio de 1.999, AS 2758.

²⁵²⁰ A este propósito, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 229 y 230, señala que sea la modificación individual o colectiva, mediando acuerdo o no, siempre el *dies a quo* habrá de ser el siguiente a la notificación al trabajador afectado.

²⁵²¹ Véase la STS de 7 de junio de 1.999, Ar 5206, donde señala que “la fecha del escrito en el que se formaliza la declaración de voluntad empresarial de modificación no es necesariamente coincidente con la fecha de recepción real de esa declaración por sus destinatarios, que es la que resulta relevante en orden al cómputo del plazo de caducidad, de acuerdo con el artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores, a tenor del cual «el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas”.

²⁵²² STSJ de Valencia de 16 de septiembre de 1.997, AS 3014.

A partir de ese día comenzará el cómputo del plazo, que si transcurre sin que se ejercite la facultad rescisoria por el trabajador se entenderá que su plazo de ejercicio ha caducado y que el trabajador ya no tiene derecho a la rescisión contractual indemnizada por la implementación de esa modificación sustancial²⁵²³, puesto que, una vez se produce la caducidad, ya no cabe estimar perjuicio alguno para el trabajador toda vez que la modificación y sus efectos se han integrado en el contrato. Como la caducidad beneficia a la empresa ésta deberá probar el momento y la realidad de esa comunicación. A *sensu contrario*, si no se prueba ese momento no podrá alegar caducidad, porque su plazo no ha comenzado a correr²⁵²⁴. Contrariamente, alguna jurisprudencia ha entendido, erróneamente, que el *dies a quo* puede aplazarse hasta la fecha de efectividad de la modificación, sólo con que el trabajador haga constar en la notificación de la modificación su desacuerdo²⁵²⁵, en lo que es una interpretación voluntaristamente tuitiva, o simplemente errónea, tributaria, en el mejor de los casos, de la anterior regulación del plazo de opción, que era de treinta días a partir de la efectividad de la modificación.

En cuanto a la vía que debe seguirse para su ejercicio procesal es, sin duda alguna, el procedimiento ordinario²⁵²⁶.

²⁵²³ Cfr., por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, op. cit., pg. 160. Entre la jurisprudencia puede señalarse, p.e., la STS, unif. de doctrina, de 21 de diciembre de 1.999, Ar 5206, y la STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775.

²⁵²⁴ STS de 7 de junio de 1.999, AS 5206.

²⁵²⁵ STSJ de Madrid de 17 de junio de 1.999, AS 2758, argumentando que “si la opción puede ejercitarse tras la desestimación de la impugnación judicial de la medida impugnatoria (...) -pues ello pugnaría con su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva-, tampoco debemos admitir que se pierda el derecho por la mera circunstancia de que el trabajador aplaze su decisión al momento de la efectividad de la medida, una vez ha mostrado su disconformidad”. Este discurso aparece como más llamativo si se tiene en cuenta que despoja de razón al Juez de instancia por haber tenido el cuenta el plazo de treinta días, puesto que si se usa el de veinte días generalmente aceptado en la jurisdicción la acción habría caducado tanto en la instancia como en el recurso.

²⁵²⁶ Véase, entre otras muchas, p.e. las STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2.003, JUR 160638, de

3.5.4. La resolución contractual *ex artículo 50.1.a) LET*

El artículo 41.3, segundo LET, cuando se refiere a la posibilidad de extinción indemnizada por perjuicio genérico, señala que ésta operará “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1.a)”, donde se dice que serán causa justa por la que el trabajador podrá solicitar la extinción de su contrato “las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad”. Así se configura un supuesto extintivo que no está condicionado a que la modificación afecte a unas determinadas materias, a diferencia del recogido en el 41.3, segundo LET, sino que basta que la modificación pueda calificarse como sustancial²⁵²⁷, aunque, en cambio, sí está sujeto para su materialización a la decisión judicial.

3.5.4.1. Naturaleza jurídica

A diferencia del supuesto de extinción por perjuicio genérico del 41.3 LET, la resolución contractual por perjuicio específico del 50.1.a) sí podría ser considerada, tanto una manifestación del artículo 1.124 del Código civil, como una especificación del supuesto del artículo 49.1.j) LET, que se refiere a la extinción contractual por voluntad del trabajador basada en el incumplimiento previo del empresario. De aquí que los supuestos del artículo 50 LET sean la concreción de esta lógica, en la que las previsiones contenidas en los apartados 1.a) y 1.b) ejemplifican causas concretas, mientras que el 1.c) hace una formulación de carácter general cuando se refiere a cualquier otro incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del

Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406.

²⁵²⁷ la STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621, recuerda que “la resolución del contrato de trabajo por decisión del trabajador contemplada en el artículo 50 del ET no aparece condicionada a una enumeración taxativa de supuestos, sino que comprende todas las modificaciones de las condiciones laborales que reúnan el carácter de sustanciales”

empresario²⁵²⁸, de modo que si estos incumplimientos son graves y culpables podrán fundamentar válidamente la pretensión resolutoria del trabajador²⁵²⁹. Desde un planteamiento similar se ha dicho que el artículo 50 LET constituye un factor de reacción que posibilita la protección del trabajador de los excesos en el ejercicio del poder de dirección, del que se constituye en un claro límite²⁵³⁰.

Sin embargo, no parece que hoy deba mantenerse íntegramente este razonamiento, toda vez que cualquier modificación de las condiciones contractuales no deriva del previo incumplimiento empresarial, sino de la reorganización de los factores productivos para un mejor posicionamiento de la empresa en el mercado, sin que tenga que mediar voluntad incumplidora alguna, sino únicamente el uso de los mecanismos modificativos legales que facultan al empresario para ello²⁵³¹, aunque pueden causar perjuicios al trabajador que deben ser compensados.

Una versión mas ajustada defiende que la idea de incumplimiento contractual está conectada, no tanto con el incumplimiento concreto y el consiguiente desequilibrio prestacional, sino más bien con la corrección o incorrección de la conducta del

²⁵²⁸ En esta lógica, véase SANPEDRO CORRAL, M.: “La extinción causal...”, cit., pg. 37, donde considera que estamos ante una aplicación, en el Derecho del Trabajo, de la facultad de resolución contractual otorgada a los contratantes en supuestos de incumplimiento de obligaciones recíprocas *ex* artículo 1.124 CC. En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia, p.e., STSJ del País Vasco de 9 de julio de 1.998, AS 3803; SSTSJ Cataluña de 19 de julio de 1.997, AS 3563, 14 de junio de 1.997, AS 2453, y 14 de marzo de 1.997, AS 1860.

²⁵²⁹ En esta lógica, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Univ. de Palma de Mallorca, 1.983, pg. 86 y BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pgs. 19 y 34.

²⁵³⁰ En este sentido véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pg. 163, y BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 33.

²⁵³¹ Sobre esta cuestión véase lo razonado *supra*.

empresario, es decir, con el ejercicio de los derechos y facultades que las normas le conceden, de aquí que sólo de modo extensivo quepa hablar de incumplimiento, sin despreñar aquellas situaciones en que si existe incumplimiento abierto por desprecio de lo dispuesto en la norma acerca de las modificaciones sustanciales. De esta manera, lo que se hace es desplazar el criterio delimitador a la licitud o ilicitud de la conducta empresarial²⁵³², pero sin abandonar por completo la referencia del incumplimiento, aunque éste se edulcore bastante²⁵³³, por lo que también debe ser rechazada en parte, puesto que, estando de acuerdo con que la licitud o ilicitud de la modificación sustancial, es decir adopción de la modificación siguiendo o no los trámites del artículo 41 LET, es el criterio diferenciador entre una modificación justificada o injustificada, en ningún caso esa diferenciación implica que el acceso a la acción resolutoria esté vedado en un caso o garantice el éxito de la pretensión en otro.

3.5.4.2. Requisitos para su ejercicio

Para que el trabajador pueda hacer uso de este mecanismo extintivo deben concurrir algunos requisitos, aparte, por supuesto, de que debemos encontrarnos ante una modificación que pueda ser considerada sustancial, puesto que si la modificación no es de carácter sustancial no cabe la apelación al procedimiento resolutorio del artículo 50.1.a) LET²⁵³⁴. El requisito esencial es que esta modificación sustancial perjudique la

²⁵³² En esta línea RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F^a: *La voluntad del trabajador en la extinción...*, cit., pgs. 144, 150 y 151.

²⁵³³ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F^a: *La voluntad del trabajador en la extinción...*, cit., pg. 148, donde opinan que en el artículo 50 LET coexisten dos tipos distintos de causas: “un incumplimiento en sentido estricto [el artículo 50.1 b)] referido al abono del salario, y otros que son más bien defectos de conducta o ejercicio defectuoso de los poderes empresariales”.

²⁵³⁴ Véase, por ejemplo, la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 15 de enero de 1.999, AS 954, cuando dice que “la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo, podrá dar lugar, en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo, asimilado en cuanto a las indemnizaciones que prevé el citado art. 50”; igualmente la STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2.000, AS 1237.

formación profesional o menoscabe la dignidad del trabajador²⁵³⁵, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia²⁵³⁶. Además, alguna doctrina exige igualmente que el perjuicio causado al trabajador derive de una voluntad manifiestamente incumplidora del empresario, aunque esta opinión ni es compartida por todos ni puede ser aceptada, como se expondrá más adelante. En esta lógica, los pronunciamientos jurisdiccionales modernos exigen la necesaria concurrencia de sólo dos requisitos: que la modificación sea sustancial y que perjudique a la formación profesional y la dignidad del trabajador, debiendo concurrir ambas circunstancias²⁵³⁷, en cuyo defecto, si faltan una o las dos, lo único que se puede hacer es aquietarse o impugnar la modificación, pero nunca rescindir ni resolver el contrato indemnizadamente²⁵³⁸.

²⁵³⁵ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo”, cit., pg. 456 y ss., donde se muestra crítico con la aceptación legislativa únicamente de estos supuestos de perjuicio específico, desdeñando otros que pueden ser considerados de igual o mayor incidencia en la situación del trabajador.

²⁵³⁶ Véanse, entre otras, SSTCT 15 de junio de 1.982, RTCT 3626; 27 de octubre de 1.982, RTCT 5754; 3 de mayo de 1.985, RTCT 2915; SSTS 29 de noviembre de 1.982, Ar. 6908; 12 de marzo de 1.984, Ar. 1550; 5 de marzo de 1.985, Ar. 1277; 23 de abril de 1.985, Ar. 1907; 11 de noviembre de 1.985, Ar. 5751; 16 de septiembre de 1.986, Ar. 4983; 24 de noviembre de 1.986, Ar. 6508; 21 de septiembre de 1.987, Ar 6234; 10 de marzo de 1.990, Ar. 2046; 26 de julio de 1.990, Ar. 6483; SSTSJ La Rioja de 10 de marzo de 1.992, AS 1174; Aragón de 22 de mayo de 1.986, AS 2294; de Canarias de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621; Madrid de 24 de enero de 1.997, AS 136, y 2 de junio de 1.997, AS 2348; Galicia de 9 de mayo de 1.997, AS 1666; Cataluña de 19 de julio de 1.997, AS 3563, y 14 de junio de 1.997, AS 2453, de Canarias/Las Palmas, de 15 de enero de 1.999, AS 954, de Cataluña, de 4 de febrero de 2.000, AS 1237, de Madrid de 20 de febrero de 2.001, AS 1647, de Galicia de 14 de julio de 2.003, AS 2.004/985, de Madrid de 26 de noviembre de 2.003, JUR 95803, de Madrid de 18 de febrero de 2.004, JUR 141608, de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 2529, y de Castilla y León/Burgos de 6 de julio de 2.004, AS 2074.

²⁵³⁷ Véase, p.e., en esta lógica la STS de 8 de febrero de 1.993, Ar 749, y la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 15 de enero de 1.999, AS 954, cuando señala que “si no concurre esta doble circunstancia, la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo, podrá dar lugar, en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo, asimilado en cuanto a las indemnizaciones que prevé el citado art. 50”. Igualmente la STSJ de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 2529.

²⁵³⁸ En este sentido la STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2.000, AS 1237, reitera que “la sola y desnuda

No obstante, existe alguna jurisprudencia que cuando habla de la necesaria concurrencia de dos requisitos no se refiere a éstos, sino que erróneamente exige, además del perjuicio a la profesionalidad y dignidad del trabajador, que la modificación sea unilateralmente decidida por el empleador²⁵³⁹. Este modo de interpretar está, evidentemente, superado, puesto que corresponde a la misma lógica que veremos más adelante, aplicable a la anterior redacción del artículo 41, pero no a la actual, toda vez que ahora las modificaciones sustanciales pueden ser tanto unilateralmente decididas por el empresario como acordadas entre la empresa y los representantes de los trabajadores, debiendo, si aceptamos esa lectura, rechazar el ejercicio de la acción resolutoria planteado como reacción a una modificación sustancial producto de un acuerdo de empresa, que también puede, al igual que la unilateralmente decidida, afectar negativamente la formación profesional y la dignidad del trabajador. Lo que aquí subyace es, sin duda alguna, la antigua y superada idea de que sólo las modificaciones unilateralmente decididas, luego ilícitas con la normativa anterior, causan este perjuicio específico, lo que no podría suceder con las convenidas que, por definición, no podían afectar esos valores del trabajador modificado²⁵⁴⁰. Con similar lógica, también hoy inadmisibles, otra doctrina plantea, con idéntica base, que si la modificación se ha llevado a cabo prescindiendo del procedimiento del 41 LET se debe acudir a la vía del 50.1.a), aunque correspondiera la del 41.3, porque se está ante un claro incumplimiento contractual²⁵⁴¹.

modificación sustancial de las condiciones de trabajo podrá dar, en su caso, lugar al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41.3 del ET, pero no a la extinción del contrato”.

²⁵³⁹ Cfr. las SSTSJ de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 2529, de Galicia de 14 de julio de 2.003, AS 2004/985, y de Canarias/Las Palmas, de 15 de enero de 1.999, AS 954

²⁵⁴⁰ Sobre esta cuestión argumentamos más ampliamente *infra*.

²⁵⁴¹ Véase BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato...*, cit., pg. 42.

El primer requisito, la sustancialidad de la modificación, es de una claridad meridiana y no necesita aclaración alguna, mientras que los otros dos sí están necesitados de ello, por lo que haremos algunos comentarios a continuación, sin olvidar que la única referencia legal es a la necesidad de que la modificación perjudique tanto la formación profesional como la dignidad del trabajador, como señala el 50.1 a), al que remite el 41.3 LET. Consecuentemente, las precisiones vienen dadas por la doctrina y la jurisprudencia²⁵⁴².

En cuanto a cuál sea el perjuicio infligido a la formación profesional del trabajador, hay que entender que éste consiste en la obstaculización del ejercicio del derecho establecido con carácter general en los artículos 27 CE y 4.2 b) LET, que se concreta en distintas vertientes. Una, por el artículo 23 LET en la obtención de formación fuera de la empresa, es decir, el disfrute de permisos por exámenes, elección de turno de trabajo adecuado al curso regular de estudios, adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional, y permiso de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo²⁵⁴³. Además, debe entenderse incluido, dentro de este concepto de formación profesional, el derecho a la ocupación efectiva del trabajador, relacionada directamente con el 10.1 CE y 4.2, a) LET, como acertadamente entiende la doctrina judicial, y la promoción profesional en

²⁵⁴² La STSJ de Cantabria de 28 de junio de 2.002, AS 1885, exige para que se produzca el efecto indemnizatorio aludido, “que el cambio introducido lo sea en detrimento de la formación profesional o de la dignidad del trabajador, no pudiéndose incluir simples modificaciones accidentales, manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi” que compete a la empresa [artículo 5.c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores]”.

²⁵⁴³ Cfr. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F.: “Sobre el contenido del deber de formación profesional del empresario”, en AA.VV. *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, coords.), MTSS, Madrid, 1.987, pg. 243 y ss., donde señala que esta concreción del artículo 23 LET puede calificarse como incompleta e insuficiente por no imponer al empresario “obligación alguna en orden a proporcionar tal formación”.

la empresa, es decir el derecho de los trabajadores a la promoción dentro de la empresa²⁵⁴⁴.

Esta interpretación de lo que sea formación profesional es, precisamente, la que se reconoce como tal en los demandas de resolución *ex* 50.1.a) LET. Ahora bien, en cualquier caso, sólo se considera perjuicio específico aquel que, por su gravedad, está proporcionado con la reacción extintiva a que ha dado lugar, no admitiéndose como suficiente la mera contrariedad en el proyecto profesional²⁵⁴⁵ o la disconformidad con el cambio²⁵⁴⁶, aunque sí la degradación profesional, es decir la movilidad funcional

²⁵⁴⁴ Como señala la STSJ Madrid, de 24 de enero de 1.997, AS 136, este derecho o “profesionalidad”, queda afectado desde el momento en que la modificación sustancial afecta al grupo o a la categoría profesional desempeñada, al implicar un retroceso en la formación profesional del trabajador que permite su inclusión en las previsiones del artículo 50.1.a) LET. Igualmente, SSTSJ de Cataluña de 14 de junio de 1.997, AS 2453, y 19 de julio de 1.997, AS 3563.

²⁵⁴⁵ Véase, en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones...”, cit., pg. 32. Mantiene, en cambio, una posición contraria MIRÓN HERNÁNDEZ, M^a.M.: “Vías de tutela de los derechos del trabajador afectado por modificaciones funcionales de carácter sustancial. Tratamiento convencional y jurisprudencial”, en AA.VV., *La modificación del contrato de trabajo* (V. MARTÍNEZ ABASCAL, coord.), *Ibidem*, Madrid, 1.997, pg. 196, cuando opina que se debe entender *iuris et de iure* que una modificación sustancial de funciones siempre se acompaña de un perjuicio a la formación profesional del trabajador.

En cuanto a las decisiones judiciales pueden señalarse, entre otras, las SSTS de 21 de septiembre de 1990, Ar 6899, de 13 de marzo de 1.991, Ar 1853, y de 8. febrero de 1.993, Ar 749, de 18 de marzo de 1.996, Ar 2082, y de 18 de julio de 1.996, Ar 6165, y la STSJ de Cantabria de 30 de diciembre de 1.995, AS 4647. Más recientes y manteniendo igual doctrina las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2.001, JUR 206737, y de Cataluña de 4 de febrero de 2.000, AS 1237, señalan que la modificación “ha de ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión”; igualmente la STSJ de Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947: el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, ha de hacer referencia a una parte esencial de lo pactado, y ha de ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión”.

²⁵⁴⁶ En esta lógica, la STS 3 de diciembre de 1.990, Ar 9748: “es cierto que en muchas ocasiones (...) el cambio de puesto puede no ser deseado por el trabajador, por el coste de adaptación al nuevo destino o

descendente²⁵⁴⁷, al igual que la falta de respeto del grupo o categoría profesional²⁵⁴⁸, que son los supuestos a que hace referencia el 39.5 LET, que perjudican con suma

por la pérdida de unas u otras ventajas materiales o inmateriales. Pero esta resistencia, y la propia eventualidad de la dificultad de adaptación al nuevo puesto no son suficientes para fundamentar la acción resolutoria”.

²⁵⁴⁷ Entre los muchos pronunciamientos existentes pueden verse, p.e., la STSJ de Madrid de 30 de abril de 1.996, AS 2042, que admite perjuicio a la formación profesional por encomendar “una función inferior a la antes realizada, siendo la última efectuada de escasa relevancia no ya para quien ostentó un cargo de responsabilidad y confianza cuyo ejercicio mereció felicitaciones, sino específicamente para quien había consolidado la categoría de Jefe de 2ª, ello aparte de la importante pérdida económica sufrida no suficientemente justificada”; con igual planteamiento la STSJ de Madrid de 7 de julio de 1.997, AS 2713. También la STSJ de Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496, admite la resolución, aunque se ha respetado la retribución del trabajador destinado a funciones inferiores, puesto que “pone en entredicho su capacidad para continuar en el desempeño de funciones de mayor categoría y responsabilidad, pues perjudica su formación profesional en la medida que se le asignan funciones que, lejos de potenciar sus cualidades profesionales, viene a degradárselas, sin que sea preciso, a estos efectos, que los potenciales perjuicios que conlleva hayan quedado definitivamente consumados”.

Igualmente las SSTSJ de Madrid de 18 de febrero de 2.004, JUR 141608, por cambio “de jefe de equipo de promociones y responsable y responsable de la comercialización inmobiliaria a responsable comercial de la oficina de ventas” con disminución salarial del 50% y modificación de horario; de Baleares de 18 de julio de 2.002, AS 3062: “de encargado, ocupándose además de aspectos administrativos-burocráticos se le cambia la categoría a conductor-limpiador-cerrajero” y “se mantiene categoría y salario de encargado aunque sólo se le encargaban trabajos de operario”; de Madrid de 20 de febrero de 2.001, AS 1647, dice que “redundando tales modificaciones en perjuicio de la formación profesional de la actora, al alejarlo por completo de sus funciones de responsabilidad, debiendo prosperar por tanto su solicitud de extinción de su contrato de trabajo a la luz de lo dispuesto en el artículo 50.1.a) del ET”, por cambio de tareas “para realizar funciones de auxiliar administrativas simples”.

En una línea similar, otras decisiones judiciales defienden que siempre que concurren la modificación de funciones fuera del grupo profesional y una disminución salarial debe apreciarse el perjuicio a la formación profesional, como la STCT 11 de diciembre de 1.984, RTCT 9541, SSTSJ de Cataluña de 18 de marzo de 1.996, AS 1888; 29 de abril de 1.996, AS 2131; 14 de junio de 1.997, AS 2453, y 19 de julio de 1.997, AS 3563; de Madrid de 24 de enero de 1.997, AS 136 y 17 de junio de 1.997, AS 2135. Todos estos pronunciamientos lo que hacen es seguir la doctrina sentada por las STS de 21 de marzo de 1989, Ar 1905, de 27 de enero de 1990, Ar 800, y de 3 de diciembre de 1.990, Ar 9748, entendiendo que “el

facilidad tanto la profesionalidad como la dignidad del trabajador cuando sobrepasan el mandato del 39.3 LET²⁵⁴⁹, al igual que sucede con la falta de ocupación efectiva, que asimismo afecta a ambos valores²⁵⁵⁰.

perjuicio a la formación profesional que puede justificar la resolución del contrato de trabajo es, según jurisprudencia reiterada de la Sala, el que deriva de la degradación profesional”.

²⁵⁴⁸ A este propósito la STS de 3 de diciembre de 1.990, Ar 9748, señala que “no cabe reconocer tal causa resolutoria en los supuestos de movilidad “horizontal” o cambio de un puesto de trabajo a otro del mismo grupo o categoría profesional”. Igualmente STSJ de Murcia de 16 de enero de 2.001, AS 303, señala con respecto a un cambio “de jefe de departamento de caja a jefe en el área de perfumería” que “se viene a concluir que sus funciones actuales son equivalentes, pero en otra área”, modificación motivada por un “un cambio en el organigrama o una reestructuración [que] está en relación con la mejor gestión de la actividad de una empresa”, concluyendo que no se estima el perjuicio de la formación profesional ni la dignidad.

²⁵⁴⁹ Cfr., p.e., la STSJ de Madrid de 14 de julio de 1.997, AS 2633, argumentando que “el respeto al grupo profesional no es el único límite que contempla el artículo 39 ET, ya que su apartado 3 establece que la movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional”, por lo que si éstas “resultan fuertemente atacadas (...) ello implicaría la “carga excesivamente onerosa” perfilada por la jurisprudencia y habilitadora de la resolución del vínculo”.

En similar lógica, la STSJ de Madrid 7 de julio de 1.997, AS 2713, señala igualmente que el límite a la movilidad dentro del grupo es el respeto a la formación y promoción profesional y a la dignidad del trabajador, contemplando un cambio de funciones de “maestro de taller, técnico FP II Nivel III a la educador, con la indudable repercusión en su formación y promoción profesional, a lo que se adicionaron los cambios sustanciales relativos a la minoración, en un 50% de jornada y salarios que igualmente se proyectan en el concepto de menoscabo y onerosa carga que perfila la jurisprudencia para justificar la ruptura del vínculo laboral y el éxito de la acción interpuesta al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁵⁵⁰ Claramente se posicionan en este sentido las STS de 11 de octubre de 1989, Ar 7167, y de 3 de diciembre de 1.990, Ar 9748, cuando afirman que “el perjuicio a la formación profesional que puede justificar la resolución del contrato de trabajo es, según jurisprudencia reiterada de la Sala, el que deriva de la degradación profesional o de la infracción prolongada del deber de ocupación efectiva”.

Lógicamente, este perjuicio también puede derivar de la modificación sustancial del sistema organizativo de la empresa y de los métodos de trabajo empleados, que tienen una indudable repercusión en el rendimiento y en el salario del trabajador²⁵⁵¹, y que suelen concretarse en cambios de métodos de trabajo, de turnos y horarios, de jornada y de sistemas de primas e incentivos, es decir de remuneración que, en principio, parecen afectar, si acaso, mas a la formación profesional que a la dignidad del trabajador, al menos por sí solos, salvo que estos cambios vengán acompañados de algunas otras acciones, como un cambio de funciones o de puesto de trabajo, que sí repercutan en las posibilidades de promoción profesional, como podría suceder si, a consecuencia de esta modificación, el trabajador no puede continuar con sus estudios para conseguir un título académico o profesional o, incluso, asistir a cursos de formación o perfeccionamiento profesional²⁵⁵², sobre todo teniendo en cuenta el derecho preferencial a la elección de turno y a la adaptación de horarios que concede el 23.1, a) y b) LET. De aquí que su violación se haya admitido como lesiva para el derecho a la promoción profesional, argumentando que el empresario debe respetar ese derecho, aunque sea ajeno al estricto ámbito contractual, y compatibilizarlo con las necesidades organizativas de la empresa²⁵⁵³, aunque no todos los pronunciamientos así lo admiten²⁵⁵⁴.

²⁵⁵¹ Dentro de estos métodos organizativos de la empresa y la producción se pueden señalar la implantación o revisión de sistemas de valoración de puestos de trabajo, de estudios de tiempos y métodos de trabajo, de sistemas de remuneración por primas o incentivos. Sobre esta cuestión véase más ampliamente *supra*.

²⁵⁵² En esta lógica, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa....*”, cit., pg. 35 y 36.

²⁵⁵³ Véase DE MIGUEL LORENZO, A. M^a: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, cit., pgs. 66 y 67, donde cita la STSJ de Galicia de 10 de abril de 1.991, (AL núm. 36/1.991, marg. 879) donde la modificación horaria impedía al trabajador realizar la labor de apostolado, así como matricularse en cursos de Teología.

²⁵⁵⁴ P.e., la STSJ de Galicia de 15 de octubre de 1.998, AS 2972, no admite la resolución ex 50.1.a) instada a raíz de un cambio de turno de mañana al de tarde argumentando que “ese cambio de turno en nada afecta a la formación profesional de una trabajadora con la categoría de limpiadora, sin que la circunstancia de que la actora dedicase las tardes al estudio para obtener el título de Técnico de

En cambio, el menoscabo de la dignidad del trabajador suele apreciarse en aquellos casos en los que es objeto de un trato discriminatorio o humillante, puesto que, como recuerda el artículo 4.2,c) LET, el trabajador tiene derecho a la consideración debida a su dignidad dentro de la relación de trabajo, es decir, al “respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional”²⁵⁵⁵, teniendo en cuenta, además, que el derecho a la propia imagen también forma parte de la misma²⁵⁵⁶. Igualmente, de la dignidad de la persona derivan también el derecho a la intimidad, artículos 18 CE y 4.2 e) LET, a la protección de la salud, artículos 40 CE y 4.2 d) LET, y a la integridad física y moral, artículo 4.2 d) LET, sin que deba olvidarse que el Tribunal Constitucional ha precisado que “la dignidad ha de permanecer

laboratorio, habiendo conseguido con anterioridad el de Auxiliar de enfermería, influya para nada en la cuestión debatida en autos, ya que no afecta a su relación laboral con la empresa, ni puede limitar las facultades organizativas del empresario”.

²⁵⁵⁵ Resulta muy clarificador el pronunciamiento que hace la STSJ Cataluña de 15 de junio de 1.995, AS 2396, cuando afirma que “la dignidad del trabajador equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, se provoque un menoscabo en este respeto, privándole de posibilidades de acción, o aún en casos extremos de signos externos del cargo, que puedan crear en los demás una impresión de caída en desgracia, combinada con el hecho de la degradación efectiva”. Igualmente, la STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621, señala que “con referencia a la dignidad del trabajador [la modificación] ha de significar una ofensa a su honorabilidad y al valor de sí mismo tenga o ante los demás logre y comprenda cualquier deterioro del prestigio personal, laboral, social o económico”, al igual que las SSTSJ 14 de marzo de 1.997, AS 1860; 14 de junio de 1.997, AS 2453; 19 de julio de 1.997, AS 3563, y Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496, y de 18 de octubre de 1.994, AS 3766. Aplicando esta forma de entender la afectación a la dignidad, p.e., la STSJ Madrid de 14 de enero de 1.997, AS 136, considera “evidente que se ha producido el menoscabo que exige el precepto, por lo que supone de ataque al respeto que merece el trabajador ante sus compañeros, y ante sus jefes como profesional, al haber pasado a realizar funciones de inferior categoría”.

²⁵⁵⁶ Como señala la STCo 99/1.994, de 11 de abril (BOE de 17 de mayo de 1.994, “el derecho a la propia imagen, consagrado en el artículo 18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona”.

inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre”, puesto que ésta constituye “un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”²⁵⁵⁷. En esta lógica puede equipararse la dignidad con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador dentro de la empresa²⁵⁵⁸.

De aquí que se considere que menoscaba esta dignidad el mantenimiento del trabajador sin ocupación efectiva durante la totalidad o gran parte de la jornada²⁵⁵⁹, con alguna excepción si es temporal y motivada por una estructuración empresarial razonablemente justificada²⁵⁶⁰, o la degradación efectiva del trabajador²⁵⁶¹, sola o en combinación con la

²⁵⁵⁷ Véase STCo. 120/1990.

²⁵⁵⁸ Sobre esta cuestión puede verse, p.e., MARTÍN VALVERDE, A.: “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, en Rev. de Derecho Social, núm. 6/1.999, y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, AL, t. I/2.000.

²⁵⁵⁹ La STSJ de Galicia de 9 de mayo de 1.997, AS 1666, lo admite cuando se mantiene al trabajador “sin proporcionarle ocupación efectiva durante la mayor parte de su jornada laboral”, situación que entiende “comporta una abierta lesión a la consideración debida a su dignidad”. Igualmente la STSJ de Madrid de 1 de junio de 2.004, AS 2529, entiende que “no se le da ocupación efectiva” cuando “de jefa de la asesoría jurídica pasa a desarrollar únicamente actividades de trámite y se le ha retirado documentación y asuntos encomendados, se quitan las claves de la caja fuerte, etc.”.

²⁵⁶⁰ En este sentido la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1.997, AS 3562.

²⁵⁶¹ En esta forma de entender la afectación a la dignidad, véase, p.e., la STSJ de Cataluña de 15 de junio de 1.995, AS 2396, que admite su existencia cuando el trabajador pasa “de las funciones de jefe de taller con mando efectivo sobre los demás trabajadores, a la de obrero en una máquina de impresión, aunque se le den órdenes de auxiliar y asesorar al nuevo jefe de taller, supone colocar al demandante en una situación frente a sus compañeros y a los propios directivos de la empresa que ha de ser calificada como vejatoria y por lo tanto razón suficiente para la resolución del contrato”, o la STSJ Madrid de 14 de enero de 1.997, AS 136, que juzga “evidente que se ha producido el menoscabo que exige el precepto, por lo que supone de ataque al respeto que merece el trabajador ante sus compañeros, y ante sus jefes como

imposición de otras condiciones vejatorias²⁵⁶², como la pérdida de signos externos del cargo que puedan crear en los demás una impresión de caída en desgracia²⁵⁶³, con

profesional, al haber pasado a realizar funciones de inferior categoría y nivel”, concretados en pasar al trabajador de controlador de calidad a operario de la cadena de montaje; igualmente STSJ de Canarias/Las Palmas, de 15 de enero de 1.999, AS 954, o la STSJ de Madrid, de 18 de febrero de 2.003, AS 134, que la admite cuando de responsable comercial de la empresa se pasa a responsable comercial de oficina con disminución salarial y modificación de horario, de continuado a partido, o la STSJ de Galicia de 14 de julio de 2.003, AS 2004/985, que contempla el caso de un director de periódico degradado a responsable de sección.

Especialmente clarificadora es la STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2.003, AS 670, que juzga el caso de un jefe de área de composición en el grupo editorial La Vanguardia que pasa a recopilar noticias antiguas e introducirlas personalmente en el ordenador, como hacía un teclista oficial de 1º, al que ha sustituido, señalando que “lo ocurrido en este caso es que la modificación de condiciones cambiando horario, lugar de trabajo, etc. (vacío....)con repercusión económica notable, es el medio y corolario de la “política” seguida por la empresa hacia el actor. Acciones que tienen su inicio casi un año antes.... y desde luego abundan en la evidencia de que persiste la voluntad empresarial de presionar al actor, que se ve constreñido a soportar que se le haga el vacío por parte de los directivos, con consentimiento de la empresa, que se prescindiera de sus servicios, que se le ponga a copiar artículos, a las órdenes de quienes fueron sus subordinados..... Por ello entendemos que los cambios que se produjeron configuran el acoso sobre el trabajador y hubo efectivamente un menoscabo en su dignidad”, a lo que añade que se “califica en los fundamentos la concurrencia de una presión sutil y sistemática sobre el señor LL con comportamientos de violencia psicológica prolongándose durante meses y que han consistido en comentarios y manifestaciones desagradables respecto de su persona, desautorización pública de sus funciones, y finalmente se le degrada encomendándole funciones propias de un oficial primero teclista bajo las órdenes de una persona que había sido subordinado suyo”.

²⁵⁶² Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid, de 1 de septiembre de 1.996, Al, t. I/1.997,, ref. 283, entiende concurrente el atentado contra la dignidad del trabajador cuando a éste, jefe administrativo, se le cambia su puesto a un cuarto de almacén y se le asignan, además, “tareas propias de peón de almacén como puede ser la carga y descarga de camiones”, entre otras condiciones vejatorias, aparte de que la medida “no ha sido justificada por la empresa”, al igual que la STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2.000, AS 5259, que contempla el caso de un vendedor destinado a un centro sin apenas funciones, higiene del local y material insuficientes, y disminución de salarios, de donde estima que además del cambio de centro y el perjuicio económico existen “condiciones vejatorias”.

²⁵⁶³ La STSJ Cataluña de 15 de junio de 1.995, AS 2396, afirma que estamos ante esta situación cuando

alguna excepción si la modificación funcional descendente es temporal o responde a una necesidad concreta²⁵⁶⁴. Normalmente, en la práctica estas situaciones suelen ir unidas a la existencia de una situación depresiva en el trabajador afectado, aunque su presencia no supone la aceptación automática del perjuicio a la dignidad, aunque posiblemente sí coadyuve a ello²⁵⁶⁵.

En cambio, no implica menoscabo de la dignidad la revocación de un nombramiento de puesto de confianza, siempre que se mantenga la categoría profesional de origen, aunque esto implique una disminución de ingresos al perder el complemento correspondiente al desempeño del cargo²⁵⁶⁶, puesto que el cese en estos cargos no

se priva al trabajador de “posibilidades de acción, o aún en casos extremos de signos externos del cargo, que puedan crear en los demás una impresión de caída en desgracia, combinada con el hecho de la degradación efectiva”. En similar lógica las SSTSJ de Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496, y de Cataluña de 14 de marzo de 1.997, AS 1860, de 14 de junio de 1.997, AS 2453, 19 de julio de 1.997, AS 3563.

²⁵⁶⁴ En esta lógica la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de diciembre de 2.003, AS 1449, cuando dice que “en realidad toda modificación en sentido descendente resulta de afectación al desarrollo profesional de un trabajador, salvo que éstas sean puntuales temporalmente o respondan a una necesidad u objetivo concreto, pero cuando tales modificaciones implican un cambio de actividad relevante (...) es evidente que se está afectando a la capacidad profesional del trabajador”.

²⁵⁶⁵ No se acepta la existencia de perjuicio, a pesar de que el trabajador estaba aquejado de “depresión, estado de ansiedad, agorafobia” por la STSJ de Castilla y León/Burgos de 6 de julio de 2.004, AS 2074, o de padecer “trastorno depresivo severo” por la STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de octubre de 2.004, JUR 140106, entre otras.

²⁵⁶⁶ La STSJ de Galicia de 25 de junio de 2.003, AS 3792, no entiende concurrente el perjuicio específico en un supuesto de cambio de jefa de personal a oficial 1ª administrativa con pérdida del complemento de puesto de trabajo y cambio de horario, puesto que “la condición jefa de personal... su propia denominación y la finalidad a que obedece revelan su naturaleza de puesto de trabajo o cargo de confianza y, en cuanto tal, subordinado exclusivamente a la discrecionalidad de la empresa en todas sus circunstancias (elección, cese, tiempo de trabajo o remuneración) y en ejercicio legítimo y efectivo de las facultades de dirección y organización que le atribuye el artículo 20 ET”. Con igual planteamiento, la STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2.001, AS 1647, considerando un caso en que el trabajador cesa “como gerente, cargo de confianza, aunque estaba contratada como jefe de sección administrativo y deja

implica un perjuicio de la profesionalidad o la dignidad del trabajador, “aún cuando éste pueda sentirse desautorizado ante sus compañeros o terceros”, de acuerdo con una jurisprudencia generalmente aceptada²⁵⁶⁷, aunque con alguna excepción²⁵⁶⁸; igualmente

de percibir el complemento personal correspondiente” para pasar a “realizar funciones de auxiliar administrativas simples”, resuelve que “aunque es lícita su remoción del cargo de confianza y la pérdida del complemento correspondiente, ha de respetarse su categoría y no se le pueden encomendar trabajos ajenos a la misma como son los aludidos”.

²⁵⁶⁷ En esta lógica, las STS de 18 de septiembre de 1.981, Ar 3428, de 30 de septiembre de 1.987, Ar 6438, de 12 de febrero de 1990, Ar 903, de 9 de abril de 1.990, Ar 3433, y de 3 de diciembre de 1.990, Ar 9748, señala que “en cuanto al menoscabo de la dignidad del trabajador, que se derivaría, en su opinión, de la pérdida de sus atribuciones de mando sobre personal, la doctrina sentada en esta sentencia (...) afirma la facultad empresarial de designar a unas u otras personas para el desempeño de los puestos ejecutivos o de responsabilidad, sin que las resultantes pérdidas de atribuciones o sujeción a dependencia jerárquica distinta constituyan por sí mismas conducta vejatoria”.

²⁵⁶⁸ P.e. la STSJ de Canarias/Las Palmas de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621, en una situación en que había dos jefes de cocina, uno de ellos coordinador-jefe, se cambia el coordinador y aunque siguen los dos siendo jefes de cocina se estima que aunque “es cierto que el cargo o puesto de coordinador de la cocina puede ser calificado como un puesto de confianza, toda vez que es la empresa la que unilateralmente decide quién debe desempeñarla, ello no quiere decir que, la empresa pueda unilateralmente cesar en tal puesto al citado trabajador, por cuanto no ha alegado y probado causa alguna (nueva organización de la empresa) que justifique la renovación”. Este razonamiento, que la jurisprudencia más reciente no sigue, continúa afirmando que “tal remoción supone una modificación no sólo sustancial sino que altera el área profesional y atentado a su valoración y consideración individual y social, ya que después de haber ocupado un puesto de relevancia, responsabilidad y alta consideración en el seno de la empresa, vió reducida la franja de actividad, en perjuicio de la consideración social que el demandante pudo tener, aspecto tan relevante en la proyección humana, tanto a nivel individual como colectivo”. En similar lógica, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 14 de marzo de 1.997, AS 666, con respecto a un jefe de animación al que se deja como animador y se contrata otra persona como jefe, sin alegar ni demostrar la existencia de causa organizativa alguna para ello.

Igualmente rechaza ese planteamiento la STS de Madrid de 26 de noviembre de 2.003, JUR 95803, al considerar que el “cese en puesto de confianza, de encargado general a uno de los siete encargados que antes coordinaba, y al rechazarlo, después a oficial 1º (...) ha menoscabado la dignidad del actor al verse convertido en un trabajador más y bajo la supervisión de un antiguo subalterno”, concluyendo que “tal cambio redundaría en perjuicio de la formación profesional del actor al ser inferior a su categoría la nueva

se considera rechazable la resolución fundamentada en el cambio de departamento o centro de trabajo sin modificación de la categoría profesional ni de retribuciones²⁵⁶⁹, el nombramiento de un cargo de nivel superior, sino supone afectación de la categoría, funciones o salario del resto de los trabajadores²⁵⁷⁰, la disminución de funciones²⁵⁷¹ o la asignación de tareas residuales o auxiliares si derivan de una reestructuración empresarial justificada causalmente²⁵⁷² o, sencillamente, si el perjuicio, a pesar de

labor encomendada y menoscabada su dignidad cuando hoy depende de quién antes era su subordinado”.

²⁵⁶⁹ En este sentido la STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de octubre de 2.004, JUR 140106, considera que aunque existe modificación sustancial, esta es de una “gravedad insuficiente para justificar la resolución contractual”, en un supuesto en que un director de sucursal de una aseguradora es desplazado de Algeciras a Jerez de la Frontera, sin cambio de estatus en la empresa ni disminución en las percepciones económicas, a pesar de que la modificación le provocó “baja médica con trastorno depresivo severo”.

²⁵⁷⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, núm. 4, de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049, donde se rechaza la resolución contractual pedida por una encargada de tienda cuando se nombra por la empresa un encargado general que coordina todos los encargados de tienda, cargos todos previstos en el convenio aplicable.

²⁵⁷¹ La STSJ de Aragón de 30 de mayo de 2.001, JUR 191390, contempla una “reorganización administrativa en que se disminuyen funciones por disminuir los cargos a los que servía de secretaria, cobrando igual y manteniendo igual rango”, no admitiéndose la resolución puesto que “no se ha acreditado una inmotivada modificación funcional, que desborde las facultades empresariales, con ocasión del traslado de oficinas; ni menos, que haya incidido en perjuicio de la formación o dignidad de la demandante; ya que, en definitiva -con los datos de hecho fijados- sus funciones se conservan dentro de su rango que es lo relevante”.

²⁵⁷² Cfr. la STSJ de Comunidad Valenciana de 29 de diciembre de 2.003, AS 1449, cuando aclara que “en realidad toda modificación en sentido descendente resulta de afectación al desarrollo profesional de un trabajador, salvo que éstas sean puntuales temporalmente o respondan a una necesidad u objetivo concreto”. En esta línea, STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1.998, AS 2484, citando la STS de 26 de septiembre de 1.990, Ar 7050, y la STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 1.997, AS 3517, que se refiere a un trabajador con la categoría de oficial administrativo al que paulatinamente se le van asignado funciones de almacenero durante la mayor parte de la jornada, aunque continúa realizando tareas administrativas, hasta que éstas se suprimieron a raíz de la informatización de la empresa, aunque con mantenimiento de la categoría y retribución inicial.

existir, no es de la gravedad suficiente²⁵⁷³. Si se observa, tanto en lo que se refiere a la afectación de la dignidad, como de la profesionalidad del trabajador, que uno de los criterios claves para entenderlas afectadas o no reside en el mantenimiento de la categoría²⁵⁷⁴ y del nivel salarial del trabajador²⁵⁷⁵, entendiéndose erróneamente que si estos se mantienen no se ven afectados esos derechos, que sin duda se pueden ver dañados aunque se les mantenga nominalmente la categoría y el salario, de lo que es claro ejemplo la falta de ocupación efectiva²⁵⁷⁶.

El patrón de bastantes de los supuestos es el del trabajador con responsabilidad de un departamento que, por enfermedad, por embarazo o por cuidado de hijos²⁵⁷⁷, se ausenta

²⁵⁷³ La STSJ de Castilla y León/Burgos de 6 de julio de 2.004, AS 2074, no admite de suficiente gravedad, para un “profesor coordinador de deportes municipal” la “modificación de horario, de fijo vespertino y flexible matutino a fijo mañana y tarde. Y supresión del complemento de productividad” que le ha provocado “depresión, estado de ansiedad, agorafobia” y pide, además de la extinción contractual del 50.1, a), 15.000 € por daños morales, porque “en ninguna de las dos conductas constan datos que permitan considerar un ánimo humillante o degradante para el trabajador” y “los hechos probados (...) no son, individualmente considerados, susceptibles de ser calificados como atentatorios contra la dignidad del demandante, como tampoco pueda entenderse como constitutiva de mobbing”.

²⁵⁷⁴ Véase la STSJ de Aragón de 30 de mayo de 2.001, JUR 191390: “en definitiva -con los datos de hecho fijados- sus funciones se conservan dentro de su rango que es lo relevante”.

²⁵⁷⁵ La STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2.000, JUR 250412, señala que “la modificación de funciones del actor ha consistido en el encargo de funciones colaterales a las que venía desempeñando, aunque sean de inferior cualificación, y que dicho cambio ha resultado la consecuencia de un proceso de remodelación de la empresa que ha conllevado al práctico desmantelamiento del centro de trabajo donde el actor prestaba sus servicios, con una sustancial reducción del número de personas que prestan allí sus funciones, por ello concluye que al haber respetado la categoría y sueldo del trabajador y no afectar a su dignidad, no debe darse lugar a la extinción solicitada”.

²⁵⁷⁶ Igualmente en esta lógica, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit. pg. 57.

²⁵⁷⁷ Un ejemplo típico es el resuelto por la STSJ Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2.001, JUR 206737: “La demandante dentro de la empresa era la primera responsable del Laboratorio de pavimento,

del trabajo durante largos períodos de tiempo, que llegan a superar el año, y cuando vuelve se encuentra que la empresa ha tenido que seguir manteniendo su estructura productiva y organizativa en su ausencia, lo que ha llevado a que, normalmente, un antiguo subordinado ocupe su lugar en el organigrama productivo, porque la estructura organizativa exigía un responsable en ese puesto.

La secuencia lógica subsiguiente es que si el sustituto no sólo desempeña sus nuevas funciones satisfactoriamente sino que, además, con el transcurrir del tiempo adquiere el derecho a consolidar el ascenso, la empresa se encuentra con dos responsables, un solo puesto y ninguna solución completamente satisfactoria para las expectativas y derechos de ambos trabajadores. Si opta por la reincorporación del antiguo responsable, el nuevo interpondrá la correspondiente demanda en defensa de su derecho, mientras que si opta por el nuevo la empresa se ve igualmente abocada, en la mayoría de los supuestos, a verse demandada para resolver el contrato a través del 50.1.a) LET por conculcar la profesionalidad y dignidad del trabajador, aunque esta sea la opción organizativamente más lógica en bastantes ocasiones, puesto que la empresa debe poder contar siempre con trabajadores dispuestos a asumir responsabilidades, que no existirían si cuando se

laboratorio que junto a dos más, estaba integrado en el Laboratorio de desarrollos y asistencia técnica, del cual era responsable otra persona, teniendo el laboratorio de pavimento una plantilla de 17 trabajadores, cuyo trabajo, dirigía, organizaba y coordinaba la actora, con responsabilidad en cuestiones de personal, tales como vacaciones, llevando a cabo el programa de tareas de productividad, rellenando los formularios de las cuestiones de Seguridad e Higiene del Laboratorio donde anotaba las incidencias, realizando tareas del programa de Diseño y asistiendo a reuniones y a cursos de formación”. Posteriormente, “en fecha 1 de Marzo de 2000 la empresa y la trabajadora acordaron, debido a la necesidad de cuidar a su hijo, que la jornada laboral de esta a partir de ese momento, sería del 50% con la retribución correspondiente a esta jornada, teniendo efecto esa reducción hasta el 31 de Diciembre de 2001, fecha a partir de la cual, se reintegrará a la jornada y retribución correspondiente a la misma”. Frente a esta situación la empresa reacciona modificando las condiciones contractuales de la trabajadora que pasa “a desempeñar las mismas funciones que los demás (...) con absoluta marginación de las responsabilidades que antes asumía”, lo que es calificado judicialmente como un perjuicio profesional provocado “en base a una situación meramente coyuntural, que hubiera permitido la negociación entre las partes, dada la causa que motivó la disminución de jornada de la actora, o el mantenimiento de la situación hasta la fecha, ya pasada, de primero de enero del 2001”.

presenta la oportunidad de demostrar su valía ésta acaba en un retroceso profesional y vuelta a los orígenes, aunque se haya estado a la altura de las circunstancias o se hayan superado las expectativas puestas en él, en un pleito o en una pérdida del empleo, como sería el caso si se acude, como podría suceder, a la resolución contractual del 50.1.a), salvo pacto expreso antes de asumir la responsabilidad del cargo en el sentido de retorno al puesto de origen a la vuelta del ausente²⁵⁷⁸. De aquí que no se deba perder de vista que en estas situaciones existe un tercero cuyos derechos también deben ser salvaguardados, lo que se suele olvidar.

Evidentemente, hay soluciones salomónicas, respetarles la categoría y compartir el cargo entre ambos, que no siempre satisfacen a todos²⁵⁷⁹, sin olvidar que, a lo mejor, la empresa no puede o no quiere aumentar sus costes de personal, manteniendo dos jefes con sus correspondientes emolumentos, cuando sólo es necesario uno de ellos, especialmente si percibe como una cierta dejación de responsabilidades, por muy justificada y legal que sea, tan prolongada ausencia. Y esta interpretación no debe ser repudiada *a priori*, puesto que la empresa actúa de acuerdo a los requerimientos organizativos de su estructura productiva y a su lógica interna de persecución de la eficacia en el uso de los factores productivos, que en última instancia podemos remontar al expreso mandato de búsqueda de la productividad del 38 CE. Por otra parte, el trabajador dispone de unos mecanismos legales para hacer frente a esa modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, entre ellos la resolución contractual del 50 LET y, en su caso, el posible acrecentamiento de la indemnización tasada, si esta modificación se lleva a cabo prescindiendo completamente del procedimiento del artículo 41. Desde esta lógica, la situación es perfectamente asumible por la empresa, que calcula que opción le es más rentable en términos organizativos y económicos, y

²⁵⁷⁸ El artículo 39.4 LET se refiere a que “el trabajador podrá reclamar el ascenso” si esta movilidad funcional supera los seis meses durante un año o los ocho en un período de dos, pero no obliga a ello, con lo que no debe haber problema alguno en que se pueda pactar el retroceso al puesto de origen.

²⁵⁷⁹ Véase, p.e., la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1.997, AS 3563, donde se rechaza la resolución *ex* 50.1.a) LET solicitada por el encargado que, tras una ausencia por enfermedad común de año y medio, debe compartir el puesto de encargado con el otro trabajador al que la empresa había asignado esa función durante la ausencia del primero.

por el trabajador que dispone de un abanico de alternativas de reacción aunque acaben algunas con la extinción indemnizada de la relación laboral.

Otro grupo de supuestos es el que agrupa a aquellos que han sido ascendidos hasta su nivel de incompetencia o que, por error de valoración, han sido contratados esperando una determinada respuesta que no están en condiciones de dar. En estas situaciones la mejor opción organizativa, si se quiere mantener la vida del contrato, es modificar sus funciones y encargarles otras más acordes con sus capacidades, aptitudes y motivaciones. En caso contrario, la única alternativa empresarial y organizativamente válida sería la extinción contractual, que parece siempre más desfavorable para el trabajador. Ahora bien, en estos casos parece excesiva la equiparación indemnizatoria con el despido improcedente, pudiéndose asimilar más justamente esta situación con la del despido objetivo, puesto que se basa en una realidad objetiva, la incapacidad profesional del trabajador en su nuevo puesto. El problema será, evidentemente, la demostración de esa incompetencia.

Finalmente, existe otro grupo de situaciones, rechazables todas, que no responden a ninguna lógica razonable y que sí formarían parte de una política de injustificado acoso al trabajador, como cuando las modificaciones se adoptan en represalia a opiniones y comportamientos lícitos del trabajador o para favorecer un clima propicio a la dimisión de éste. En estas situaciones, normalmente, se evita la tramitación de la modificación a través de las reglas del 41 LET, con lo que se intenta soslayar el pago de las indemnizaciones que prevé, con lo cuál, en nuestra opinión, se puede generar el derecho a una indemnización complementaria si concurren un lucro cesante o emergente demostrable²⁵⁸⁰.

²⁵⁸⁰ Un ejemplo de este modo de actuar se recoge en la STSJ de Cataluña de 15 de junio de 1.995, AS 2396, cuando señala que “el paso sin otra justificación que una relativa proximidad a la jubilación, a pesar de que para llegar a esta situación faltaban todavía tres años, de las funciones de jefe de taller con mando efectivo sobre los demás trabajadores, a la de obrero en una máquina de impresión, aunque se le den órdenes de auxiliar y asesorar al nuevo jefe de taller, supone colocar al demandante en una situación frente a sus compañeros y a los propios directivos de la empresa que ha de ser calificada como vejatoria y por lo tanto razón suficiente para la resolución del contrato y la prosperidad del recurso”.

El problema es que en ninguno de los casos de afectación de la profesionalidad o la dignidad del trabajador nos encontramos ante conceptos de delimitación objetiva, sino que nos enfrentamos a conceptos indeterminados, otros más, sujetos, por tanto, a la valoración que en cada supuesto concreto y en atención a las circunstancias concurrentes lleve a cabo el juez, que resolverá casuísticamente²⁵⁸¹, debiendo interpretar ambas de manera restrictiva²⁵⁸², dada la dificultad de objetivación que ambos supuestos presentan, especialmente si la afectada es la dignidad del trabajador, puesto que la susceptibilidad personal ante ciertas modificaciones sustanciales es tributaria de la mayor o menor sensibilidad personal²⁵⁸³. De aquí que sea obvio, a pesar de cuanto se acaba de señalar, que ni la existencia de una afectación real ni la delimitación entre los conceptos perjudicados sea siempre clara, como se muestra en los pronunciamientos judiciales analizados.

Además, aunque la norma se refiere claramente a que se puede acudir a esta posibilidad resolutoria por afectación de la formación profesional o de la dignidad personal, no siempre la doctrina judicial distingue nítidamente entre ambas, coexistiendo pronunciamientos que se refieren de forma rutinaria, como fórmula retórica, igual que se vio sucedía con la fundamentación causal de la modificación, a la afectación de

²⁵⁸¹ Como señala, p.e., la STSJ de Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947, “los casos de incumplimiento empresarial son no sólo casuísticos sino de una variedad casi particularizada al caso concreto”, o la STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621: “la resolución del contrato de trabajo por decisión del trabajador contemplada en el artículo 50 del ET (...) obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes para no conculcar el criterio finalista de la norma, que no es susceptible de aplicación extensiva”; igualmente la STSJ de Navarra de 18 de octubre de 1.994, AS 3766.

²⁵⁸² STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621.

²⁵⁸³ STSJ de Aragón de 30 de mayo de 2.001, JUR 191390: “no hay nota alguna que permita (al margen estimación subjetiva de la parte actora) apreciar que el cambio del lugar o centro de trabajo ha supuesto un tratamiento que entrañe la causa de rescisión alegada”; STSJ de Murcia de 16 de enero de 2.001, AS 303: “en hechos probados no se dice que se le rebaje de categoría o que tenga que realizar cometidos que razonablemente puedan considerarse vejatorios para su dignidad”.

ambos valores²⁵⁸⁴, con otros, los menos, que sí diferencian nítidamente en función de que la modificación afecte la formación profesional²⁵⁸⁵ o la dignidad²⁵⁸⁶, aparte, por

²⁵⁸⁴ La STSJ de Cantabria de 31 de agosto de 1.999, AS 3579, considera que si al trabajador “categoría prof de Técnico (Jefe de Control de Calidad), se le comunica que no debe asistir a las reuniones de jefes de departamento: aislamiento: falta de entrega de los resultados de los análisis, de información: fax y boletines, etcétera)” esta situación “supone menoscabo para la dignidad y formación profesional, es impedir el ejercicio de dichas tareas directivas, dando el protagonismo a quienes se hallan en el organigrama por debajo del actor y negándosele a este último”; igualmente la STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775, admite menoscabo de la dignidad y formación profesional en una modificación que lleva a la trabajadora de “directora administrativa a tareas de auxiliar y telefonista”; o la STSJ de Galicia de 25 de junio de 2.003, AS 3792, considera un atentado a la formación profesional y la dignidad que las funciones que se encomiendan, “exentas de la iniciativa y responsabilidad que se corresponden a oficial administrativa, propia de la actora y que la empresa venía obligada a respetar, que son las de auxiliar administrativo (mecnografiar informes médicos, atender al público y teléfono)”, al igual que la STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2.003, JUR 95803, expone que el “.cese en puesto de confianza, de encargado general a uno de los siete encargados que antes coordinaba, y al rechazarlo, después a oficial 1º”, de lo que concluye que “tal cambio redundando en perjuicio de la formación profesional del actor al ser inferior a su categoría la nueva labor encomendada y menoscabada su dignidad cuando hoy depende de quién antes era su subordinado”.

²⁵⁸⁵ STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2.001, AS 1647, señala que “ha de respetarse su categoría y no se le pueden encomendar trabajos ajenos a la misma como son los aludidos. Por consiguiente la empresa ha procedido a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de hoy actora, dejándole, desde el día 18 de mayo de 2000, sin trabajo propio de su categoría de jefe de sección administrativa, sin responsabilidad alguna sobre ninguna sección, al encomendarle la realización de trabajos meramente auxiliares,... redundando tales modificaciones en perjuicio de la formación profesional de la actora, al alejarlo por completo de sus funciones de responsabilidad”.

²⁵⁸⁶ La STSJ del País Vasco de 11 de julio de 1.996, AS 2570, juzga un supuesto de “persecución de la trabajadora, modificación de funciones (...), pérdida de confianza en la demandante, al haberse ido su marido a la competencia: denuncia contra su marido y ella por una supuesta apropiación indebida de diversas cantidades de dinero, candado en teléfono, cierre con llave de armarios, cambio de cerraduras de locales de la empresa, vigilada por su secretaria y controlada, que ejerce funciones jerárquicas sobre ella que antes no tenía”. Ante esta situación la Sala piensa que “revela todo ello, una actuación que va más allá de la desconsideración e incide en un claro propósito vejatorio, que atenta seriamente por su reiteración, en la dignidad personal de quién la sufre, habiendo llegado, incluso, a producir en la actora un

supuesto, de aquellas otras situaciones en que verdaderamente resultan afectadas ambas²⁵⁸⁷. Esto se muestra especialmente con la falta de ocupación efectiva, con la movilidad funcional descendente y también con la movilidad fuera del grupo o categoría profesional de adscripción, que son los supuestos a que hace referencia el 39.5 LET, que conforman el principal grupo de causas motivadoras de resoluciones contractuales *ex* 50.1, a) LET, por la facilidad con que su utilización puede perjudicar tanto la formación profesional como la dignidad del trabajador. En cualquier caso, la frontera entre un perjuicio y otro es tan permeable como etérea, siendo frecuente que una determinada situación, conculque gravemente ambos derechos del trabajador. De aquí que el juzgador, según su percepción del problema, considere afectados uno, otro o ambos, sin esforzarse especialmente, en deslindar cuál de ellos es el perjudicado,

cuadro depresivo, como han afirmado dos peritos médicos, y que legitima, sin duda, a la demandante en el ejercicio de la acción de resolución del contrato de trabajo”. Similar planteamiento tiene la STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621, entendiendo afectada la dignidad por un cambio de “categoría prof de jefe de cocina con funciones de coordinador-jefe de dicho departamento” que “se pasa a ningunearlo y un subordinado pasa a ser coordinador-jefe”.

²⁵⁸⁷ Un supuesto típico de perjuicio simultáneo a la formación profesional y a la dignidad del trabajador lo constituye la falta de ocupación efectiva derivada de una modificación sustancial de condiciones laborales, aunque algunos pronunciamientos judiciales en lugar de acoger ambos motivos se inclinan alternativamente por considerar afectada la formación profesional (STS de 11 de octubre de 1.989, Ar 7167; STSJ de Galicia de 9 de junio de 1.997, AS 1870) o menoscabada la dignidad (STS de 19 de diciembre de 1.988, Ar 9854; STSJ de Galicia de 9 de mayo de 1.997, AS 1666).

En cambio, la STSJ de Galicia de 19 de febrero de 1.996, AS 244, ejemplifica aquellos pronunciamientos que consideran afectados ambos valores cuando contempla la modificación que relega al trabajador a “actividades profesionales fuera de su categoría y de escasa entidad, que no ocupan su jornada y que anulan la aportación laboral auténtica que le corresponde, de tal manera que –por todo esto- la situación laboral del actor queda reconducida a una situación no sólo de claro perjuicio profesional, sino también atentatoria a su dignidad personal y profesional, tanto o más inocultable y trascendente cuanto que todo ello ocurre tras muchos años de actividad en la empresa y con el resultado de destinarlo a realizar no sólo funciones ajenas a su categoría sino a aquellas que siempre fueron llevadas a cabo por personal en prácticas y eventual debido a la naturaleza y exigencias profesionales de los trabajos mismos”.

posiblemente porque el resultado es el mismo: en ambos casos debe ser estimada la pretensión resolutoria *ex* 50.1.a) LET.

Ahora bién, resulte afectado uno o ambos derechos del trabajador, corresponde a éste, siempre, la carga de la prueba del perjuicio que alega, puesto que éste no puede ser presumido, sino demostrado, para poder fundamentar la voluntad extintiva²⁵⁸⁸, siendo de entera aplicación a este extremo todo cuanto ha quedado dicho con respecto a la necesidad de prueba del perjuicio en relación con la rescisión por perjuicio genérico del 41.3. segundo LET y la eventualidad de una indemnización por daños complementaria de la tasada del 41.3, segundo y del 51.1.a) LET²⁵⁸⁹.

3.5.4.3. El debate acerca de un requisito inexistente: la necesidad del incumplimiento empresarial

De acuerdo con la expresión legal, es evidente que el fundamento de la acción resolutoria del 50.1,a) LET reside en el perjuicio que se causa al trabajador por la modificación, no en la existencia o inexistencia de imputabilidad al empresario. No en balde, la remisión que el 41.3 hace al procedimiento del 50.1,a) no tiene más

²⁵⁸⁸ La STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2.000, AS 5259, siguiendo la doctrina unificada de la STS de 18 de julio de 1.996, Ar 6165, basada, a su vez en las STS 5 noviembre de 1.987, Ar 7818, y de 13 junio de 1.988, Ar 1.990/2046, señala que “la extinción a instancia del trabajador al amparo del artículo 50.3 del ET (...) en relación a los apartados a)b)y c) del artículo 41 se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el mismo a causa de tal modificación, por lo que no es dable establecer una presunción “*iuris tantum*” sobre la existencia del perjuicio, sino que hay que estar al resultado de la prueba sobre el particular, valorada por el juzgador de instancia en cada caso”.

Igualmente las SSTSJ de Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2.004, AS 1144, y de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947, exponen que los perjuicios “deben ser también acreditadas para que de esta manera resulte justa la causa de extinción del contrato solicitada por el trabajador” siguiendo la doctrina de la STS 7 febrero 1.992, Ar 953. En idéntica línea las SSTSJ de Comunidad Valenciana de 18 de noviembre de 1.997, AS 4763, de 12 de enero de 1.999, AS 188, y de 16 de junio de 2.000, Ar 3056, y 1956/2.001.

²⁵⁸⁹ Sobre estas cuestiones véase *supra*.

condicionamiento que la necesidad de resultar perjudicado por la modificación en su formación profesional o dignidad²⁵⁹⁰. Esta idea fundamenta, asimismo, que la indemnización a percibir sea resultado de una especie de tutela compensatoria por los perjuicios que conlleva la modificación al trabajador, que se sustenta en la excesiva onerosidad sobrevenida, es decir, en el perjuicio sufrido y no en el incumplimiento empresarial²⁵⁹¹. Como en este caso los perjuicios son mayores que en el supuesto del 41.3, segundo LET²⁵⁹², las indemnizaciones también lo son, ahora las mismas que para el despido improcedente, teniendo en cuenta, además, que la formación profesional y la

²⁵⁹⁰ En esta lógica, véase, p.e., LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “La modificación...”, cit., pg. 236; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo”, cit., pg. 15; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato”, cit., pg. 313 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Extinción indemnizada del contrato por causa..., cit., pg. 46. VALLEJO DACRUZ, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 266.

²⁵⁹¹ La STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de octubre de 2.003, AS 487, siguiendo la doctrina de la STSJ de Andalucía/Málaga de 8 de octubre de 1.999, AS 3406, dice, a este propósito, que “lo que justifica la facultad reconocida al trabajador es el perjuicio sufrido por el mismo como consecuencia de la modificación, independientemente de su imputabilidad o no al empresario. La finalidad de la norma es la de «corregir» la perturbación que la modificación puede producir en el trabajador, facultándole para resolver el contrato, lo que permite situar el fundamento jurídico de la opción de resolución en la «excesiva onerosidad sobrevenida» y no en el incumplimiento empresarial”. Igualmente la STSJ de Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947: “Hay que tener en cuenta que la finalidad de la norma es la de paliar la perturbación que la modificación puede producir en el trabajador, facultándole para resolver el contrato, lo que permite situar el fundamento jurídico de la opción de resolución en la excesiva onerosidad contractual sobrevenida y no en el incumplimiento empresarial”.

²⁵⁹² Véase, p.e., la STSJ de Baleares de 18 de julio de 2.002, AS 3062, donde se reconoce que “la rescisión del art. 41 sólo precisa del genérico perjuicio que la norma menciona mientras que la resolución del art. 50 requiere una motivación más intensa en el sentido de que la formación profesional o la dignidad del trabajador se vean afectados, y obtener una indemnización superior, por el perjuicio grave sufrido pero los hechos son los mismos, basados en las modificaciones llevadas a cabo por la empresa”. En esta misma lógica, aunque empleando una terminología rechazable, la STSJ de Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947, dice que “el art. 50 del ET exige un plus de incumplimiento empresarial, por encima del establecido en el art. 41”, al igual que la STSJ Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2.004, AS 1144, se refiere a que “el ámbito del art. 50 del ET que exige, como antes se ha dicho, un plus de gravedad y de injustificación en la conducta empresarial”.

dignidad del trabajador, a pesar de una cierta indeterminación objetiva, forman parte de la esfera contractual, en cuanto reconocidos en los artículos 4.2 b) y e) LET en conexión con los artículos 22 a 25 LET, y son derechos básicos de la relación laboral por su conexión constitucional.

Desde esta perspectiva, el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, a la profesionalidad en suma, es la concreción en el contrato de trabajo de las previsiones constitucionales de los artículos 35.1 y 40.2 CE²⁵⁹³, de la que es una manifestación parcial el artículo 23 LET y otra, más amplia, por indeterminada, la del artículo 50.1.a) LET, mientras que el derecho a la dignidad del trabajador se puede considerar como la proyección laboral no sólo del artículo 18.1, sino también del artículo 10.1 CE, y es un derecho que, aunque fundamenta la paz laboral y la buena convivencia empresarial, trasciende la relación de trabajo. En este sentido, se configura como una “norma de textura abierta que abre el sistema a la recepción de nuevos valores y aplicaciones”²⁵⁹⁴, que se mostrarán a través de la interpretación judicial que se haga de la concurrencia de su afectación. En cualquier caso es evidente que nos encontramos ante auténticos derechos de la personalidad, con valor *erga omnes*, que pueden verse profundamente afectados, en cuanto son instrumentales respecto de cuestiones estratégicas del ordenamiento jurídico laboral y del sistema de relaciones de producción, como pueden ser las nuevas estrategias de organización empresarial favorecedoras de la competitividad, a la vez que ambos se ven continua u permanentemente interrelacionados y condicionados²⁵⁹⁵.

Sin embargo, un sector doctrinal ha exigido, además del perjuicio, que la modificación que lo origina sea consecuencia de un incumplimiento empresarial, como se anticipó.

²⁵⁹³ En similar sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 4”, en AA.VV. *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (Dir. J.L. MONEREO PÉREZ), Comares, Granada, 1.998, pg. 136

²⁵⁹⁴ MOLINA NAVARRETE, *ibidem*, pg. 138.

²⁵⁹⁵ MOLINA NAVARRETE, *ibidem*, pg. 136.

Pero esta, mas que ser, fué una cuestión controvertida con anterioridad a la reforma de 1.994 sobre la que conviene detenerse, siquiera sea brevemente, aunque hoy no pueda mantenerse esta exigencia.

La referencia, para calificar el supuesto de incumplimiento contractual o no, residía en si la modificación había sido aceptada por los representantes o autorizada por la Administración laboral. Si había sido aceptada o autorizada, al no existir incumplimiento, quedaba vedado el acceso a esta vía extintiva al trabajador²⁵⁹⁶, al contrario de lo que sucedía con el procedimiento extintivo *ex* artículo 41.3 LET, interpretando que, aunque estaba previsto para las modificaciones autorizadas, igualmente debía ser aplicable a las que ni hubiesen sido aceptadas ni autorizadas, por aplicación del aforismo de “quién puede lo más puede lo menos”²⁵⁹⁷.

No obstante, algunos autores matizarán que la autorización podía concederse en supuestos en que la modificación perjudicaba a la formación profesional del trabajador, pero nunca si afectaba a su dignidad²⁵⁹⁸, aunque la Autoridad laboral señalaba claramente que ni ella ni los representantes de los trabajadores podían legitimar una modificación que afectase a la formación profesional o dignidad de un trabajador²⁵⁹⁹, en

²⁵⁹⁶ Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La movilidad...”, cit., pg. 58.

²⁵⁹⁷ Véase MONGE RECALDE, J.L.: “La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 123.

²⁵⁹⁸ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “La resolución contractual por modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 454; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 346.

²⁵⁹⁹ Como ejemplo puede verse la Resolución de DG.RR.LL. 30 de junio de 1.986, RL, t.I/1.987, pg. 889, donde se expone que “cuando se supere la permisibilidad de la modificación de condiciones de trabajo regulada en el artículo 41 ET, la autoridad laboral carece de competencia para aprobar la novación, pues resultaría absurda la interpretación de que la autoridad laboral pudiese proceder a la aprobación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo que tuviese encaje en el artículo 50.1.a) ET, es decir, que pudiese dar su aprobación a una conducta ilícita empresarial”, tras lo cual añade que “en supuestos como el presente (...)de no existir concierto de voluntades entre empresa y trabajadores, la novación

lo que claramente era una interpretación excesivamente rigorista de la norma, que contribuía a hacer en parte inaplicable esta posibilidad modificativa, como quedó señalado anteriormente²⁶⁰⁰.

No obstante, para alguna doctrina, la idea de la exigencia del incumplimiento empresarial subyacente en el artículo 50 LET²⁶⁰¹, no impedía su aplicación a las modificaciones sustanciales aceptadas o acordadas en base, únicamente, a la producción de perjuicio al trabajador, al margen de que se trate de un daño lícito o no, por cuanto que lo que se pretende es establecer una responsabilidad objetiva que haga que el perjuicio al trabajador sea lo que justifique la resolución contractual, con independencia de su imputabilidad al empresario, en sintonía con los nuevos planteamientos civilistas, a los se ha hecho referencia, que tienden a objetivar el incumplimiento empresarial²⁶⁰². Esta idea fué, igualmente, aceptada por parte de la doctrina judicial²⁶⁰³, que ya reconoció en algún pronunciamiento que “la intencionalidad dañosa o de provocación

deviene ilícita por incumplimiento contractual, artículo 50.1.a) ET, y causa justa y suficiente para que el trabajador afectado por la modificación pueda solicitar la rescisión de su contrato de trabajo con derecho a indemnización, al igual que si se tratase de un despido improcedente”.

²⁶⁰⁰ Sobre esta cuestión véase, ampliamente, *supra*.

²⁶⁰¹ Véase, p.e., la STS de 9 de junio de 1.987, AS 4318, donde se afirma que todas las causas del artículo 50 ET “son incumplimientos con el denominador común de ser imputables al empresario, como actuaciones personales suyas, que dañan al trabajador, en su formación, en sus medios de subsistencia y cabe que, incluso en su dignidad”.

²⁶⁰² Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: “La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo”, cit., pg. 453 y ss.; igualmente en esta lógica, RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 453 y ss.; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad...”, RL, cit., pg. 368 y ss.; VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1.994, pg. 23 y ss.

²⁶⁰³ Véanse, p.e., SSTS de 5 de marzo de 1.985, Ar 1277; 16 de septiembre de 1.986, Ar 4983; 24 de noviembre de 1.986, Ar 6508; 21 de septiembre de 1.987, Ar 6234; 26 de julio de 1.990, Ar 6483; y 8 de febrero de 1.993, Ar 749.

de la dimisión”, aunque es una “circunstancia a tener en cuenta en la valoración del comportamiento empresarial que da origen a la acción resolutoria no es estrictamente indispensable para la estimación de ésta”²⁶⁰⁴.

Sin embargo, a partir de la Ley 11/1.994, se vuelve a debatir acerca de la utilización de la vía del artículo 50.1.a) LET, señalándose por algunos que sólo puede aplicarse a los supuestos de modificaciones sustanciales que se presuman justificadas o así hayan sido declaradas²⁶⁰⁵. Sin embargo, admitir esta posición rompería la lógica del artículo 49.1.j) LET, que se refiere al “incumplimiento del empresario”, lectura que parecería llevarnos a la conclusión contraria. Por esto, se debe hacer una lectura sistemática y contextual de los preceptos estatutarios en juego, lo que nos permite mantener que el artículo 50.1.a) no debe ser visto como una proyección en el ordenamiento laboral del artículo 1.124 del Código civil, como sucedía con la anterior regulación de las modificaciones sustanciales. La razón estriba en que hoy, cuando el 41 LET remite el control de la licitud de la modificación a la jurisdicción, únicamente puede considerarse que existe incumplimiento contractual empresarial cuando la modificación ha sido impugnada judicialmente y declarada injustificada o nula. De aquí que si no se impugna o se ha declarado justificada no pueda mantenerse válidamente que su implementación es contraria a Derecho, luego no puede existir incumplimiento empresarial en estos casos²⁶⁰⁶, que, por cierto, son mayoría en la casuística jurisprudencial, lo que viene a demostrar que la falta de incumplimiento empresarial y la licitud de la modificación no son obstáculos para la admisión de la resolución indemnizada ex 50.1.a).

²⁶⁰⁴ STS de 31 de enero de 1.991, Ar 205.

²⁶⁰⁵ En esta lógica pueden verse RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna...”, cit., pg. 37; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, A.: “Efectos e impugnación...”, cit., pg. 6; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones ...”, cit., pg. 383; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato...*, cit., pg. 48.

²⁶⁰⁶ en esta lógica puede verse SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 235.

En esta lógica se ha afirmado que la vía del artículo 50.1 a) LET únicamente es aplicable ante supuestos de modificaciones declaradas o presumidas como justificadas²⁶⁰⁷, entendiéndose que en aquellos supuestos en que la modificación es calificada judicialmente como injustificada o nula, el perjuicio desaparece y, por tanto, la posibilidad de extinción contractual *ex* 50.1 a) LET, si el trabajador es repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo²⁶⁰⁸. Sin embargo, la reposición en las condiciones originales no siempre repara el perjuicio causado, pudiéndose, si así se prueba por el trabajador, exigir la resolución contractual a pesar de la vuelta a la situación anterior.

En los demás supuestos, declaración de la modificación como injustificada sin reposición a las condiciones anteriores o reposición irregular, habrá de acudir a la resolución *ex* 50.1.c) LET²⁶⁰⁹, como expresamente señala el artículo 138.6 LPL para cuando el empresario no haya procedido a esa reposición, dando al trabajador el derecho a solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato en base al 50.1 c) LET, sin necesidad de demostración de perjuicio, puesto que

²⁶⁰⁷ En este sentido, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 334 y ss.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional...”, cit., pg. 37; ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.D.: “Efectos e impugnación de las modificaciones...”, cit., pg. 6; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones...”, cit., pg. 383; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación...*, cit., pg. 236.

²⁶⁰⁸ Véase PALOMO BALDA, E.: “modificación sustancial de las condiciones de trabajo...”, cit., pg. 211, donde mantiene que debe seguir abierta la vía rescisoria del 50.1 a) LET aunque con la reposición a las condiciones originales de trabajo desaparezca el perjuicio directo causado por la modificación, porque posiblemente ese intento empresarial haya quebrado irremediablemente la confianza mutua y la buena fé imprescindible para un adecuado clima laboral.

²⁶⁰⁹ “Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados”.

éste se presupone a partir de la declaración de la modificación como injustificada y de la falta de reposición en las condiciones anteriores, como se desprende del propio texto normativo.

De aquí que, para el ejercicio de la acción del 50.1. a) LET, no sea necesaria la concurrencia de mala voluntad en la conducta empresarial, sino únicamente la demostración de la gravedad del perjuicio sufrido, como reconoce la jurisprudencia reciente que se viene citando, a pesar del uso reiterado de la argumentación del “incumplimiento empresarial”²⁶¹⁰ o de la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones”²⁶¹¹ o la “necesidad de una voluntad maliciosa”²⁶¹², aunque la modificación se reconozca justificada, en lo que no es más que otra muestra de la pervivencia de formulas rituales, se supone que desprovistas de la intención original²⁶¹³, que continuamente observamos convertidas ya en cláusulas de estilo que,

²⁶¹⁰ La STSJ de Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947, es representativa de esta contradictoria forma de razonar, al igual que la de 14 de mayo de 2.004, AS 1144, puesto que, aunque parte de que “el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave”, acaba situando “el fundamento jurídico de la opción de resolución en la excesiva onerosidad contractual sobrevenida y no en el incumplimiento empresarial”. Igualmente la STSJ Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2.001, JUR 206737, se refiere al “incumplimiento determinante de la resolución”.

²⁶¹¹ STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2.000, AS 1237: la modificación ha de ser “reveladora de una conducta pertinaz y definitiva de incumplimiento de las obligaciones contractuales”, con base en las SSTs 23 de abril de 1.985, Ar 1907, de 16 de septiembre de 1.986, Ar 3683, y de 26 de julio de 1.990, Ar 6484. Igualmente la STSJ de Navarra de 5 de febrero de 1.999, AS 515, o la STSJ de Comunidad Valenciana de 29 de diciembre de 2.003, AS 1449, cuando dice que el incumplimiento ha de ser “voluntario, es decir, no sólo deliberado, sino expresivo de una voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación empresarial relativa a las condiciones de trabajo y al respecto debido a la dignidad del trabajador”.

²⁶¹² STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 1.996, AS 4621: “la doctrina jurisprudencial ha venido poniendo de manifiesto la necesidad de una voluntad maliciosa que comprenda los perjuicios descritos”. Igualmente la STSJ de Navarra de 18 de octubre de 1.994, AS 3766. A su vez, la STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2.000, AS 299, se refiere a la “intención de perjudicar al trabajador”.

²⁶¹³ Véase en la línea interpretativa más clásica a NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “Extinción del

como mínimo, desentonan por lo inadecuado de su razonamiento, en los pronunciamientos referidos al régimen de las modificaciones sustanciales del artículo 41 LET, hasta el punto de que muchos de ellos basan su argumentación en jurisprudencia anterior a la reforma laboral de 1.994, que no siempre es de entera aplicación a la normativa vigente²⁶¹⁴. No obstante, la verdad es que este tipo de razonamiento está desapareciendo, aunque los hay muy recientes²⁶¹⁵, para dejar paso a otro modo interpretativo, defensor de un planteamiento más objetivo, que sólo comprueba la concurrencia de una modificación sustancial que causa el requerido perjuicio específico al trabajador afectado.

No obstante, se ha dicho también que, si la modificación afecta de manera perjudicial a la formación profesional y la dignidad del trabajador, automáticamente estamos ante un

contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)”, en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, REDT núm. 100/2.000, pgs. 1.068 y 1.069, donde expone que la modificación que afecte a la formación profesional o la dignidad del trabajador es por definición ilícita, aunque sea procedimental y causalmente correcta. En igual sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pgs. 160 y 166, y PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 383.

²⁶¹⁴ Ejemplos de pronunciamientos que continúan haciendo referencia al incumplimiento empresarial, aunque la mayoría como fórmula vacía de contenido, son, entre otros: STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de julio de 1.995, AS 3045; País Vasco de 12 de diciembre de 1.995, AS 4761; Cataluña de 2 de abril de 1.996, AS 2104; Galicia de 16 de mayo de 1.996, AS 1479; de Andalucía/Málaga de 21 de junio de 1.996, AS 1765; Cataluña de 14 de marzo de 1.997, AS 1860, y 26 de mayo de 1.997, AS 1965; de Madrid de 2 de junio de 1.997, AS 2348; de Navarra de 5 de febrero de 1.999, AS 515; de Cataluña, de 4 de febrero de 2.000, AS 1237; de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132 ;Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2.001, JUR 206737, y de 29 de diciembre de 2.003, AS 1449.

²⁶¹⁵ Véase MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 438 y ss., donde argumenta que el presupuesto del perjuicio del 50.1.a) LET es el incumplimiento empresarial, porque “de no ser así, se estaría desnaturalizando este cauce extintivo al admitirse esta resolución del contrato sin que medie ese ineludible incumplimiento (...) puesto que tanto el artículo 49.1.j) como el propio artículo 50.1.c) la exigen de forma obligatoria”, con abundantes citas jurisprudenciales anteriores a los años noventa.

incumplimiento empresarial, que faculta al trabajador para resolver el contrato con una indemnización igual a la del despido improcedente, por muy justificada que esté la reorganización empresarial que fundamenta esa modificación sustancial, porque esa reorganización no puede suponer una alteración en el contenido de la prestación laboral²⁶¹⁶, sin que deba exigirse al trabajador la demostración de la culpabilidad empresarial que se presupone, en línea con la argumentación que sostiene la resolución contractual por retrasos continuados en los abonos salariales *ex* 50.1 b) LET²⁶¹⁷.

Esta argumentación, aunque rechazable, lleva, sin embargo, en la práctica al mismo lugar que la nuestra, a la posibilidad de ejercicio de la acción resolutoria del 50.1 a) LET, sólo que con una diferencia, que mientras que para nosotros es indiferente la existencia o no de culpabilidad empresarial, importando únicamente la afectación de la formación profesional o la dignidad del trabajador, para ésta se parte del incumplimiento empresarial para ejercitar la acción y se concluye admitiendo la relatividad de que la afectación del derecho conculcado lo sea de modo voluntario o no.

Igualmente sucede con aquella otra posición que argumenta que, aunque no siempre debe existir un incumplimiento empresarial en la base de la resolución instada por el trabajador, especialmente si la modificación está justificada, y sólo podría hablarse de incumplimiento “de modo extensivo”, lo cierto es que existe una violación de las obligaciones contractuales por parte del empresario, que debe ejercer dentro de la buena fé y dentro de los límites legalmente previstos los poderes empresariales, por lo que se puede calificar la conducta empresarial “como incumplimiento resolutorio”,

²⁶¹⁶ En esta lógica, DE MIGUEL LORENZO, A.M^a.: *La extinción del contrato de trabajo...*, cit., pg. 68; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones...”, cit., pg. 383, señala que “una modificación que produzca perjuicios en la formación profesional del trabajador o menoscabe su dignidad no puede considerarse nunca justificada”; igualmente, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 48 a 52, y VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 269.

²⁶¹⁷ Sobre la extinción contractual en base al artículo 50.1.b) véase, por ejemplo, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2.001, pg. 75 y ss. donde se argumenta ampliamente y con abundante cita jurisprudencial.

justificando de este modo la resolución de las modificaciones justificadas e injustificadas²⁶¹⁸.

Finalmente, otros sostienen, sin estar desprovistos de razón, que cuando la medida modificativa está justificada y por tanto falta la culpabilidad del empresario, la vía adecuada para extinguir el contrato no debiera ser la del artículo 50.1.a), que debe reservarse únicamente para cuando esta es injustificada, sino la del 41.3 LET²⁶¹⁹. Sin embargo, en contra de este planteamiento se puede objetar, hasta el punto de convertirlo en inviable en la práctica, que su aceptación obligaría a obtener antes de su ejercicio un pronunciamiento judicial que califique la modificación como justificada o no, mientras que la realidad normativa de la acción del 50.1 a) LET es que su ejercicio no está condicionado a la impugnación previa ni a que sea justificada o no la modificación que provoca el perjuicio²⁶²⁰. Sin embargo, es una propuesta muy interesante, que merece ser considerada y que parece estar en línea con la lógica de la flexibilidad organizativa empresarial para con el factor trabajo, predicada por la Exposición de motivos de la Reforma laboral de 1.994 y que podría implementarse, simplemente, partiendo de la presunción de que todas las modificaciones son justificadas para que sea el juez quien resolviera acerca de su licitud, cuando se sometiera a su conocimiento la demanda del trabajador que pide la resolución por la vía 50.1.a) LET, por creer que la modificación que le afecta es ilícita. Esta solución, que podría ser válida, tampoco está muy alejada de la que ofrece la actual práctica procesal.

²⁶¹⁸ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pgs. 144 y 159.

²⁶¹⁹ En este planteamiento MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimiento para las modificaciones...”, cit., pg. 22; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato...*, cit., pg. 42.

²⁶²⁰ En esta lógica SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 235.

Ahora bien, como el presupuesto de hecho habilitante para el ejercicio de la acción resolutoria del 50.1.a) LET es la existencia de una modificación sustancial que conlleve perjuicios a la profesionalidad o a la dignidad del trabajador afectado, la sola concurrencia del perjuicio, si este es suficientemente grave, basta para que se pueda interponer la demanda resolutoria encaminada a resolver el contrato de trabajo, sin que sea necesario demostrar culpabilidad empresarial alguna, puesto que la acción resolutoria aparece con independencia de que la modificación sustancial impuesta se considere ajustada a derecho o no, porque la causa de pedir reside en la existencia del perjuicio específico que rompe el equilibrio contractual existente, resultando, además, indiferente que la modificación sea individual o colectiva, justificada o injustificada²⁶²¹.

Otra cosa es que si es injustificada se pueda, si procede, pedir algún tipo de indemnización complementaria a la tasada del 51.1.a) si, como se ha visto, se reúnen los requisitos para ello²⁶²², aunque alguna doctrina²⁶²³ mantiene que si la modificación es ilícita, presumiendo como tal la que se adopta sin acatar lo dispuesto en el 41 LET, sea por falta de causa suficiente o por defecto procedimental, estaremos ante un incumplimiento empresarial que permite instar la resolución contractual, no a través del 50.1.a), sino acudiendo al 50.1.c) LET²⁶²⁴, reservando el procedimiento del 50.1.a) para

²⁶²¹ En este sentido, véase DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 65. Igualmente opinan que lo único importante es la afectación de la formación profesional y la dignidad otros autores como GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994, pg. 26 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit. pg. 160.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Extinción del contrato por voluntad del trabajador...”, cit., pg. 1066 y ss.

²⁶²² Sobre esta cuestión véase *infra*.

²⁶²³ En esta lógica, MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 448, con base en la doctrina de las SSTs 20 de julio de 1.987, Ar 5672, y de 13 de junio de 1.988, Ar 5279, y la STSJ de Aragón de 30 de junio de 1.993, AS 2918, que mantienen que el desconocimiento de las exigencias formales, al denotar una conducta prepotente afecta gravemente a la dignidad del trabajador.

²⁶²⁴ Véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Extinción del contrato por voluntad del trabajador...”, cit.,

las modificaciones formalmente lícitas en cuanto cumplidoras de los trámites del 41 LET, en lo que es un razonamiento similar al que, como se ha visto, sirve para seleccionar la vía para la impugnación de la modificación y decidirse entre el procedimiento del 138 LPL y el proceso ordinario.

Contrariamente, la situación prevista en el 50.1, c) sí exige la demostración de la gravedad y culpabilidad de la conducta empresarial, con la salvedad de que el incumplimiento sea la negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, si la modificación ha sido declarada judicialmente injustificada o nula, en línea con la previsión del 1.101 Cc²⁶²⁵. En este caso, el incumplimiento se presume por su mera existencia, siendo suficiente para el trabajador demostrar que no se ha ejecutado en sus propios términos o se ha llevado a cabo de manera incompleta la ejecución de la sentencia que, tras la impugnación judicial de la modificación sustancial propuesta, declara la improcedencia o nulidad de la misma.

3.5.4.4. Carácter judicial de la facultad resolutoria del trabajador

A diferencia de lo que sucede con la situación prevista en el artículo 41.3 LET, este supuesto del artículo 50.1.a) concede al trabajador el ejercicio de una acción resolutoria que no puede ejercitar directa y personalmente, sino que debe acudir para ello a la jurisdicción, que es quién puede resolver el contrato de trabajo, ejercitando su pretensión por medio del proceso ordinario, al no haberse establecido modalidad específica alguna en la Ley de Procedimiento Laboral. Consecuentemente, si el contrato no se resuelve hasta la declaración judicial en este sentido, el trabajador mantiene su obligación de trabajar hasta ese momento²⁶²⁶, sin perjuicio de que la resolución pueda

pgs. 1.081 y 1.082, donde señala que “deben entenderse incluidos como incumplimientos resolutorios del empleador todos aquellos que incumben al empresario en cuanto contraparte de la relación contractual”.

²⁶²⁵ “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas”.

²⁶²⁶ Véanse, p.e., las SSTs 12 de diciembre de 1.984, Ar 6367; 26 de noviembre de 1.986, Ar 6516; 9 de

acordarse en conciliación previa o judicial²⁶²⁷, lo que evidencia el carácter constitutivo del pronunciamiento judicial²⁶²⁸, aunque alguna doctrina ha planteado que si el trabajador se ve obligado a cesar la prestación que ha devenido insoportable, la sentencia será declarativa, puesto que se limita a declarar la validez de la resolución extrajudicial que el trabajador ha hecho del contrato²⁶²⁹.

Este cese en la prestación, decidido por el trabajador, ha sido considerado, no como cese resolutorio de la prestación, sino como una interrupción o suspensión de la misma, de modo que, al continuar vigente la relación contractual, la sentencia habrá de ser

junio de 1.987, Ar 4318, de 3 de junio de 1.988, Ar 5210, y de 27 de julio de 1.989, Ar 5927, de 18 de julio de 1.990, Ar 6425, y de 23 de abril de 1.996, Ar 3403, al igual que las SSTCT de 5 de mayo de 1.987, RTCT 9295, y 19 de mayo de 1.987, RTCT 10369, entre otras. En igual sentido las SSTSJ Cataluña de 17 de abril de 1.996, AS 1446; Madrid de 27 de mayo de 1.997, AS 1594; Andalucía/Granada de 1 de julio de 1.997, AS 3178, y 28 de enero de 1.998, AS 906, de Andalucía/Granada de 2.002, AS 3734, de Galicia de 25 de marzo de 2.002, AS 81, de Andalucía/Málaga de 26 de julio de 2.002, AS 12/2.003.

²⁶²⁷ Véanse los artículos 68 y 84 LPL que conceden el valor de título ejecutivo a lo acordado en la conciliación previa y judicial respectivamente.

²⁶²⁸ SSTS de 23 de junio de 1.983, Ar 3041; 13 de julio de 1.983, Ar 3779; 12 de diciembre de 1.984, Ar 6367; 22 de octubre de 1.986, Ar 5878; 21 de junio de 1.989, Ar 4826; 27 de julio de 1.989, Ar 5927, y 18 de septiembre de 1.989, Ar 6455, y más modernamente, p.e., las de 23 de abril de 1.996, Ar 3403, de 24 de mayo de 2.000, Ar 4629, y 22 de mayo de 2.000, Ar 4623, al igual que las SSTCT de 17 de septiembre de 1.985, RTCT 5169; 26 de noviembre de 1.986, RTCT 12555, y 27 de enero de 1.987, RTCT 1522. Igualmente las SSTSJ Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 1.993, AS 1149; Cataluña de 4 de noviembre de 1.995, AS 4429, y Castilla y León/Valladolid de 7 de enero de 1.997, AS 286, de Andalucía/Granada de 2.002, AS 3734, de Galicia de 25 de marzo de 2.002, AS 81, de Andalucía/Málaga de 21 de junio de 2.002, JUR 241683 y de 26 de julio de 2.002, AS 12/2.003.

²⁶²⁹ En este planteamiento, ALONSO OLEA, M.: “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RPS, núm. 126/1.980, pg. 145, defiende el efecto constitutivo de la decisión extintiva del trabajador en aquellos casos en que el mantenimiento de la prestación deviene insoportable para el trabajador, por lo que éste puede resolver extrajudicialmente el contrato, sin pérdida del derecho a la indemnización prevista para los supuestos de extinción causal del artículo 50.2 del Estatuto.

necesariamente constitutiva, surtiendo efectos desde su pronunciamiento, no desde la fecha de la decisión interruptiva del trabajador. De esta manera, dejando en suspenso sus efectos hasta la declaración judicial estimatoria, se pretende evitar el posible efecto negativo que la decisión del trabajador acarrearía si la resolución no es judicialmente estimada, que sería la extinción no indemnizada del contrato, asumiendo el trabajador, únicamente, el riesgo de los salarios correspondientes al tiempo de tramitación del procedimiento, siempre que éste no haya obrado fraudulentamente²⁶³⁰. No obstante, aunque parezca interesante²⁶³¹, se ha objetado con razón este planteamiento diciendo que no parece factible, puesto que la sola voluntad del trabajador no es causa suficiente para dar lugar a una suspensión contractual²⁶³² y no cabe la renovación de una relación contractual previamente extinguida²⁶³³.

Otra alternativa para limitar los riesgos que asume el trabajador vendría de la posibilidad de que la suspensión se declarara por el juez, previa petición del trabajador, tras la formulación de la demanda. Esta opinión, aún carente de base explícita, sí parece, en cambio, admisible²⁶³⁴, puesto que la suspensión puede adoptarse como una de las medidas cautelares que las partes pueden proponer, como de hecho se está viendo reconocido en diversos pronunciamientos, que admiten la “interrupción o suspensión”

²⁶³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción...*, cit., pg. 119.

²⁶³¹ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 41.

²⁶³² DE MIGUEL LORENZO, A.M^a: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad...*, cit., pg. 44.

²⁶³³ Las SSTs de 24 de mayo de 2.000, Ar 4629, y 22 de mayo de 2.000, Ar 4623, entre otras, señalan que mal puede acordarse la resolución de un contrato inexistente en el momento en que se efectúa tal pronunciamiento. Igualmente la STSJ de Cataluña de 9 de junio de 2.005, AS 2379.

²⁶³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato...*, pg. 119; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 41.

del vínculo laboral en supuestos de perjuicio excesivo de la dignidad del trabajador, cuando éste lo hace a la vez que ejercita la acción resolutoria del 50.1.a)LET²⁶³⁵.

En esta lógica, el contrato debe estar en vigor en la fecha del pronunciamiento judicial extintivo²⁶³⁶, no pudiendo exigirse la resolución del contrato por este perjuicio cualificado si el trabajador ha sido despedido anteriormente²⁶³⁷. Igualmente, si el trabajador cesa su prestación con posterioridad a la interposición de la demanda resolutoria y antes de la sentencia, este cese puede ser calificado como abandono o causa de despido disciplinario si se consideran ausencias injustificadas al trabajo en línea con el artículo 54.2 a) LET²⁶³⁸.

Sin embargo, se ha dicho, con razón, que parece incoherente la exigencia de que el afectado en su profesionalidad o en su dignidad por una modificación sustancial tenga que someterse a esta y al perjuicio que le provoca durante la sustanciación de la acción resolutoria, a diferencia de la extinción *ex* 41.3 LET, basada en un perjuicio menos

²⁶³⁵ Véase la jurisprudencia citada *infra*.

²⁶³⁶ Véase STSJ del País Vasco de 7 de julio de 1.995, AS 3138, donde se afirma que “un pronunciamiento judicial sobre la acción dimanante del art. 50 de la Ley Estatutaria exige que la relación laboral se halle vigente no sólo en el momento de ejercitar la acción sino incluso en el momento de dictarse sentencia”. Igualmente, SSTSJ de Cataluña de 26 de mayo de 1.997, AS 1965, de Andalucía/Granada de 2.002, AS 3734, de Galicia de 25 de marzo de 2.002, AS 81, y de Andalucía/Málaga de 26 de julio de 2.002, AS 12/2.003, Andalucía/Sevilla de 23 de julio de 2.004, AS 1277, entre otras.

²⁶³⁷ Véase la STS, unif. de doctrina, de 23 de diciembre de 1.996, Ar 9848, donde se considera que al aceptar la procedencia del despido “se hacía inviable la acción resolutoria, ya que, al no producirse la resolución contractual pedida por el trabajador hasta que la sentencia que en respuesta a dicha acción así lo declarara, momento éste en que ya había operado sus efectos el despido que había sido declarado procedente, mal cabría acordar que quedara resuelta una relación que ya estaba extinguida”.

²⁶³⁸ Cfr. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador...*, cit., pg. 108). Entre la jurisprudencia puede señalarse en esta lógica, entre otros muchos, STS 18 de septiembre de 1.989, Ar 6455; STSJ Andalucía/Granada de 1 de julio de 1.997, AS 3178, o la de Madrid de 23 de enero de 2001, AS 922, que declara el despido nulo por entender que la dimisión es inexistente.

cualificado, que se supone menos grave, en que el trabajador puede rescindir el contrato por sí mismo si aprecia la concurrencia del daño²⁶³⁹, no teniendo, por tanto, que continuar sufriendo el perjuicio, incluso aunque el empresario se muestre disconforme con tal decisión y se vea impelido a acudir a la jurisdicción.

Ahora bién, aunque la norma estatutaria nada dice al respecto, es cierto que la doctrina judicial admite un *ius resistentiae* al trabajador en determinadas circunstancias²⁶⁴⁰, cuando la prestación y la convivencia laboral devienen insoportables y no meramente incómodas²⁶⁴¹, como sucede en situaciones en que es notorio el atentado a la dignidad

²⁶³⁹ En esta lógica, véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 101.

²⁶⁴⁰ P.e., la STSJ de Andalucía/Granada de 10 de septiembre de 2.002, AS 3734, afirma que “no puede exigirse al trabajador que mantenga viva una relación laboral cuando es objeto de continuas represalias y actitudes degradantes por parte del empresario”, aunque señala que esta afirmación debe ser matizada para precisar el alcance de la exención, para concretar a continuación que sí procede suspender la efectividad de la prestación “si el trabajador ve amenazada su integridad física o mental o es objeto de actitudes degradantes”. De igual modo, la STSJ de Galicia de 25 de marzo de 2.002, AS 781, “en casos excepcionales aparece el derecho del mismo (el trabajador) a cesar prematuramente en la prestación de los servicios, a interrumpir éstos sin que ello conlleve la extinción de la relación laboral por dimisión o abandono o ausencias injustificadas”, aparece este derecho en aquellos supuestos en que “el desempeño de la actividad laboral deviene insoportable para el trabajador, dificultando extraordinariamente la convivencia laboral”. También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de enero de 2.003, AS 824, admite esta posibilidad en caso de “incumplimiento empresarial que ocasiona una situación insoportable para el operario; riesgo para la integridad física o moral del trabajador” derivadas de “agresión empresarial”.

²⁶⁴¹ Véase, p.e. la STSJ de Andalucía/Sevilla de 23 de julio de 2.004, AS 1277, contempla una situación de malos tratos verbales y físicos que atentan incluso a la integridad de actora y falta de respeto a su dignidad, al igual que la de 15 de febrero de 1.999, AS 943, o la de Madrid, de 27 de mayo de 1.997, AS 1594, que se refiere a supuestos “que se configuran con carácter excepcional y atienden a razones poderosas o motivos que por la onerosa carga, bien sea física, bien psíquica o ya económica, que trasladan al trabajador, justifican la suspensión o la interrupción del vínculo laboral entre las partes”, con base en la doctrina dictada en similar sentido, entre otras, por las SSTs de 18 de septiembre 1.989, que exige la “concurrencia de circunstancias que impliquen una manifiesta ilegalidad o peligrosidad para con

del trabajador²⁶⁴², manifiesta ilegalidad o peligrosidad de la modificación emprendida²⁶⁴³ o se haya procedido simultánea o posteriormente al despido del trabajador²⁶⁴⁴. El problema es que la extremosidad de estas situaciones, salvo la última que es una realidad objetiva, son apreciables subjetivamente por el trabajador, quién deberá probar su realidad en el proceso judicial para que el juez admita la vigencia del contrato hasta su pronunciamiento, a pesar de la interrupción de la prestación²⁶⁴⁵, y

el trabajador, atentado notorio a su dignidad u otras de oportuna gravedad”, de 26 de noviembre de 1.986, Ar 6516, que habla de “cuando se ofrecen situaciones que por sí mismas ponen de manifiesto que resulta muy difícil la continuidad en la convivencia”; también, p.e., la STCT de 5 de mayo de 1.988, RTCT 2915, se refiere a “circunstancias especiales que (...) hagan ineludible la inmediata cesación de la convivencia laboral para evitar males de mayor entidad que la propia ruptura del vínculo contractual”.

²⁶⁴² P.e. la STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de mayo de 1.998, AS 2297, señala que “la agresión que sufrió el trabajador por parte del empresario cuando fue a cobrar unos salarios previamente conciliados en un Juzgado y que le produjo politraumatismo (...); motivo éste más que suficiente para que el trabajador decidiera interrumpir *sine die* la prestación laboral, esto es, no sólo mientras se instaba la acción resolutoria ante el juzgado de instancia sino también durante la tramitación del recurso de la sentencia estimatoria de dicha acción”. En igual lógica la STSJ de Madrid de 7 de junio de 1.989, AS 448, habla de “grandes vejaciones al operario”, mientras que la STS de 22 de octubre de 1.986, Ar 5878, se refiere a los “malos tratos de palabra”.

²⁶⁴³ Véase LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 329; igualmente, MONTOYA MELGAR, A.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica...”, cit., pg 34. En este sentido la Sentencia de 9 de mayo de 2.005, núm. 209/2.005, del Juzgado de lo Social nº 7 de Granada, señala que “es de superior valor, el derecho a la vida e integridad física, que la facultad organizativa de la empresa, ya que el sacrificio que se impone al derecho fundamental del trabajador, no es proporcional con la satisfacción del interés empresarial”, siguiendo la doctrina de las SSTCo. 88/1.985, 99/1.994, 1/1.998, 241/1.999, 98/2.000 y 186/2.000.

²⁶⁴⁴ Este planteamiento es asumido plenamente por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, de 18 de diciembre de 1.995, AL, núm. 12/1.996, ref. 525, que lo admite “si la no permanencia en el trabajo es por causa y decisión de la empresa, con ello no se detiene ni enerva el ejercicio y decisión de la acción resolutoria planteada”, remitiéndose literalmente a la tesis mantenida por la STS de 4 de febrero de 1.986, Ar. 703.

también quién deberá asumir el riesgo inherente a su no apreciación, que consistiría en la extinción contractual por abandono o por despido disciplinario basado en la inasistencia al trabajo²⁶⁴⁶, sin que exista una línea interpretativa unívoca al respecto²⁶⁴⁷, puesto que realmente nos encontramos más ante un supuesto de dimisión extraordinaria, con efectos constitutivos inmediatos, sin perjuicio de la posterior y eventual responsabilidad resarcitoria²⁶⁴⁸, que de una resolución judicial extintiva, que es el supuesto previsto en la norma.

Como se ha dicho, la vigencia del contrato y de las obligaciones y derechos que de él derivan se mantienen hasta que la sentencia que resuelve la demanda sea firme, porque esta obligación de mantener en vigor la relación de trabajo no termina cuando se dicta la sentencia de instancia, sino que va más allá y se extiende hasta la declaración de firmeza, lo que supone el mantenimiento de la relación contractual en tanto no sea firme la sentencia del posible recurso que cupiera interponer, lo que se desprende de los artículos 207 LEC y 245.3 LOPJ que señalan como es la sentencia firme la que realmente pone fin al proceso, idea que se muestra perfectamente en el carácter

²⁶⁴⁵ Véase, en esta lógica, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador...*, cit., pg. 113, nota 172, donde mantiene que la excepcionalidad de estos supuestos se traduce en la interrupción de la prestación de trabajo, no en la suspensión del contrato, por lo que el trabajador mantiene el derecho a los salarios correspondientes, toda vez que su prestación devino imposible por la conducta empresarial.

²⁶⁴⁶ A este propósito, DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad...”, cit., pg. 21 y ss., opina que el rechazo de la acción resolutoria debe suponer para el trabajador que interrumpió su prestación únicamente la pérdida de los salarios de los días no trabajados. Sin embargo, este planteamiento erróneo es rechazado por VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato a instancia del trabajador...*, cit., pg. 116 y ss., al entender que su admisión podría implicar que la sola interposición de la acción resolutoria faculta al trabajador para interrumpir su prestación.

²⁶⁴⁷ Cfr. la jurisprudencia citada en las notas anteriores.

²⁶⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato...*, pg. 117.

constitutivo de la sentencia estimatoria de la resolución *ex* 50.1.a) que se dicta tras un proceso que sólo termina, como estamos diciendo, con la firmeza de la sentencia.

Sin embargo, se deben hacer algunas precisiones puesto que, a diferencia de cuando la sentencia de instancia desestima la pretensión resolutoria, que la relación laboral no se extingue y el trabajador debe continuar desempeñando su prestación²⁶⁴⁹, cuando ésta es estimatoria, luego extingue el contrato, y es recurrida por el empresario, no está tan claro cuál sea su efecto sobre la relación de trabajo, es decir, si el trabajador debe o no seguir desempeñando su prestación hasta que se obtenga una sentencia firme.

Actualmente, la jurisprudencia interpreta que la relación laboral debe mantenerse íntegramente, es decir que el trabajador tiene la obligación de trabajar y el derecho a la correspondiente remuneración²⁶⁵⁰ mientras no obtenga un pronunciamiento judicial firme a su favor²⁶⁵¹, porque la ejecución provisional de la sentencia definitiva parece estar pensada únicamente para los supuestos de extinción por voluntad del empresario y no para la resolución a instancia del trabajador, según se desprende de la redacción del 295 LPL²⁶⁵², aparte, por supuesto, de que al no haber norma expresa que así lo permita no cabe ejecutar provisionalmente la sentencia recurrida²⁶⁵³.

²⁶⁴⁹ Cfr. DE MIGUEL LORENZO, A.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, cit., pg. 123.

²⁶⁵⁰ En esta lógica la STS, unif. de doctrina, de 8 de noviembre de 2.000, Ar 1419, recuerda que mientras el trabajador “realice tal actividad laboral o intente realizarla, aunque se encuentre pendiente el recurso contra la sentencia que declaró la resolución por voluntad del trabajador, el empresario tendrá “la obligación de dar y retribuir el trabajo del empleado y pagar las cuotas de Seguridad Social”.

²⁶⁵¹ Esta es la tesis impuesta por la STS, unif. de doctrina, de 23 de abril de 1.996, Ar 3403; de 11 de marzo de 1.998, Ar 2561, de 8 de noviembre de 2.000, Ar 1419. Igualmente se pronuncian en esta línea las SSTSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 1.998, AS 7655, y de Extremadura de 19 de abril de 1.999, AS 1749, Andalucía/Granada de 10 de septiembre de 2.002, AS 3734, de Galicia, de 25 de marzo de 2.002, AS 781, de Andalucía/Málaga de 26 de julio de 2.002, AS 12/2.003, de la Comunidad Valenciana de 16 de enero de 2.003, AS 824, de Andalucía/Sevilla de 15 de febrero de 1.999, AS 943, de 13 de septiembre de 2.003, AS 1068, y de 23 de julio de 2.004, AS 1277, entre otras.

De esta forma se superó otro planteamiento anterior que interpretaba que la obligación de trabajar sólo llegaba hasta la sentencia estimatoria de instancia²⁶⁵⁴, aunque aún hay quién lo mantiene tras la reforma de 1.994²⁶⁵⁵, argumentando que, si la sentencia declaraba extinguido el contrato, no podía exigirse al trabajador que prestase su trabajo durante la sustanciación del recurso. Ahora bién, si la sentencia del recurso mantenía la de instancia no se presentaba problema alguno, al contrario de lo que sucedía si la revocaba, porque la jurisprudencia entendió que el trabajador con su ausencia al trabajo durante el periodo de sustanciación del recurso estaba asumiendo el riesgo, si la sentencia se revocaba, de que se considerasen como faltas de asistencia, suficientes para justificar el despido, o de abandono del puesto de trabajo²⁶⁵⁶, en un planteamiento que ha sido calificado, con razón, como carente de lógica y de coherencia²⁶⁵⁷, puesto que si

²⁶⁵² En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador...*, cit., pg. 120 y ss.; DE MIGUEL LORENZO, A.: *La extinción causal del contrato de trabajo...*, cit., pg. 124 y ss., SANPEDRO CORRAL, M.: “La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador”, cit., pg. 53 y ss.; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad...”, cit., pg. 376 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 124. En igual lógica, STS de 3 de junio de 1.988, AS 5210; SSTSJ de Madrid de 11 de septiembre de 1.990, AS 2230; País Vasco de 6 de junio de 1.990, AS 4220.

²⁶⁵³ Véase, p.e., DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M.A.: *Derecho Procesal Civil*, t. II, 3ª ed. Ramón Areces, Madrid, 1.992, pg. 218.

²⁶⁵⁴ En esta lógica, p.e., STS de 3 de junio de 1.988, Ar 5210; SSTCT de 26 de noviembre de 1.986, Ar 12555, de 27 de enero de 1.987, Ar 1522, de 5 de mayo de 1.987, Ar 9295, de 19 de mayo de 1.987, Ar 10369, de 12 de enero de 1.988, Ar 854; STSJ de Madrid de 12 de marzo de 1.990, AS 1286, de Galicia de 27 de mayo de 1.992, AS 2776.

²⁶⁵⁵ Véase la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 1.999, AS 1318, donde se afirma que con la sentencia de instancia termina la obligación del trabajador de continuar prestando sus servicios.

²⁶⁵⁶ Pueden verse, p.e., la STS de 3 de junio de 1.988, Ar 5210, y STCT de 26 de noviembre de 1.986, Ar 12555.

²⁶⁵⁷ Véase SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del*

la sentencia estimatoria de instancia extinguía el contrato y liberaba al trabajador de sus obligaciones²⁶⁵⁸, no era lógico que éste asumiese retroactivamente las consecuencias de una declaración en sentido contrario.

Frente a esta situación de patente inseguridad jurídica, la doctrina proponía que si la sentencia estimatoria de la resolución era revocada por la del recurso, el trabajador debía reincorporarse a su puesto de trabajo sin derecho a compensación alguna, ya que no había trabajado, y sin obligación de asumir consecuencias perjudiciales para él derivadas de su incomparecencia al trabajo, puesto que ésta se basaba en un pronunciamiento judicial²⁶⁵⁹, aunque el Tribunal Supremo se decantó, como se ha dicho, por la otra alternativa, que parece más lógica, consistente en entender que los efectos extintivos y liberatorios de la resolución contractual sólo pueden derivar de una sentencia firme, puesto que lo contrario sería admitir una ejecución provisional unilateralmente decidida de la sentencia definitiva.

3.5.4.5. Plazo de ejercicio

El plazo que para el ejercicio de la acción resolutoria parece admitirse pacíficamente por la doctrina²⁶⁶⁰ y la jurisprudencia²⁶⁶¹ es el fijado en el artículo 59.1 LET, que

Estatuto..., cit., pgs. 122 y 123.

²⁶⁵⁸ Por todas, STS de 3 de junio de 1.988, Ar 5210; STSCT de 12 de mayo de 1.988, Ar 854; SSTSJ de Madrid de 12 de marzo de 1.990, AS 1286, y de Galicia de 27 de mayo de 1.992, AS 2776.

²⁶⁵⁹ En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador...*, cit. pg. 126; SANPEDRO CORRAL, M.: “La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador”, cit., pg. 52; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg. 376.

²⁶⁶⁰ En este sentido véanse, entre otros, ALBIOL MONTESINOS, I.: “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RT, núm. 93/1.989, pgs. 29 y 30; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción...*, pgs. 205 y 206; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación de condiciones de trabajo”, cit., pg. 126; *Ídem*: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales...”,

establece el plazo de un año de prescripción para aquellas acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan otro plazo señalado. Es decir, un año desde el momento en que se considere se ha producido el supuesto de hecho, que se configura así como el *dies a quo* para el cómputo del año de plazo²⁶⁶², siendo de aplicación a este supuesto todo lo razonado anteriormente a propósito del día inicial del cómputo para la

cit., pg. 230; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones...”, cit., pg. 385; SANPEDRO CORRAL, M.: “La extinción causal del contrato de trabajo...”, cit., pg. 40; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg. 372; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 337; MONGE RECALDE, J.L.: “La movilidad interna en la empresa y las modificaciones...”, cit., pg. 21; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 89; DE MIGUEL LORENZO, A.: *La extinción causal del contrato...*, cit., pg. 115.

²⁶⁶¹ Cfr., entre otras muchas, la STS de 22 de diciembre de 1.988, Ar 9897, y las SSTCT de 18 de junio de 1.986, RTCT 4575; 10 de marzo de 1.987, RTCT 5318; 2 de junio de 1.987, RTCT 11892, y 22 de diciembre de 1.987, RTCT 9897, cuya doctrina ha sido seguida por las SSTSJ de Galicia de 19 de febrero de 1.996, AS 244; Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496; País Vasco de 4 de marzo de 1.997, AS 1765, y Castilla-La Mancha de 23 de enero de 1.998, AS 449; de Canarias/Las Palmas de 14 de julio de 1.998, AS 3394, que se refiere al “plazo de prescripción de un año del artículo 59.1”; de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132, cuando señala que “en este caso el plazo es de prescripción, no de caducidad, y es de un año a contar a partir del incumplimiento empresarial”, debiendo estarse al “plazo prescriptivo de un año del apartado 2 del artículo 59”, siguiendo la doctrina de las SSTS de 20 de marzo de 1.990, Ar 2189, y de 5 de febrero de 1.990, AS 820, y de las SSTSJ de Galicia de 19 de febrero de 1.996, AS 244, y de Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496. Igualmente STSJ de Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2.001, AS 2054, con cita de su sentencia de fecha 26 de octubre de 2000, núm. 4275, se refiere a que “el plazo de prescripción aplicable es el de un año contemplado en el párrafo primero del artículo 59.1 del ET”, al igual la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, núm. 4, de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049, que la STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775, cuando dice que la acción resolutoria del artículo 50 “a falta de disposición específica, estará sujeta a la prescripción general de un año”, al igual que la STSJ Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2.004, AS 3947.

²⁶⁶² Véase, por ejemplo, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 14 de julio de 1.998, AS 3394: “El plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, de período de consultas”.

rescisión contractual del 41.3, segundo LET²⁶⁶³. El problema que puede surgir es que, a veces, especialmente si se trata de ocultar o minimizar la verdadera naturaleza de la modificación, se hace necesario un detenido examen para constatar no sólo el perjuicio, sino también su irreparabilidad²⁶⁶⁴, puesto que en bastantes ocasiones se llega a esta situación como “resultado de un proceso lento de deterioro de la situación del trabajador, manifestado en actuaciones diversas, que permiten terminar concretando una situación vejatoria”²⁶⁶⁵. Por eso, algún pronunciamiento admite que el *dies a quo* del plazo sea, no el de la implementación de la modificación, sino aquél en que se constató la existencia del perjuicio²⁶⁶⁶. Sin embargo, este planteamiento debe ser rechazado categóricamente por la carga de subjetividad que supone y, sobre todo, por la

²⁶⁶³ Véase *supra*.

²⁶⁶⁴ Véase DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 74, nota 96, y SANPEDRO CORRAL, M.: “La extinción causal del contrato de trabajo...”, cit., pg. 40; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial...*, cit., pg. 250.

²⁶⁶⁵ PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones...”, cit., pg. 385, donde señala, además, que “sólo en el desarrollo de su ejecución (de la modificación) a lo largo del tiempo pueda confirmarse si hay una real incidencia que implique perjuicio en la formación o menoscabo en la dignidad”.

²⁶⁶⁶ La STSJ de Comunidad Valenciana de 29 de diciembre de 2.003, AS 1449, afirma que “debe considerarse que no infringió el plazo de prescripción al constatarse mucho más tarde por el trabajador que tal situación era permanente, afectaba a su promoción profesional en sentido negativo, en contra de lo expuesto por la propia empresa, y que suponía una situación de claro agravamiento de su situación física previa, por lo que no cabe computar el plazo anual desde la fecha de la formal notificación de condiciones, sino desde el momento en que para el trabajador quedó constatado que tal situación suponía un claro incumplimiento de la empresa de sus deberes de promoción profesional, y una vez constada a través de la primera vez que se le diagnostica la lumbalgia que dio lugar a su situación de baja laboral, al resultar entonces evidente para la empresa la producción de un resultado lesivo efectivo, el cual ha resultado posteriormente agravado”, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 16 de enero de 2003, Ar 6, y de 13 febrero 2003, Ar 1013, que aplican ese criterio a la reclamación derivada de accidente laboral, “donde se computa no desde su fecha o la constatación de las lesiones, sino incluso desde la incapacidad consecuente con tales lesiones”.

inseguridad jurídica que conlleva, al supeditarse el nacimiento del plazo a que el trabajador se considere o no perjudicado, puesto que esta interpretación permitiría demandar en cualquier momento e impediría considerar posible la aceptación por el trabajador de la modificación.

El argumento principal a favor del plazo de un año es que el supuesto del 50.1.a) se ajusta perfectamente al ámbito de aplicación del artículo 59 LET, puesto que se trata de una acción derivada del contrato de trabajo a la que es de aplicación el plazo general de un año, al no tener reconocido un plazo especial²⁶⁶⁷.

Otro argumento a favor de un plazo tan largo para pedir la resolución contractual deriva de la propia naturaleza del perjuicio que la modificación ha de provocar, que puede ser perceptible claramente desde el primer día de su implementación, tardar bastante tiempo en manifestarse o, incluso, causar el perjuicio en el momento en que la modificación es conocida, antes de su puesta en práctica²⁶⁶⁸. En cualquier caso, como el daño se produce específicamente sobre un bien jurídico concreto como es la formación profesional o la dignidad del trabajador, sólo a partir del exacto conocimiento de la nueva situación profesional será posible evaluar correctamente la existencia del daño y su gravedad. De aquí que el plazo de un año se revele como el más a propósito para esta correcta

²⁶⁶⁷ La Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, núm. 4, de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049, expone que “el supuesto extintivo previsto en el artículo 50 ET se ajusta perfectamente al ámbito de aplicación del artículo 59 ET, ya se trata de una acción derivada del contrato, y dado que no tiene reconocido un plazo específico para su ejercicio, ha de aplicarse sin duda el contemplado con carácter general en el número 1 del último precepto estatutario mencionado: un año de prescripción”.

²⁶⁶⁸ Véase, p.e, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 14 de julio de 1.998, AS 3394, cuando expone que “es opinión de esta Sala que atendiendo a las circunstancias legalmente exigidas para la concurrencia del motivo resolutorio previsto en el apartado 1 a) del artículo 50 -perjuicio de la formación profesional o menoscabo de su dignidad-, ha de estarse al plazo prescriptivo de un año del apartado 1 del artículo 59, puesto que junto a supuestos en los que aquellas circunstancias o alguna de ellas se revelan de modo inmediato con la adopción de la medida empresarial, existen otros en los que se hace preciso el transcurso de un cierto tiempo para su apreciación -falta de ocupación efectiva, falta de promoción, etc.-, que caso contrario, quedarían desprotegidos, resolución que enlaza con la postura que hasta ahora venían manteniendo los Tribunales y es coherente con una interpretación sistemática del precepto”.

apreciación del perjuicio causado por la modificación y para decidir la subsiguiente petición de resolución contractual.

La materialidad y actualidad del perjuicio, además de ser la causa habilitante para el ejercicio de la acción resolutoria del 50.1 a) LET, se configura como el *dies a quo* a partir del cuál computar el año de plazo, que comenzará a contar desde el día en que concurren los presupuestos de hecho de la resolución contractual, es decir desde el día en que la acción pudo ejercitarse, como señalan la mayoría de la doctrina²⁶⁶⁹ y de los pronunciamientos judiciales²⁶⁷⁰, aunque para otros no se requiera más que la posibilidad de materialización del perjuicio, en cuyo caso, para ejercitar la acción resolutoria, sólo sería exigible la eventualidad de su materialización, como alguna jurisprudencia ha

²⁶⁶⁹ Por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 113.

²⁶⁷⁰ Entre otras muchas, puede señalarse la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, núm. 4, de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049, señala que el día es “aquel en que el que la acción pudo ejercitarse, tal como concurren los presupuestos de la concreta justa causa alegada en orden a solicitar la extinción contractual, pudiendo mantenerse entonces que el plazo para el ejercicio de la acción resolutoria es el de un año de prescripción desde que se verificó la conducta empresarial tipificada”; la STSJ de Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2.001, AS 2054, siguiendo la doctrina de las SSTSJ de Cataluña de 9 de febrero de 1999, AS 5523, de Andalucía/Granada de 11 de julio de 1994, AS 2928, y de Madrid de 28 de enero de 1993, AS 352, se pronuncia por la “la teoría de la «actio nata» derivada de lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil y de modo especial para el contrato de trabajo en el artículo 59.2 del ET, a cuyo tenor «si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de trato único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato de trabajo, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción jurídica pudiera ejercitarse», añadiendo que “habiendo señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4520), que «la pretensión procesal de resolución del contrato puede ser deducida por el trabajador desde el momento en que se producen los hechos supuestamente constitutivos del grave incumplimiento contractual por parte del empresario». A su vez, la STS de 7 de junio de 1.999, Ar. dice claramente que se iniciará el cómputo del plazo “no el día en que la empresa comunicó su decisión, sino la fecha en que surtió efectos dicha comunicación”.

admitido²⁶⁷¹. Consecuentemente, el transcurso de este plazo sin que se interponga la demanda resolutoria debe dar a entender que el trabajador asume la modificación sustancial que se le ha impuesto²⁶⁷².

Sin embargo, al igual que sucedía con el plazo de ejercicio de la opción del 41.3, también aquí se han contemplado diversas posibilidades²⁶⁷³, todas rechazables, como son, en primer lugar, la posibilidad de aplicar el plazo de preaviso de un mínimo de 30 días previsto en el 41.3 LET²⁶⁷⁴, argumentando la funcionalidad práctica de éste como un período de tiempo que permite al trabajador evaluar la licitud de la modificación, su incidencia y las oportunidades de reacción contra ella. A esto se puede objetar que éste es un plazo general para las reacciones contra la modificación a falta de plazo expreso, mientras que aquí estamos ante una acción derivada del contrato, no impugnatoria de la modificación y existe, además, un plazo especial para ello.

²⁶⁷¹ En esta lógica interpretativa puede verse la STSJ de Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496, cuando afirma que la acción resolutoria es ejercitable “sin que sea preciso (...) que los potenciales perjuicios que conlleva (la medida modificativa) hayan quedado definitivamente consumados”, puesto que “la resolución contractual indemnizada persigue, precisamente, que no se llegue a esta situación facilitando al trabajador medios con que poder afrontar su recolocación en otra empresa”.

²⁶⁷² P.e., la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, núm. 4, de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049: “el aquietamiento del trabajador durante dicho período y tiempo implica su tácita aceptación del incumplimiento y, por tanto la consolidación del mismo y la enervación de la acción extintiva”; igualmente lo deduce la STSJ de Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2.001, AS 2054, cuando dice que el ejercicio de la acción “ha excedido en mucho al plazo legalmente establecido, del cual no puede afirmarse que ha existido suspensión alguna, ya que la situación, según el propio actor, ha venido siendo la misma sin solución de continuidad durante más de año y medio”.

²⁶⁷³ Véase a este propósito la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, núm. 4, de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049, que “siguiendo los razonamientos contenidos en la monografía «El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)», Cuadernos de Aranzadi Social 8 de Antonio V. Sempere Navarro y otro” expone las diversas opciones interpretativas, o la STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132, entre otras.

²⁶⁷⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit. pg. 456.

Igualmente, se ha planteado la conveniencia de aplicar el plazo de caducidad de 20 días previsto en el artículo 59.4 LET para la impugnación contra las decisiones empresariales en materia de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica²⁶⁷⁵, entendiéndose que la redacción del 41.3, tercero LET no diferencia entre las diversas clases de extinciones contractuales en función del mayor o menor perjuicio. De aquí que si el trabajador tiene veinte días para impugnar la modificación *ex* 59.4, dispone de igual plazo para rescindir el contrato por perjuicio genérico *ex* 41.3, segundo, e, igualmente, del mismo plazo para la resolución por perjuicio específico *ex* 50.1.a). Sin embargo esta argumentación es rechazable, porque su admisión debe partir del reconocimiento de la acción resolutoria del 50.1.a) como una acción contra las decisiones empresariales en materia de modificaciones sustanciales, a las que el 59.4 concede el plazo de veinte días, mientras que lo cierto es que el 50.1.a) no permite accionar contra la modificación sustancial, sino solicitar la resolución contractual por el perjuicio que la modificación le causa, sin que tenga que dirigirse ni antes, ni en ese momento, ni después, contra la alteración de sus condiciones contractuales²⁶⁷⁶.

Ahora bien, debiera considerarse *de lege ferenda* esta posibilidad de someter a igual plazo de veinte días todas las acciones derivadas de las modificaciones sustanciales, por

²⁶⁷⁵ Véase VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 104.

²⁶⁷⁶ En contra de este plazo, entre otras, SSTCT 27 de enero de 1.987, RTCT 1522, y 22 de diciembre de 1.988, RTCT 9897; SSTS 22 de diciembre 1988, Ar 9897, de 5 de febrero de 1.990, Ar 820, y de 2 de marzo de 1.990, Ar 2052; y las SSTSJ de Galicia de 19 de febrero de 1.996, AS 244, y Navarra de 31 de mayo de 1.996, AS 1496, del País Vasco de 4 de marzo de 1.997, AS 1765; la STSJ de Canarias/Las Palmas de 14 de julio de 1.998, AS 3394, señala que “la acción no está sujeta en modo alguno al plazo de caducidad del artículo 59.3 ET que se refiere únicamente a las acciones de despido”, al igual que la de Andalucía/Málaga de 15 julio 1999, AS 3038, o la Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132, cuando afirma que “es coherente con una interpretación sistemática del precepto (...)por lo que el plazo de caducidad de 20 días se aplicará exclusivamente a las acciones del trabajador dirigidas a la extinción del contrato por causarle perjuicio [genérico], modificación sustancial decidida o a la impugnación de la medida”.

cuanto simplificaría la complejidad procesal de la institución sin perjudicar en exceso el derecho a la resolución contractual, puesto que, normalmente, los perjuicios de la modificación son perceptibles desde el momento de su implementación.

De igual modo, también es rechazable la aplicación analógica del plazo de veinte días para la presentación de la demanda por despido del 59.3 LET que alguna doctrina ha defendido²⁶⁷⁷. Este planteamiento, apoyado en un pretendido paralelismo entre el artículo 50 y el 54 LET, reguladores de la extinción contractual por incumplimiento de las partes, tampoco puede sostenerse puesto que, como se ha señalado antes, existe la posibilidad de acudir al cauce del 50.1.a) LET sin necesidad de incumplimiento contractual alguno por parte del empresario.

Y, por supuesto, tampoco puede admitirse el planteamiento hecho por alguna doctrina²⁶⁷⁸ en el sentido de considerar que el plazo para esta resolución es el señalado en el 60.2 LET de sesenta días para la prescripción de las faltas muy graves, en una interpretación deudora, sin duda, de aquella idea, que hemos rechazado, de que si la modificación afecta la profesionalidad o la dignidad del trabajador ésta deviene *per se* ilícita²⁶⁷⁹.

Igualmente, con respecto al *dies a quo* del plazo de resolución, existe un planteamiento doctrinal muy minoritario²⁶⁸⁰, que tampoco merece ser admitido válidamente y que consiste en defender que el *dies a quo* es el del cese efectivo y real de la prestación de servicios derivados del contrato y no el del nacimiento de la acción, considerando que

²⁶⁷⁷ En esta lógica, véase BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50...”, cit., pg. 18.

²⁶⁷⁸ ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 625.

²⁶⁷⁹ Rechaza este planteamiento la STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2.001, AS 3132.

²⁶⁸⁰ ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, *ibidem*, pg. 496, seguidos por BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato...*, cit., pg. 91 y ss..

se está ante una excepción de las previstas en el 1.969 Cc, derogatorias del principio general de que la prescripción corre “desde el día en que pudieron ejercitarse las acciones”²⁶⁸¹. De aquí que, salvo “la importante excepción” del 59.2 LET para la reclamación de percepciones económicas o el cumplimiento de obligaciones de tracto único²⁶⁸², “las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado ningún plazo especial no prescriben mientras esté en vigor”²⁶⁸³. Este planteamiento, que conduce directamente a la inseguridad jurídica más absoluta, debe ser rechazado porque convierte en imprescriptible la acción del 50.1.a)²⁶⁸⁴ y porque impide considerar el

²⁶⁸¹ VIQUEIRA PÉREZ, C.: , C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador*, cit., pgs. 97, 98 y 100.

²⁶⁸² Precisamente apelando a esta excepción la STSJ de Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2.001, AS 2054, considera caducada la acción por haberse excedido el plazo de un año para demandar desde el nacimiento de la acción.

²⁶⁸³ ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, *ibidem*, pg. 496. Los pocos pronunciamientos judiciales que aceptan esta teoría son anteriores a los años noventa, como la STS de 20 de marzo de 1.990, Ar 2189, cuando dice que “nuestro derecho no establece para la aplicación del artículo 50, independientemente de que fuera o no adecuado establecerlo, un plazo para ejercitar la acción correspondiente, a diferencia con lo regulado para la situación que contempla el artículo 41.3 ET”, por lo que carece de trascendencia el tiempo que haya pasado desde la desposesión del cargo ocupado y el desempeño pacífico del que se le asignó”.

También en esta lógica señala BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pgs. 96, con apoyo en las STSS de 24 de septiembre de 1.985, Ar 4361, y de 12 de diciembre de 1.989, Ar 8957, que “en ocasiones, algunas decisiones empresariales –por ejemplo, no asignar a un trabajador servicio o actividad alguna –suponen, en principio, y salvo excepciones que por serlo confirman la regla, un claro agravio y menosprecio a la dignidad del trabajador, “cuya gravedad se eleva en progresión geométrica en función del tiempo que transcurra en tal situación”. De aquí que apoye y refuerce su argumento con “los criterios relativos a la flexibilización en la determinación del *dies a quo* en aplicación de la conocida construcción jurisprudencial de innecesaria cita sobre la falta continuada, según la cuál el tiempo de la prescripción no empieza a correr sino a partir de la desaparición completa de la conducta de incumplimiento”.

²⁶⁸⁴ Rechazando taxativamente ese planteamiento, partiendo de la idea de la *actio nata* para la determinación del cómputo del plazo de prescripción, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato*

aquietamiento del trabajador, por mucho tiempo que haya transcurrido desde la modificación sustancial, período que pasa a ser considerado como “una prudente actitud de espera o de paciencia de que se normalice la situación o por el contrario se consolide”, de tal manera que se podría instar la resolución en el momento que el trabajador considere más oportuno para sus intereses²⁶⁸⁵.

Finalmente, sólo queda recordar que el ejercicio de esta acción resolutoria debe encauzarse para su tramitación procesal a través del proceso ordinario²⁶⁸⁶, salvo la eventualidad de que concurra con una acción de despido, en cuyo caso puede acumularse en la correspondiente modalidad especial²⁶⁸⁷.

de trabajo a instancia del trabajador, cit., pg. 98, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: , M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pg. 207.

²⁶⁸⁵ DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg. 373, con cita de la STS de 27 de junio de 1.988, Ar 5475, que en esta línea “acusa” al trabajador que “se apresuró a plantear la resolución del contrato sin que las limitaciones a que se le sometió consolidaran definitivamente”.

²⁶⁸⁶ Por todos, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones sustanciales...”,cit. , pg. 443. Igualmente señalan, entre otras muchas, que el cauce procesal es del procedimiento ordinario la STSJ Galicia 26 enero 2000, AS 107, y la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, núm. 4, de 14 de noviembre de 2.001, AS 4049.

²⁶⁸⁷ Poniendo de relieve la dificultad que presenta esta acumulación, véase RODRÍGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción...*”, cit., pg. 213 y ss. También RIVERO LAMAS, J.: “Cuestiones generales sobre el proceso laboral en la jurisprudencia de unificación de doctrina”, en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Tirant lo Blanch, 1.999, pg. 501 a 503.

3.5.5. Acerca de la posible compatibilidad entre el derecho de rescisión del 41.3 y la acción resolutoria del 50.1.a) LET

Una cuestión que debe ser clarificada es la delimitación de las acciones reconocidas en los artículos 41.3 y 50.1.a) LET, así como depurar la indiscriminada utilización de términos con distinta significación técnico-jurídica, que responden, en última instancia, a la dificultad conceptual del artículo 50 LET y su armonización con las reglas de las modificaciones sustanciales²⁶⁸⁸. Por eso, debe plantearse inicialmente si son o no acciones diferentes y, si lo son, si es posible su acumulación o subordinación, de forma simultánea o sucesiva, a través de un mismo proceso o de varios procesos independientes. Es decir, se ha de determinar si ambos preceptos reconocen derechos y acciones diferenciadas que permitan articular distintas pretensiones o si se confunden en una sola.

El punto de partida es que ambos derechos tienen un mismo presupuesto material, la existencia de una modificación sustancial que causa un perjuicio al trabajador, aunque su mecánica procesal de ejercicio es diferente.

En cuanto al derecho a la rescisión contractual del artículo 41.3 LET, que puede ser calificado como un derecho potestativo y como negocio jurídico unilateral recepticio, es un derecho con un componente extrajudicial importante, como ya se ha señalado, lo que nos permite decir que es el trabajador el que tiene *ex lege* la facultad de extinguir el contrato, con carácter constitutivo y sin necesidad de complemento de voluntad o de capacidad alguna, una vez que constata la aparición del perjuicio y a través de su mera declaración de voluntad, devengando, en consecuencia, la indemnización correspondiente, mientras que la misión del juzgador, si el asunto le llega, no es otra que declarar si el trabajador estaba ante el supuesto legalmente previsto, si ejerció su

²⁶⁸⁸ DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 66, señala que esa dificultad se muestra en la utilización de términos “como rescisión, resolución, desistimiento, dimisión justificada, dimisión provocada, despido indirecto, denuncia extintiva, etc.”.

opción en tiempo y forma, si procede o no indemnización y cuál sea su montante, pero nunca podrá sustituir ni complementar la voluntad del trabajador.

En cualquier caso, el ejercicio, correcto o no, de la acción extintiva faculta al trabajador para el cese de la prestación laboral y al empresario para negarse a recibirla, con la consecuencia de que no pueden existir salarios de tramitación, al ser la voluntad del trabajador la que ha roto el vínculo contractual, con independencia de que la causa última se encuentre en la “denuncia modificativa/extintiva instada por el empresario”²⁶⁸⁹. Dicho de otra manera, lo que reconoce el artículo 41.3, segundo LET no es más que una especificación del derecho a la dimisión del trabajador, reconocida en el artículo 49.1,d) LET y derivada, en última instancia, del carácter voluntario del trabajo por cuenta ajena tipificado por el artículo 1.1 LET.

De otra parte, el artículo 50.1.a) requiere, como unánimemente se mantiene, de una actuación judicial constitutiva que el trabajador debe instar del juez para que declare la resolución del vínculo, manteniendo su obligación de trabajar mientras se sustancia el procedimiento, salvo, como ya hemos dicho, en aquellas situaciones de riesgo para su integridad o ante vejaciones realmente graves en que puede dejar de hacerlo²⁶⁹⁰.

No obstante estas diferencias, la sustanciación procesal, tanto de la facultad rescisoria como de la acción resolutoria, se lleva a cabo a través del procedimiento ordinario²⁶⁹¹, en el que, como se ha señalado, debe probarse en ambos casos la existencia y entidad del perjuicio que se alega.

²⁶⁸⁹ DE SOTO RIOJA, S.: *Ibidem*, pg. 68, nota 86.

²⁶⁹⁰ Acerca de estas afirmaciones véase lo dicho *supra*.

²⁶⁹¹ Por todos, señalando esta remisión al proceso ordinario CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994-1996)*, cit., pgs. 135-136.

De este somero análisis se puede concluir que entre ambos supuestos extintivos existen más diferencias que concordancias, puesto que, además de la existencia o no de capacidad suficiente en el trabajador para determinar la extinción unilateral, estamos ante distintas cuantías indemnizatorias, distinto bien jurídico protegido y distinto régimen de acreditación del perjuicio. Esta realidad nos permite afirmar que nos encontramos ante situaciones independientes, entre las que el trabajador debe discernir cuál le interesa más para defender su posición.

No obstante, se ha elaborado una posición interpretativa que intenta armonizar los intereses en conflicto, partiendo de que la remisión del 41.3 al 50.1.a) LET hay que interpretarla como hecha a la indemnización de éste último y no como una separación de cauces procesales, siempre que exista perjuicio profesional o a la dignidad del trabajador afectado. Esta idea puede obtenerse de la consideración del artículo 50.1.a) como una mención asistemática del legislador, que debería extraerse del esquema de los incumplimientos contractuales o bien de la idea del perjuicio como factor interpretativo del conjunto de indemnizaciones²⁶⁹².

En esta lógica, el derecho a la rescisión contractual se constituye en título suficiente para llevar a cabo la extinción del contrato con la compensación de los despidos improcedentes, pero sin que lleguen a confundirse dos acciones y dos modos de extinción de la relación que nominalmente responden a dos instancias del trabajador, lo que posibilita, en lugar de una acumulación de acciones, una doble petición alternativa basada en una misma acción, de manera que la rescisión *ex* 41.3 LET permite pedir, si media perjuicio específico, la indemnización del despido improcedente y,

²⁶⁹² Cfr. DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pgs. 69 y 70, y nota 89, donde señala que esta posición “en realidad no se ha formulado de manera expresa para los aspectos procesales del derecho a la resolución, sino que puede concluirse del tratamiento que se dispensa a éste”. Véanse CRUZ VILLALÓN, J.: “La resolución contractual por modificaciones...”, cit., pg. 449 y ss.; y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los criterios jurisprudenciales en materia...”, cit., pg. 325 y ss.

subsidiariamente, si sólo se estima concurrente el perjuicio genérico, la indemnización de menor cuantía del 41.3²⁶⁹³.

Sin embargo, no existe apoyo legal alguno que permita mantener esta opción, puesto que no parece que sea el sentido más literal y directo del 41.3 LET entender que la expresión “sin perjuicio” se refiere únicamente al *quantum* de la indemnización del 50.1.a). Pero es que, además, admitir esta interpretación deja prácticamente vacío el contenido del 50.1.a), al quedar al arbitrio del trabajador el ejercicio de la acción resolutoria, una vez que puede rescindir su contrato con la indemnización del despido improcedente por su sola voluntad, aparte de que deja en el aire si esta posibilidad es válida sólo para las modificaciones de los apartados b), c), d) y e) del 41.1 LET o si se incluyen las demás condiciones, puesto que no se debe olvidar que la acción resolutoria del 50.1.a) no hace distinción entre la condición modificada, a diferencia de lo que sucede con la acción rescisoria del 41.3.

En cambio, parece más lógico entender que las dos acciones son independientes y que el trabajador podrá ejercitar ambas en función de sus intereses, porque los esquemas de actuación procesal de los artículos 41 y 50 son distintos, lo que conlleva que las acciones y derechos que conceden también lo sean. Este planteamiento conduce a que, en la práctica, sean muy pocos los supuestos que permitan el doble conocimiento judicial de ambas acciones, dado el estrecho margen que el juego de la caducidad deja a las acciones del 41.3 y la necesidad, salvo excepciones, de continuar desempeñando la

²⁶⁹³ Véase la STSJ Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2.004, AS 1144, donde parece admitirse la posibilidad de aplicación subsidiaria del 41.3 con respecto al artículo 50.1.a), aunque no lo admite en el caso enjuiciado únicamente por no haberse planteado con anterioridad al momento del recurso. Entre la doctrina, en esta lógica, CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones...”, cit., pgs 448 y 449, sostiene que el juez podrá apreciar perjuicio genérico aunque no se haya solicitado subsidiariamente en virtud del principio de que quién pide lo más pide lo menos, idea que basa en “la doctrina sentada por nuestro Tribunal constitucional acerca del principio de congruencia procesal”. Rechazan que se pueda entrar a considerar subsidiariamente la presencia del perjuicio genérico las SSTSJ Valencia de 13 de diciembre de 1.995, AS 4535, y Madrid de 2 de junio de 1.997, AS 2348.

prestación para ejercitar válidamente la acción del 50.1.a)²⁶⁹⁴. Además, ese planteamiento supone un mayor riesgo para el trabajador, puesto que el ejercicio de la rescisión implica la extinción de la relación laboral, con independencia de que el juez la confirme.

No obstante todo lo dicho, nada impide al trabajador el planteamiento de su derecho rescisorio en esos términos, pidiendo al empresario la indemnización del despido improcedente en lugar de la de menor entidad del 41.3, y nada impide que el empresario se la conceda si le conviene. Ahora bien, una cosa es que lo pida y se le dé y otra muy distinta que el trabajador esté legalmente facultado para exigir del empresario la indemnización superior, correspondiente al perjuicio específico, a través de esta vía, dada la inexistente base normativa que lo fundamente.

3.5.5.1. La posibilidad de ejercicio acumulado

En cuanto al posible planteamiento conjunto de ambas acciones, lo primero que se debe decir es que, a pesar de que una primera lectura del artículo 73.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil podría dar a entender que sí pueden acumularse, puesto que prohíbe la acumulación de acciones que se tengan que tramitar por procedimientos diferentes y aquí el procedimiento ordinario es el mismo para las dos, lo cierto es que el artículo 27.2 LPL no admite la acumulación de otras acciones en los procedimientos del artículo 50 LET²⁶⁹⁵, de donde resulta de dudosa admisibilidad la demanda que plantee ambas acciones, subordinando una a la desestimación de la otra, aparte del problema derivado de que el anuncio de rescisión *ex* 41.3, segundo LET o se hace en firme y extingue la relación laboral o la acción puede prescribir por transcurso del tiempo si no

²⁶⁹⁴ En esta lógica puede verse MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación...”, cit., pg. 126, donde concluye que ambas acciones son incompatibles.

²⁶⁹⁵ A este propósito CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pgs. 43 y 44, afirman que si se ejercita la acción resolutoria del artículo 50 no cabrá acumulación alguna.

se ejercita, mientras que el ejercicio de la acción resolutoria del 50.1.a) obliga al mantenimiento de la vigencia de la relación hasta la sentencia judicial que finalice el proceso²⁶⁹⁶.

Sin embargo, alguna doctrina científica y judicial²⁶⁹⁷ considera viable esta acumulación de pretensiones “solventando con mejor juicio que rigor”²⁶⁹⁸ las dificultades prácticas que presenta la situación, con el argumento de que las pretensiones rescisorias pueden encadenarse con carácter alternativo o subsidiario respecto de la acción resolutoria que sería la principal, contando con que el origen de la decisión y la causa de pedir son la misma, la modificación sustancial que causa un perjuicio, mientras que el tipo de perjuicio es secundario, y que ambas acciones han de ejercitarse a través del mismo tipo de proceso, el ordinario. Sin embargo, se puede objetar que, además de la prohibición expresa del artículo 27.2 LPL, este planteamiento ignora la profunda diferencia existente entre ambos mecanismos extintivos en cuanto a la forma, efectos, plazos y cuantías indemnizatorias, porque los derechos recogidos en el 41.3 y el 50.1.a) son derechos distintos en su formulación, por más que en el fondo sí que exista una identidad tanto de personas intervinientes, como de hechos que tienen su origen en una modificación calificada de sustancial y en que la causa de pedir de ambas radicada en la existencia de un perjuicio.

²⁶⁹⁶ En este sentido, entre otras, las SSTS de 24 de mayo de 2.000, Ar 4629, y de 22 de mayo de 2.000, Ar 4623; igualmente las SSTSJ de Galicia de 25 de marzo de 2.002, AS 781, y de Andalucía/Málaga de 21 de junio de 2.002, JUR 241683, y de 26 de julio de 2.003, AS 12.

²⁶⁹⁷ Véase PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo...”, cit., pgs. 188 y 189, recoge, aunque anteriores a la reforma de 1.994, las SSTSJ de Andalucía de 22 de febrero y 19 de abril de 1.993, AS 1149 y 1757, que admiten la articulación de las dos pretensiones, la del 50.1.a) como principal y del 41.3 LET, como subordinada, para que si se desestima la primera se acepte la segunda, pero con fecha de efectos del día de presentación de la demanda de conciliación ante el servicio administrativo *ad hoc*.

²⁶⁹⁸ DE SOTO RIOJA, *ibidem*.

Que la dicción del 41.3 diga que el derecho de rescisión contractual opera sin perjuicio de lo dispuesto en el 50.1.a) no implica, en modo alguno, la equiparación de ambas figuras, sino únicamente que si concurre un determinado tipo de perjuicio específico se pueda exigir una indemnización superior a la del 41.3, para lo que señala una vía procesal específica, precisamente el ejercicio de la acción resolutoria del 51.1.a). Pero es que, además, los supuestos de hecho que habilitan para el ejercicio de ambas acciones son diferentes, en el caso de la acción rescisoria está reducido a que las modificaciones sólo sean unas concretas, las que afecten al 41.1 a), b) y c) LET, mientras que para la acción resolutoria el supuesto es más amplio, por cuanto el perjuicio lo puede causar cualquier tipo de modificación sustancial, y más riguroso, en cuanto que se exige un perjuicio cualificado y específico como es la afectación de la formación profesional o la dignidad del trabajador.

Precisamente por aquella identidad de fondo es por lo que se puede asumir esta tesis en un planteamiento de *lege ferenda*, donde se diera similar tratamiento a ambos modos de extinción contractual, bien supeditando también el derecho rescisorio a la declaración judicial autorizadora o bien dar a la resolución *ex* 50.1.a) el tratamiento extrajudicial reservado hasta ahora a la rescisión del 41.3²⁶⁹⁹, idea que parece más atractiva. Sólo en estas hipótesis sería factible dar a ambas acciones un tratamiento procesal unificado, que ahora debe ser rechazado, sin que su admisión planteara especiales problemas de aumento de conflictividad judicial, puesto que la situación sería similar a la hoy existe con respecto a la rescisión contractual *ex* 41.3 LET, que sólo acaba en la jurisdicción el supuesto en que no existe acuerdo entre empresario y trabajador, mientras que si hoy se quiere acudir a la vía del 50.1.a) inexcusablemente se debe interponer el correspondiente procedimiento, dado el efecto constitutivo de la resolución judicial.

²⁶⁹⁹ Igualmente se muestra en esta lógica DE SOTO RIOJA, cit, pg. 72, donde señala que esta solución “no está demasiado lejos de lo deseable”.

3.5.5.2. El ejercicio simultáneo de ambas acciones

Si lo que se hace es un ejercicio simultáneo de ambas acciones en procesos independientes, tampoco podrán acumularse los autos, *ex* artículo 29 LPL, al no ser idénticas las acciones, lo que necesariamente habrá de conducir a que sólo uno de los pronunciamientos será satisfactorio, puesto que o bien el trabajador rescindió correctamente la relación o bien el juez resolverá el vínculo contractual. Sin embargo, si este planteamiento se diera en la realidad, puesto que sobre el papel cabría la posibilidad, debe ser rechazado, sin duda alguna, con la excepción de litispendencia²⁷⁰⁰, puesto que se han de entender concurrentes los tres requisitos para ello: personas, cosas y causa de pedir que se exigen en el 1.252 del Código Civil para la presunción de cosa juzgada, de la que es anticipo la litispendencia²⁷⁰¹.

3.5.5.3. Ejercicio sucesivo

En cuanto al ejercicio sucesivo, hay que recordar que la acción resolutoria requiere que no se haga uso con anterioridad del derecho a la rescisión del 41.3, puesto que es necesario el mantenimiento en vigor del vínculo contractual para el ejercicio de la acción del 50.1.a)LET. Si tal ha sucedido no se cumple uno de los requisitos para la resolución contractual que, en consecuencia, no podrá ser concedida.

En cambio, si se ejercita primeramente la acción resolutoria con resultado negativo y se decide acudir a continuación a la rescisión encontraremos, dada la brevedad de su plazo de ejercicio, que ésta seguramente habrá caducado²⁷⁰².

²⁷⁰⁰ En esta lógica, DE SOTO RIOJA, cit., pg. 71, donde señala, además, la falta de disposición normativa alguna que regule esta situación.

²⁷⁰¹ En esta lógica pueden verse las SSTSJ País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775, de Cataluña de 8 de mayo de 2.002, AS 2124, de Madrid de 21 de abril de 1.999, AS 1571 y de Valencia de 24 de septiembre de 1.996, AS 2879.

²⁷⁰² Véase DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 71, donde señala que “tampoco a la luz del artículo 59 ET y del artículo 1965 CC puede entenderse que el

3.5.6. Acerca de la posible compatibilidad de la acción de impugnación con el derecho de rescisión y la acción resolutoria

Como se ha visto, el trabajador dispone de la posibilidad de impugnar la decisión modificativa empresarial por la vía del artículo 138 LPL y de solicitar la extinción de su contrato por la vía del artículo 41.3 o del 50.1 a) LET.

En cuanto a la compatibilidad de las acciones rescisoria y resolutoria con el proceso de impugnación de modificaciones sustanciales se deben poner de relieve algunas cuestiones, puesto que, en principio, puede parecer procedente el ejercicio simultáneo o sucesivo de todas ellas, ya que son acciones con diferente fundamentación jurídica y no existe norma alguna que lo prohíba expresamente y al no existir prohibición expresa de compatibilización de estas acciones sería igualmente válido que el trabajador ejercitara una de ellas o dos o las tres opciones a su alcance²⁷⁰³.

No obstante, las diferencias entre estos procedimientos son muy grandes, puesto que a través de la impugnación de la modificación lo que se reclama es el cumplimiento estricto de las condiciones pactadas, mientras que con las acciones rescisoria y resolutoria lo que se pretende en la extinción de ese contrato, en el primer caso obteniendo una indemnización similar a la del despido objetivo²⁷⁰⁴ y en el otro idéntica a la del despido improcedente. Sin embargo, la cuestión merece ser comentada, diferenciando entre los supuestos de compatibilidad de la impugnación con la acción

planteamiento de una demanda declarativa de extinción pueda interpretarse como instrumento suficiente para interrumpir el plazo de prescripción, pues para ello se prevé su propio cauce específico”.

²⁷⁰³ Se pronuncian a favor de esta compatibilidad PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo...”, cit., pg. 211; SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo. Aspectos procesales”, cit., pgs. 369-372.

²⁷⁰⁴ Cuando la modificación sustancial afecta al lugar de trabajo la indemnización sí que coincide exactamente con la del despido objetivo, como señala el artículo 40.1, cuarto LET.

rescisoría o con la acción resolutoria y la acumulación de ambas acciones en el mismo procedimiento, que no parece que pueda admitirse²⁷⁰⁵.

Como el procedimiento del 138 LPL está previsto, únicamente, para la impugnación de las decisiones empresariales sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, sean éstas individuales o colectivas, como ya se ha visto²⁷⁰⁶, sólo podrán acumularse aquellas acciones que se basen en las mismas causas, es decir, “acciones de inadecuación variadas con acciones de nulidad de las allí previstas, pero no más”²⁷⁰⁷. De aquí que pueda aceptarse la acumulación de una acción contra un traslado y, a la vez, contra otra modificación sustancial introducida con aquél o que se declare la nulidad de la modificación y con carácter subsidiario su injustificación. Igualmente, podrían acumularse acciones accesorias a la principal, como la de pedir los gastos de traslado en el caso de que se estime su procedencia.

Existen, además, otras razones en contra de la admisibilidad de la acumulación a la impugnación del 138 LPL de las acciones extintivas de los artículos 41.3 y 50.1.a) LET. En primer lugar, porque el artículo 73.2 LECiv prohíbe la acumulación de acciones que deban tramitarse por procedimientos diferentes y, en segundo, porque, además, el 27.2 LPL expresamente niega tal posibilidad para la acción resolutoria del 50.1.a) LET. En cambio, sí podría admitirse si la impugnación de la modificación se lleva a cabo a través del proceso ordinario. En este caso se podrían acumular a la impugnación de la

²⁷⁰⁵ En este sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal derivada de modificaciones sustanciales...”, cit. pg. 453. Igualmente se deduce este planteamiento de la STSJ País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775, con cita de la STSJ de Valencia, de 24 de septiembre de 1.996, AS 2879, donde se señala que “hay una rígida separación entre la acción resolutoria fundada en la causa del artículo 50.1, a) del Estatuto de los Trabajadores que es la ejercitada en ambos y las de impugnación de los medios empresariales vía artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de instituciones dispares y así aparece reafirmado por la Ley 11/1994”.

²⁷⁰⁶ Véase *supra*.

²⁷⁰⁷ MOLINER TAMBORERO, G.: “La problemática procesal...”, cit., pg. 449.

modificación cuantas acciones relacionadas con esta modificación tenga el trabajador, con la excepción de la acción resolutoria del artículo 50.1.a) y de tutela de derechos fundamentales²⁷⁰⁸. Sin embargo, ya hemos rechazado anteriormente la posibilidad de impugnación por esta vía procesal.

Igualmente se debe rechazar la acumulación de la impugnación individual de la modificación por el procedimiento especial del 138 con la impugnación colectiva por la vía del 151 LPL a causa de la diversidad de procedimientos, aparte de que la propia norma legal establece claramente la interrelación entre ambos, como ya se ha expuesto²⁷⁰⁹.

3.5.6.1. Acerca de la compatibilidad de la impugnación con la rescisión contractual

En cuanto se refiere a la compatibilización de la acción impugnatoria y la acción rescisoria, esta es perfectamente posible si la que se ejercita en primer lugar es la impugnación de la medida modificativa. En este caso, tras el pronunciamiento judicial que declare justificada la modificación sustancial propuesta, el trabajador podrá ejercitar, sin problema alguno, la acción rescisoria al amparo de lo previsto en el 41.3, segundo LET, pues ninguna norma lo impide, a pesar de que alguna jurisprudencia lo ha rechazado²⁷¹⁰.

²⁷⁰⁸ Véase MOLINER TAMBORERO, G.: *Ibidem*, pg. 449, donde considera admisible la acumulación de la acción de tutela de derechos fundamentales a la de impugnación por el procedimiento ordinario, razonando que como existen pronunciamientos jurisprudenciales (STCo. 55/1.983, de 22 de junio; SSTS de 18 de mayo de 1.992, Ar 1773, de 21 de marzo de 1.995, Ar 1328, y de 7 de noviembre de 1.995, Ar 1016) que “aceptan el conflicto colectivo como medido de tutela de derechos fundamentales” y el proceso de tutela “se creó en cumplimiento de las exigencias del art. 53.3 CE, pero no tiene la exclusividad en la tutela de aquellos derechos y, por lo tanto, cabría aceptar esa tutela también en este procedimiento especial”.

²⁷⁰⁹ Sobre esta interrelación véase lo expuesto a propósito del procedimiento de impugnación por la vía del 151 y ss. LPL.

²⁷¹⁰ Véanse, p.e., las SSTSJ de Asturias de 23 de febrero de 1.996, AS 285, de Extremadura de 30 de abril de 1.996, AS 1374, y de Cataluña de 15 de abril de 1.997, AS 1428.

Sin embargo, la dificultad aparece cuando se intenta llevar a la práctica esta posibilidad teórica, puesto que el plazo en el que se puede ejercitar la acción rescisoria es de sólo veinte días desde la notificación al trabajador de la modificación y, como el plazo de impugnación de esa modificación es igualmente de sólo veinte días, resulta a todas luces imposible con la Ley de Procedimiento Laboral en la mano, incluso aunque aceptemos como válido el plazo de treinta días para la rescisión contractual y el procedimiento del 138 LPL sea urgente y preferente, que esa impugnación se resuelva antes de que el plazo de ejercicio de la acción rescisoria haya caducado en la inmensa mayoría de los supuestos, por no decir en todos²⁷¹¹. En el caso, muy excepcional, de que la impugnación se resolviera antes de la finalización del plazo de caducidad, el trabajador puede extinguir su contrato *ex* 41.3, segundo LET. Ahora bien, en la mayoría de las situaciones el trabajador se ve obligado a optar entre impugnar judicialmente la modificación o extinguir su contrato, siendo indiferente, en este caso, que la modificación hubiese merecido el calificativo de ajustada o no a las previsiones del 41 LET, puesto que no se ha sometido al conocimiento judicial.

En cambio, si la modificación es impugnada y declarada por el juez como ajustada a derecho, pero ya ha caducado la acción rescisoria, la única opción que le queda al trabajador es someterse a las nuevas condiciones contractuales, abandonar el trabajo o dimitir de su puesto sin derecho a indemnización alguna²⁷¹², salvo que pueda acudir a la vía resolutoria del 50.1.a), si a resultas de la modificación han sido afectadas su formación profesional o su dignidad.

Ahora bien, cuando la modificación ha sido impugnada y calificada por la sentencia que recaiga en ese procedimiento como justificada, cabe preguntarse si se puede entender

²⁷¹¹ Piénsese, por ejemplo, que sólo el trámite de conciliación previa, del que no está exceptuado este procedimiento por el artículo 64 LPL, puede extenderse hasta quince días desde la presentación de la demanda de conciliación *ex* 65.1 LPL, puesto que nos encontramos ante una acción sometida a caducidad.

²⁷¹² Véase, entre otras, la STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2.002, JUR 254984.

que el trabajador dispone nuevamente de la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria o se debe considerar que ésta ya caducó por el transcurso de los veinte días que fijamos como plazo de ejercicio.

En primer lugar, debe ser descartado el ejercicio de las acciones rescisoria y resolutoria si la modificación impugnada ha sido calificada judicialmente como no sustancial, puesto que faltaría el presupuesto esencial para poder ejercitar esas acciones con la base del 41.3 LET, por lo que un nuevo sometimiento al conocimiento judicial de esos mismos hechos sirviendo como base para cualquier impugnación o acción extintiva sería excepcionado como cosa juzgada, sin que proceda hacer un nuevo pronunciamiento judicial²⁷¹³.

En el caso de que la modificación haya sido calificada como sustancial, aunque no ajustada a derecho, y considerada como improcedente o nula, es evidente que el problema de la compatibilidad con la acción rescisoria del 41.3, segundo LET ha desaparecido, puesto que la, en principio, necesaria vuelta a las condiciones anteriores de trabajo hace desaparecer el perjuicio que se estaba causando y la base para ejercitar la acción rescisoria. En cambio, si el perjuicio afectaba a la profesionalidad o dignidad del trabajador sí que se puede seguir planteando la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria del 50.1.a) LET, posibilidad que, como antes hemos señalado, es independiente de la calificación judicial que merezca la modificación que origina el perjuicio alegado. Además, en ambos casos existe la posibilidad de solicitar una indemnización que resarza el perjuicio sufrido por haber desempeñado el trabajo en unas condiciones implantadas y mantenidas ilícitamente²⁷¹⁴.

²⁷¹³ Cfr. en esta lógica, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, cit., pg. 1123. Igualmente, en esta línea, las SSTs de 24 de mayo de 2.000, AS 4629, y 22 de mayo de 2.000, AS 4623; así como la STJ de Galicia de 15 de abril de 1.997, AS 1514, señala que “no cabe un nuevo pronunciamiento sobre lo que ya fue objeto de debate en el proceso anterior, puesto que ya existe cosa juzgada”.

²⁷¹⁴ Sobre esta posibilidad véase lo dicho *infra*.

En cambio, la respuesta merece ser bastante mas matizada si la modificación ha sido calificada judicialmente como justificada, especialmente en lo que se refiere a la compatibilidad entre las acciones impugnatoria y rescisoria, puesto que la interpretación literal del 41.4 LET que se refiere al “trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente”, parece plantear la cuestión como un ejercicio alternativo de una u otra acción, sin que parezca deducirse de su lectura la posibilidad de un ejercicio conjunto de ambas posibilidades, sea de manera sucesiva o acumulativa, sino que el trabajador debe elegir entre ejercitar una u otra. Sin embargo, no existe unanimidad doctrinal en este sentido, por lo que se han hecho diversas lecturas.

De entrada hay que recordar una obviedad, que si la acción que se ejercita en primer lugar es la acción rescisoria del 41.3, segundo LET, ya no cabe ejercitar ninguna otra más, puesto que su ejercicio, como se ha señalado, extingue la relación laboral, y ya no se puede plantear, de manera que si se hace debe ser rechazada por el juez la impugnación de la modificación o la resolución por perjuicio específico, puesto que ambas exigen el mantenimiento del vínculo contractual en vigor hasta la firmeza de la sentencia, y desde la rescisión contractual la impugnación es inviable, puesto que ya no existe relación jurídica alguna que proteger²⁷¹⁵.

Un planteamiento contrario a la compatibilidad de ambas acciones es el basado en que la impugnación de la modificación supone, en principio, el rechazo de la extinción contractual, aceptándose, en el fondo, que la prestación continúe con las condiciones anteriores o con las nuevas, pero que continúe²⁷¹⁶. Esta posición, la más restrictiva para

²⁷¹⁵ Véanse, en esta línea, la STSJ de Galicia de 25 de marzo de 2.002, AS 781: “mal puede acordarse la resolución de un contrato inexistente en el momento en que se efectúa tal pronunciamiento”, al igual que la STSJ de Andalucía/Málaga de 26 de julio de 2.003, AS 12, y de 21 de junio de 2.002, JUR 241683.

²⁷¹⁶ En esta lógica puede verse ALBIOL MONTESINOS, I.: “La nueva regulación de la movilidad

los intereses del trabajador, ha sido mantenida en base a diferentes argumentos. Uno razona que lo determinante es la dicción literal de los preceptos y ya se ha señalado que una interpretación literal del 41.4 LET parece plantear la cuestión como un alternativa en la que sólo se puede hacer uso de una de las opciones en juego²⁷¹⁷. En cambio, otro argumenta que la opción por la rescisión debe ejercitarse de forma expresa en el período comprendido entre la notificación y la ejecutividad de la medida²⁷¹⁸. De aquí que no se puedan simultanear ni acumular ambas pretensiones, ni suspender el ejercicio de la acción rescisoria supeditándolo al resultado de la impugnación²⁷¹⁹. Sin embargo, estos planteamientos se pueden rechazar diciendo, con respecto al primero, que ese razonamiento “confunde lo que es una simple obviedad explicativa con la imposición de un requisito obligatorio” y, con respecto al segundo, que la norma no exige en manera alguna “una reacción integral en casi unidad de acto, y menos se está confiriendo un plazo perentorio para inclinarse por la extinción”²⁷²⁰.

geográfica...”, cit., pg. 64 y ss.; CORTE HEREDERO, N.: “La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica”, AS, III/1.996, PG. 2471; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales...”, cit., pgs. 228 y 229, aunque con dudas interpretativas y sobre la razonabilidad de otras soluciones; SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica...”, cit., pgs. 34 y 35. Mantienen igualmente este planteamiento las SSTSJ de Asturias de 23 de febrero de 1.996, AS 285, y de Extremadura de 30 de abril de 1.996, AS 1374, y de la Comunidad Valenciana de 17 de septiembre de 1.998, AS 3619

²⁷¹⁷ En este sentido, DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 55.

²⁷¹⁸ ORTIZ LALLANA, M.C.: *La movilidad geográfica en la empresa*, cit., pg. 69, resalta la importancia de la forma para evitar que la incomparencia del trabajador se pueda considerar abandono o dimisión.

²⁷¹⁹ Véase PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de condiciones...”, cit., pg. 213, donde admite el ejercicio simultáneo de ambas acciones.

²⁷²⁰ En esta lógica la STS de 21 de diciembre de 1.999, Ar 2.000/1426, y STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775.

Igualmente, se ha usado para defender aquella idea la ejecutividad inmediata de la orden empresarial modificativa, puesto que si la impugnación no supone en modo alguno la suspensión de su implementación, tampoco debe suponer la posibilidad de suspensión del ejercicio de la acción rescisoria a la espera de la decisión judicial acerca de la legalidad de la modificación²⁷²¹. Desde esta perspectiva, la aceptación de la modificación, que conlleva el no ejercitar la rescisión, no supone una conformidad expresa a las razones invocadas por la empresa, sino la simple aceptación de su ejecución, sin perjuicio de su impugnación y revisión, pero siempre con carácter alternativo a la rescisión²⁷²².

Sin embargo, estas argumentaciones deben rechazarse, alegando que su admisión coarta el derecho del trabajador a una tutela judicial efectiva *ex* 24 CE, al supeditar su derecho a la rescisión contractual al no ejercicio de la impugnación para obtener una calificación judicial de la modificación que se le pretende imponer, como ha señalado la jurisprudencia²⁷²³.

²⁷²¹ Esta disfuncionalidad es especialmente evidente cuando la modificación lo es del lugar de trabajo, puesto que el trabajador debe llevar a cabo el traslado y el empresario debe pagar los gastos de mudanza.

²⁷²² Véase, en esta lógica, DE SOTO RIOJA, cit., pgs. 55 y 56, donde pone de relieve como, en su opinión, “resulta en principio muy complicado defender que desde el lugar de destino y cumplimentados todos esos deberes auxiliares o secundarios pueda instarse *a posteriori* el derecho a la rescisión. O incluso que haya de valorarse la existencia de un perjuicio real y presente que justifique el derecho a la indemnización cuando el transcurso del tiempo haya hecho desaparecer o transformar las circunstancias que lo hicieron realidad”, poniendo de relieve la especial dificultad que esto supone en el caso de las modificaciones del lugar de trabajo.

²⁷²³ La STS de 21 de diciembre de 1.999, Ar 2.000/1426, señala que “con este planteamiento se está condicionando una de las opciones: extinción indemnizada del contrato, nada menos que a la exclusión de un derecho fundamental, el de someter al juez social, “*ex*” artículo 24.1 de la Constitución, la viabilidad o la justicia de la orden empresarial”. Con similar planteamiento la STSJ de Madrid de 17 de junio de 1.999, AS 2758, señala que “la opción no puede perderse por el mero hecho de dudar de la legalidad del acto empresarial y accionar contra él, haciendo maniqueo el resultado del litigio, soslayando la finalidad legislativa del reconocimiento de la opción al trabajador como técnica de acoplamiento de los intereses productivos de la empresa y los sociales del trabajador. Y si la opción puede ejercitarse tras la desestimación de la impugnación judicial de la medida impugnatoria, al no poder sancionarse el deseo de

A esto se ha opuesto que es el trabajador el que libremente decide si impugna o no la modificación, asumiendo un riesgo calculado que se compensa con la indemnización a percibir, equivalente a una extinción por voluntad empresarial, pero que tiene como contrapartida la posibilidad de perder su empleo sin indemnización alguna si el empleador, disconforme con su propuesta, no la acepta y el juez considera que la modificación no es perjudicial o no es una de las sometidas a este régimen indemnizatorio, porque la opción por la rescisión contractual se hace en firme y no admite vuelta atrás a la aceptación de la propuesta modificativa y al mantenimiento de la relación contractual²⁷²⁴. De esta manera, el trabajador está obligado a continuar la relación contractual si quiere mantener el derecho a la restitución a las condiciones contractuales originales o a obtener una indemnización mayor acudiendo a la resolución ex artículo 50.1.a) LET, salvo en las escasas ocasiones en que pueda hacer uso del *ius resistentiae*²⁷²⁵.

Desde esta perspectiva, se muestra claramente que el sentido último de la opción es que el trabajador debe aceptar o no la modificación sustancial que de sus condiciones de trabajo le ofrece el empresario. Si la acepta continúa la relación laboral y si no lo acepta, si demuestra la existencia de un perjuicio tendrá derecho a una indemnización, mayor o menor en función del tipo de perjuicio. Así planteada la situación la verdad es

certidumbre jurídica que ha manifestado ante el Poder Judicial el titular del derecho -pues ello pugnaría con su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva-, tampoco debemos admitir que se pierda el derecho por la mera circunstancia de que el trabajador aplaze su decisión al momento de la efectividad de la medida, una vez ha mostrado su disconformidad”.

²⁷²⁴ En esta lógica, DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales...*, cit., pg. 57, donde recuerda que tampoco anula este derecho “el acuerdo del empresario con los representantes de los trabajadores, la existencia de un laudo arbitral o la impugnación que aquéllos puedan hacer de la medida empresarial”.

²⁷²⁵ Sobre esta cuestión véase lo dicho *supra*.

que estamos, se vea como se quiera ver, ante una denuncia modificativa más o menos encubierta²⁷²⁶.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo, aceptando como válida la opción doctrinal que mantiene que la extinción indemnizada no puede condicionarse a la exclusión del derecho fundamental a la tutela judicial *ex* 24.1 CE, es decir, a someter al juez “la viabilidad o justicia de la orden empresarial”, ha resuelto el problema afirmando que nada autoriza a pensar que “la deducción de la demanda impugnativa excluye una ulterior petición extintiva si la respuesta judicial fuere desfavorable” y que la única incompatibilidad que existe es la de simultanear la impugnación y la extinción contractual, “porque tienden a finalidades opuestas”, insistiendo, además, en que la expresión “no habiendo optado por la extinción, no introduce secuencia temporal alguna, y menos la impone como consecuencia inevitable; sino que queda en una mera manifestación de lo obvio: se puede impugnar porque, hasta el momento, no ha habido intento de extinción”, de lo que se concluye que esto no significa que “la facultad del trabajador precluya ni que en el futuro no pueda aparecer”²⁷²⁷.

No obstante la rotundidad del planteamiento, alguna doctrina²⁷²⁸ señala la insuficiencia de la argumentación de esa sentencia, puesto que no aclara cuándo y cómo ha de ejercitarse el derecho a la rescisión, si debe hacerse reserva expresa en el momento de la impugnación, cómo debe notificarse, si es irreversible o no la declaración de voluntad en este sentido, etc. Sin embargo, a pesar de estas posibles dudas, lo que sí queda claro es que puede procederse a la impugnación de la modificación manteniendo el trabajador el derecho a la rescisión contractual *ex* 41.3 LET, de modo que esta opción rescisoria

²⁷²⁶ Véase lo dicho anteriormente sobre esta cuestión *supra*.

²⁷²⁷ Cfr. STS, unif. de doctrina, de 21 de diciembre de 1.999, Ar 2.000/1426, comentada en RTSS-CEF, 206/2.000, pgs. 80 a 86, por J. GONZÁLEZ. Siguen fielmente esa doctrina, p.e., las SSTSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2.002, JUR 254984 y del País Vasco de 18 de febrero de 2.003, AS 1775.

²⁷²⁸ DE SOTO RIOJA, cit., pg. 59.

será la última en ejercitarse, puesto que si lo es en primer lugar, como ya se ha dicho no existiría relación contractual que proteger.

De esta manera, coincidiendo con el sentir de la mayor parte de la doctrina, este pronunciamiento judicial ha resuelto uno de los problemas de inseguridad jurídica originados por la escasa e insuficiente regulación del derecho a la rescisión contractual. Así, se podrá impugnar cualquier modificación sustancial previamente al ejercicio del derecho de rescisión, lo que servirá, entre otras cosas, para dejar claramente precisado cuál o cuáles son las condiciones modificadas y si éstas lo son sustancialmente o no, pues no todas las condiciones ni todas las modificaciones dan derecho a esta rescisión indemnizada, con lo que el riesgo de que el trabajador tome la decisión equivocada se minimiza²⁷²⁹.

3.5.6.2. Compatibilidad de la impugnación con la acción resolutoria

En cuanto a la compatibilidad entre la impugnación y el ejercicio de la acción resolutoria, se puede decir que, impugnada la modificación dentro del plazo de veinte días y obtenida sentencia declarándola justificada, nada impide que se inste la resolución judicial por perjuicio específico, ejercitando la acción del 50.1.a) durante el período de tiempo restante hasta cumplir el año desde la fecha en que la acción pudo ejercitarse, lo que se puede hacer incluso si se ha recurrido la sentencia que declara justificada la modificación, tramitándose ambos procesos paralelamente²⁷³⁰. Y si esta posibilidad se admite, aunque la modificación haya sido declarada por el juez como ajustada a derecho, con más motivo si la misma ha sido calificada como improcedente o nula, en cuyo caso también podrá ser instada la resolución judicial del contrato, con la única exigencia, unánimemente aceptada, de que el contrato ha de ser mantenido en

²⁷²⁹ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación...*, cit., pg. 264, donde señala que de este modo se pueden “evitar sanciones al demandante que sólo deben proceder cuando el supuesto sea indubitado y se manifieste claramente un móvil dilatorio”.

²⁷³⁰ Véase la STSJ de Madrid de 24 de enero de 1.997, AS 136.

vigor hasta la firmeza del pronunciamiento judicial que lo admita, como se argumentó anteriormente.

Por otra parte, como se ha señalado por la jurisprudencia, no se debe olvidar que, aunque se tenga intención de acudir a esta resolución contractual, puesto que el plazo no es perentorio tras la sentencia, ya que es de un año, lo que sí debe hacer el trabajador es incorporarse a su puesto de trabajo. En caso contrario, su no reincorporación se puede entender como un cese voluntario y el 50.1 LET exige la vigencia del contrato hasta la firmeza de la resolución judicial constitutiva, de manera que una vez dimitido el trabajador o abandonado el puesto de trabajo no puede optarse a la resolución judicial de un contrato que ya no tiene vigencia²⁷³¹.

3.5.7. Acumulación de las demandas de despido y de resolución contractual por voluntad del trabajador

Otra situación que se presenta con cierta frecuencia es aquella en que el trabajador que plantea la resolución contractual ha sido, de manera coincidente en el tiempo, despedido por la empresa, lo que plantea el problema de cuál de las dos demandas ha de ser examinada en primer lugar, puesto que la admisión de una conlleva inexcusablemente el rechazo de la otra. Las posibilidades son dos: una, el trabajador que ha presentado la demanda para la resolución contractual es, a continuación, despedido, y, la segunda, el trabajador despedido reacciona interponiendo la demanda resolutive.

Este problema surge de la confluencia de las voluntades extintivas del trabajador y empresario, expresadas de tal modo que, en bastante ocasiones, no queda claro cuál de ellas es la que realmente da fin a la relación, aparte de que la propia dinámica de la vida del contrato y las vicisitudes que conlleva puede abocar, igualmente, a una coincidencia de causas extintivas, el despido y la resolución por voluntad del trabajador, entre las que hay que discernir cuál es prevalente y cuáles los efectos de una sobre la otra, porque no

²⁷³¹ Cfr. la STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2.002, JUR 254984, donde se admite como cese voluntario el supuesto en que el trabajador, tras ser requerido por el empresario, ni se reincorpora a su puesto ni opta claramente y sin reservas por la extinción contractual.

se puede olvidar que, en tanto no exista sentencia firme, el trabajador está obligado a mantener su prestación.

De aquí que el trabajador, aunque haya interpuesto la demanda resolutoria, puede ser despedido durante la sustanciación del procedimiento, porque la sola presentación de la demanda de resolución ex 50.1.a) no supone la ruptura del contrato ni el fin de la relación laboral²⁷³², puesto que hay que esperar a la resolución judicial que así lo disponga.

Si el despido se acepta y no se impugna o siéndolo es considerado procedente, la relación laboral se extingue, con lo que igualmente desaparece la vigencia del contrato, que se exige como requisito indispensable para la estimación de la demanda resolutoria ex 50.1.a)²⁷³³.

En realidad nos encontramos ante un supuesto de posible acumulación de autos, puesto que las correspondientes demandas han debido ser interpuestas independientemente. Para estas situaciones, el artículo 32 LPL señala que “la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio”. De esta manera, al acumular la impugnación del despido, de la clase que sea, con la resolución contractual ex 50.1.a), se está permitiendo, en contra de la regla general sobre acumulación de autos, que exige identidad de acciones y demandado, la acumulación de acciones distintas, aunque se hable de autos²⁷³⁴, con diversa causa de pedir y diferentes

²⁷³² Véase GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1.991, pg. 141.

²⁷³³ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 114.

²⁷³⁴ Igualmente, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 70, señala que “el artículo 32 LPL se acerca en gran medida a las características de la acumulación de acciones”.

pretensiones. Desde este planteamiento, la diferencia entre hablar de acumulación de autos o de acciones, deriva únicamente de que las demandas se interpongan conjunta o separadamente, pero si una vez interpuestas se acumulan los autos, en el fondo sería indiferente hablar de acumulación de unos u otras, obviando, eso sí, un correcto empleo de la terminología y los conceptos jurídicos. Además, la regulación del 32 LPL parece contradecir lo dispuesto en el 27.2 LPL, cuando considera no acumulables en la demanda inicial las acciones de despido y de extinción contractual del 50.1.a)LET, aunque sin perjuicio de que el legislador prevea, como se hace en el 32 LPL, su acumulación sucesiva, sea de oficio o a petición de parte, para que la resolución judicial solviente los problemas prácticos que se puedan derivar de esta coincidencia²⁷³⁵.

La verdad es que ambos supuestos, el despido y la resolución contractual, aunque sean dos acciones con un presupuesto de hecho tan diferente, se encuentran profundamente interrelacionados y, por tanto, necesitados de una solución que tenga en cuenta esta conexión, para lo que deben ser contemplados unitariamente, lo que indudablemente favorece el contenido del 32 LPL, hecho que, además, repercute positivamente en la consecución de los principios de concentración, celeridad y búsqueda de la verdad material propios del proceso laboral²⁷³⁶.

La previsión del artículo consiste en permitir una acumulación sucesiva, no inicial, cuando dice que “la demanda que se promueva posteriormente se acumula cuál de ellas se interponga primero ya que la segunda se le acumulará²⁷³⁷”, para lo que se exige que el

²⁷³⁵ Véase GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato...*, pgs. 55 y ss.

²⁷³⁶ GARCÍA MURCIA, J.: *Ibidem*, pgs. 98 y 99. Igualmente se posiciona en esta lógica la STS, unif. de doctrina, de 23 de diciembre de 1.996, Ar 9448, cuando señala que “la finalidad que persigue el artículo 32 LPL responde a la voluntad legal de que sean contempladas al propio tiempo conductas entrecruzadas que se hubieran producido en una misma situación de conflicto”, pues “se trata de evitar actuaciones torticeras que persigan, a través de ejercer la acción resolutoria, eludir las consecuencias de un despido que se prevé inminente o a buscar la enervación de tal acción resolutoria mediante la imposición del despido”.

trabajador haga constar en la segunda demanda la existencia del procedimiento ya en marcha y el juzgado en que se tramita. Así, lo cierto es que estamos ante una acumulación obligatoria, no meramente facultativa, puesto que se exige que la segunda demanda se inserte en la primera “de oficio o a instancia de cualquiera de las partes”, es decir, que la acumulación no se deja sólo en manos de las partes, sino que el juez puede instarla sin su aquiescencia.

El principal efecto de la acumulación, que de acuerdo con el 34 LPL se debe hacer antes de la celebración de los actos de conciliación y juicio, salvo que se proponga por reconvencción, consiste en que todas las cuestiones planteadas en ambas demandas se tendrán que conocer un solo juicio, en el que se discutirán conjuntamente todas las pretensiones que han sido acumuladas. Como se ha señalado por la doctrina²⁷³⁸, la unificación judicial de acciones tan diversas plantea problemas, tanto procedimentales como con respecto al contenido y alcance de la resolución judicial. En el aspecto procesal parece razonable que en su tramitación se siga el procedimiento correspondiente a la acción ejercida primeramente, a la que se acumula la segunda, siquiera sea por un criterio puramente temporal, que no es compartido por todos²⁷³⁹, proponiéndose que la tramitación siga el proceso ordinario²⁷⁴⁰, aunque en este caso sea necesario completarlo con las reglas que en el procedimiento de despido garantizan los derechos e intereses en juego en las fases de alegaciones, prueba y conclusiones, como,

²⁷³⁷ MONTERO AROCA, J. en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, t. I, Civitas, Madrid, 1.993, pg. 239.

²⁷³⁸ GARCÍA MURCIA, J.: *Ibidem*, pg. 176 a 185.

²⁷³⁹ En esta lógica, MONTERO AROCA, J.: *Ibidem*, pg. 239.

²⁷⁴⁰ Mantienen una opinión contraria BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pg. 311, cuando dicen que ante la falta de un cauce procesal específico para esta acumulación de autos, “resulta dominante el proceso ordinario, en el que habrán de respetarse, no las reglas propias de la dinámica del proceso por despido, sino sólo las garantías procedimentales del trabajador. Y no sólo las del art. 106 LPL. También, y sobre todo, la plena incumbencia de la carga de la prueba al empresario”.

por otra parte, exige el 106 LPL²⁷⁴¹, a la vez que parece conveniente que las dos demandas y sus respectivas pretensiones sean tramitadas por separado, dentro del mismo proceso, y resueltas todas ellas en la misma sentencia²⁷⁴².

En cuanto al alcance y contenido de la sentencia judicial la solución parece más compleja, puesto que tanto el 32 LPL, que dispone que todas las cuestiones planteadas se discutirán en el mismo juicio, como el 35 LPL que, con carácter general, señala que todas esas cuestiones habrán de resolverse en una sola resolución, lo que hace prever la dificultad de responder igualmente a todas, puesto que lo normal sea que se opte por una u otra pretensión como principal y se subordine el resto del razonamiento a esta elección. De entrada, el juez decidirá si extingue o no el contrato y si lo hace con un fundamento u otro y en qué momento, debiendo fijarse, en consecuencia, las indemnizaciones correspondientes y si procede o no el abono de créditos salariales. De aquí que, aunque la sentencia formalmente sea única, existirán diversos pronunciamientos para cada una de las pretensiones planteadas, aunque también podemos encontrar sentencias que se limiten a la pretensión que se haya considerado preferente, cuando ello suponga la pérdida de sentido o razón de ser de la siguiente²⁷⁴³.

De aquí la dificultad de establecer reglas apriorísticas acerca de la preferencia en el conocimiento de una u otra acción²⁷⁴⁴, puesto que no parece conveniente, en principio,

²⁷⁴¹ GARCÍA MURCIA, J.: *Ibidem*, pgs. 179 y 180. En la jurisprudencia esta opinión es sustentada por la STS, unif. de doctrina, de 23 de diciembre de 1.996, Ar 9448, que taxativamente exige que consecución de la finalidad perseguida por el 32 LPL no excluye “como precisa el artículo 106.1 LPL, que deban quedar indemnes las garantías que, respecto a alegaciones prueba y conclusiones, se hallan establecidas para el proceso de despido”.

²⁷⁴² GARCÍA MURCIA, J.: *Ibidem*, pgs. 182 y 183.

²⁷⁴³ GARCÍA MURCIA, J.: *Ibidem*, pgs. 184 y 185.

²⁷⁴⁴ En esta lógica la STS, unif. de doctrina, de 23 de diciembre de 1.996, Ar 9448, señala que “la interpretación teleológica del citado artículo 32 LPL dificulta en extremo acudir a reglas dogmáticas y apriorísticas que fijen criterio sobre cuál de ambas acciones –la resolutoria o la impugnatoria del despido– ha de obtener primera respuesta”.

considerar preponderante una u otra, sino que ése carácter habrá de extraerse de los concretos hechos que las sostienen²⁷⁴⁵, aunque algunos pronunciamientos judiciales se decantan por el criterio temporal, conociendo en primer lugar la acción planteada anteriormente²⁷⁴⁶, criterio que algunos subordinan a la buena fé en la actuación del trabajador²⁷⁴⁷, mientras que otros sostienen que lo conveniente es analizar en primer lugar la acción de despido, con independencia del orden de ejercicio²⁷⁴⁸.

La lógica que informa esta acumulación es la búsqueda de la verdadera causa de extinción del contrato para, una vez hallada, adaptar a ella las consecuencias que efectivamente hayan concurrido en el caso, previa comprobación de que la otra circunstancia extintiva concurrente no ha tenido entidad propia²⁷⁴⁹. La cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, señalando que no caben en estos supuestos reglas dogmáticas ni apriorísticas, sino que debe acudir a una consideración conjunta de ambas acciones cuando las dos respondan a una misma situación de conflicto, como sucede cuando la reacción empresarial a la demanda resolutoria es el despido del

²⁷⁴⁵ Igualmente, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por ...*, cit., pg. 74.

²⁷⁴⁶ Entre la jurisprudencia apoyan este criterio, p.e., las SSTS de 4 de febrero de 1.986, Ar 703, de 7 de noviembre de 1.989, Ar 8019, de 30 de abril de 1.990, Ar 3059; STSJ de Castilla y León/Valladolid de 7 de enero de 1.997, AS 285.

²⁷⁴⁷ Subordinan la aplicación del criterio cronológico a que el trabajador actúe de buena fé, sin hacer un ejercicio calculado de las acciones para obtener este beneficio las SSTSJ del País Vasco de 22 de julio de 1.997, AS 2333, de Castilla y León/Valladolid de 27 de abril de 1.999, as 1899.

²⁷⁴⁸ En esta lógica, p.e., las SSTS de 18 de septiembre de 1.989, Ar 6455, de 7 de noviembre de 1.989, Ar 8019; STCT de 5 de mayo de 1.987, Ar 3509; SSTSJ de Madrid de 12 de marzo de 1.990, AS 1286, del País Vasco de 7 de julio de 1.995, AS 3138, de Cataluña de 26 de mayo de 1.997, AS 1965, y de Cataluña de 19 de julio de 1.997, AS 3564.

²⁷⁴⁹ BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., 310.

trabajador por cese de su prestación o cuando la resolución se acciona frente a la falta de ocupación efectiva tras un despido tácito también impugnado²⁷⁵⁰, es decir cuando existen “conductas cruzadas” que responden “a una misma situación de conflicto”²⁷⁵¹. En estos casos, para valorar adecuadamente las interrelaciones recíprocas que condicionan ambas pretensiones, se hace imprescindible el análisis conjunto de ambas acciones²⁷⁵². En cambio, si el despido y la resolución contractual responden a causas diversas, el Tribunal Supremo se decanta por el criterio cronológico, al concluir que deben analizarse separadamente y en el orden en que las acciones se han ejercitado²⁷⁵³.

Sin embargo, no siempre parece conveniente seguir esa lógica, puesto que lo procedente será, en bastantes ocasiones, analizar en primer lugar el despido del trabajador²⁷⁵⁴,

²⁷⁵⁰ Ejemplos de pronunciamientos judiciales que consideran existente un despido tácito en la falta de ocupación efectiva cuando ésta se acompaña de impago de salarios son, entre otras, las SSTCT de 27 de enero de 1.987, Ar 1513, de 19 de enero de 1.988, Ar 900, de 17 de febrero de 1.988, Ar 1.553; y la STSJ de Murcia de 20 de abril de 1.999, Ar 1419.

²⁷⁵¹ STS, unif. de doctrina, de 23 de diciembre de 1.996, Ar 9848.

²⁷⁵² Véase, en esta lógica, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 117, señalan que “no sería de justicia detenerse en la impugnación del despido basado en ausencias injustificadas al trabajo sin tener en cuenta la posible concurrencia de un derecho del trabajador a cesar prematuramente en su prestación de servicios motivado por un previo incumplimiento del empresario, como tampoco lo sería resolver acerca de la pretensión extintiva del trabajador por falta de ocupación efectiva dejando de lado la posibilidad de que el contrato no estuviera en vigor al momento de dicha resolución”.

²⁷⁵³ Véase la STSJ de Cataluña de 19 de junio de 1.998, Ar 2083, donde, con cita expresa y siguiendo el criterio sentado por la citada STS, unif. de doctrina, de 23 de diciembre de 1.996, Ar 9848, se resolvió que, dado que la demanda de despido, presentada en segundo lugar, no trataba de hechos íntimamente ligados con los que motivaron la primera demanda de extinción contractual, parecía lógico examinar en primer lugar las cuestiones derivadas de ésta por ser en el tiempo anterior a la otra.

²⁷⁵⁴ Véase, en este sentido, p.e., la SJS nº 5 de Granada, de 2 de diciembre de 2.005, sentencia 55872.005, señalando en un caso de acumulación de acción resolutoria seguida de despido, que “no derivando ambas acciones de una misma situación de conflicto, debe analizarse en primer lugar la medida extintiva

porque si éste se enjuicia primeramente y es declarado procedente, dado el efecto declarativo de esta sentencia, el contrato habrá quedado extinguido en la fecha en que se realizó por la empresa, que siempre será anterior a la eventual sentencia estimatoria de la pretensión resolutoria del trabajador, de donde resulta indiferente que la acción resolutoria se estime o no, puesto que el contrato habrá perdido ya su vigencia, si recordamos que debe estar en vigor en el momento de firmeza de la sentencia estimatoria de la pretensión del trabajador²⁷⁵⁵, lo que no es compartido por todos²⁷⁵⁶,

empresarial, aconsejando esta situación, a pesar de haberse promovido cronológicamente en primer lugar la acción resolutoria del trabajador, el carácter constitutivo de la sentencia estimatoria de la resolución por voluntad del trabajador, por oposición al declarativo de la sentencia que reconoce la procedencia del despido”, siguiendo el criterio de las SSTSJ de Andalucía/Granada de 4 de junio de 1.996, AS 1751, y de Cataluña de 26 de mayo de 1.997, AS 1965.

²⁷⁵⁵ En esta lógica, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 117. Igualmente, en este sentido, la STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 1.997, AS 1965, en un caso de despido posterior a la presentación de la solicitud de conciliación previa a la demanda de resolución *ex* 50.1.a), opta por resolver en primer lugar la acción contra el despido, porque las consecuencias de la obligación de acumulación del 32 LPL, “no pueden ser otras que la de conocer y resolver en primer lugar y con carácter prioritario la acción de despido, toda vez que la decisión empresarial en tal sentido supone la extinción de la relación laboral” y “lo trascendente es la situación de la relación laboral a la fecha en que se dicta la sentencia”, puesto que se “exige que el vínculo laboral se encuentre vigente a la fecha de celebración del acto del juicio, por lo que si el despido fuese calificado como procedente no cabe acordar la extinción de una relación jurídica que ya quedó válidamente extinguida por aquella decisión empresarial que se declara ajustada a derecho”. En esta misma lógica las SSTS de 14 de junio de 1.990, Ar 5079, de 7 de diciembre de 1.990, Ar 9760, de 20 de junio de 1.996, Ar 5215, y las SSTSJ de Cataluña de 18 de enero de 2.000, AS 5182, y de 21 de diciembre de 2.004, JUR 66325.

²⁷⁵⁶ En contra puede citarse doctrina judicial y científica que, no obstante reconocer la exigencia de que la relación permanezca en vigor en el momento de la sentencia estimatoria de la pretensión extintiva del trabajador, entiende que tal regla quiebra en caso de que se haya ejercitado la acción antes de que el empresario efectuara el despido. En dicho caso, la procedencia de este último no obsta a la estimación de la extinción del contrato por voluntad del trabajador. (SSTS de 4 de febrero de 1.986, Ar 703, de 5 de diciembre de 1.988, Ar 9560, de 7 de noviembre de 1.989, Ar 8019; STSJ de Cataluña de 10 de junio de 1.997, AS 2441. DE MIGUEL LORENZO, A.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, cit., pg. 143.

puesto que la admisión de ese criterio no hace *per se* desaparecer la situación que previamente provocó la interposición de la demanda extintiva del trabajador.

De aquí que deba tenerse en cuenta que, aunque se considere procedente el despido realizado con posterioridad al ejercicio de la acción resolutoria del trabajador, si también se estima la procedencia de la demanda de resolución ex 50.1.a) en base a razones preexistentes al momento del despido, aunque éste haya sido considerado procedente, al ser esta decisión declarativa, la extinción contractual se retrotraerá a la fecha de la decisión empresarial y, consecuentemente, los derechos indemnizatorios y salariales del trabajador también se calcularán teniendo en cuenta esa fecha y no la de la resolución judicial extintiva²⁷⁵⁷, en lo que ha sido calificado como una “solución ambigua” por olvidar el requisito de vigencia de la relación laboral en el momento en que se dicte la sentencia constitutiva²⁷⁵⁸, pero que parece bastante correcta si atendemos a la búsqueda de la verdadera causa de la extinción y a la reparación de los perjuicios causados a las partes, aunque reconociendo que tiene el inconveniente de que, en determinados casos, podría dar la impresión de conceder carta de impunidad al trabajador desde que presenta la demanda resolutoria²⁷⁵⁹, lo que no es tal, puesto que sus

²⁷⁵⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador...*, cit, pg. 157; GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo...*, cit., pg. 186 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa...*, cit., pg. 76 y 77.

²⁷⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 119, afirman que “el conocimiento conjunto de las pretensiones del trabajador y empresario sólo permite una modulación de los efectos derivados de la apreciación de las mismas siempre que en ningún momento se niegue el régimen jurídico propio de cada una de las figuras extintivas”.

²⁷⁵⁹ Véase la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1.997, AS 3564, cuando, en esta lógica, afirma que la “interpretación contraria supondría conceder al trabajador el derecho a un impune comportamiento durante el período que media entre la papeleta de extinción y la vista del juicio o una extraña amnistía laboral por los hechos anteriores a dicha papeleta”.

incumplimientos se pueden sancionar válidamente, como estamos viendo, con el despido.

Este modo de interpretar también puede causar otro problema si no es entendido correctamente por el trabajador, ya que se debe mantener la impugnación del despido hasta la firmeza de la sentencia, debiendo recurrir, si es el caso, ambos pronunciamientos, el de despido y la resolución ex 50.1.a), puesto que, en caso contrario, corre el riesgo de que, aunque se den las circunstancias descritas anteriormente, el Tribunal que resuelva el recurso entienda que, al no recurrir la procedencia del despido, éste se acepta y ya no se reúnen los requisitos de vigencia de la relación laboral necesarios para la resolución indemnizada²⁷⁶⁰.

Sin embargo, si el despido se considera improcedente, la continuación de la relación laboral depende de la aceptación o no de la pretensión extintiva del trabajador. Si el juez estima la concurrencia de los requisitos legales para la resolución contractual a instancia del trabajador, quedará extinguido el contrato por el efecto constitutivo de la sentencia, por lo que se deberán fijar tanto las indemnizaciones como los salarios correspondientes que, como ya se razonó, deben tener en cuenta, salvo las excepciones señaladas, que ha prestado sus servicios hasta la fecha de la resolución judicial extintiva²⁷⁶¹. En cambio, si la pretensión no es admitida la relación continúa su vigencia, teniendo derecho a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, que esta sentencia rechaza igualmente²⁷⁶², debiendo tenerse en cuenta que, aunque el despido sea improcedente, no

²⁷⁶⁰ véase, en esta lógica, la STS, unif. de doctrina, de 23 de diciembre de 1.996, Ar 9848, cuando señala que “la aludida consideración conjunta se hizo ya inviable en suplicación, dado que el trabajador no recurrió el pronunciamiento de instancia que, declarando la procedencia del despido y consiguientemente eficaz la extinción contractual producida por éste, desestimó la pretensión impugnatoria del mismo”.

²⁷⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 118. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones...*, cit., pg. 76.

²⁷⁶² Por todas, la STS de 10 de abril de 1.988, Ar 1920 y STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 1.997, AS 1965.

se admite el ejercicio de la opción por la indemnización que en estos supuestos corresponde al empresario, puesto que se estaría impidiendo la operatividad de la facultad resolutoria del trabajador²⁷⁶³, si bien la verdad es que la diferencia entre aceptar o no el ejercicio de la opción por el empresario es pequeña y radica en la cuantía de los salarios correspondientes a los días que van desde la opción por el despido hasta la sentencia que admita la resolución *ex* 50.1.a) LET, aunque también es cierto que, a veces, es mayor la cantidad que percibe el trabajador en este concepto que por indemnización, cuando su antigüedad es poca.

Hay otro planteamiento²⁷⁶⁴, que no compartimos, referido al supuesto más frecuente, ejercicio de la acción resolutoria del 50.1.a) seguida de despido, en que la demanda de resolución contractual se presenta en primer lugar con base en unas razones completamente distintas de las alegadas en la carta de despido. En este caso, el juez deberá examinar primeramente la demanda de resolución, como acción predominante, pudiéndose desestimar, lo que deja la puerta abierta al examen de la segunda demanda, la de despido, que no se vería afectada por la acción resolutoria. Esta solución, además, coincide enteramente con la preconizada por el Tribunal Supremo, como ya se ha dicho, exigiendo el análisis en primer lugar de la demanda primeramente interpuesta.

En cambio, si es estimada la demanda resolutoria, el contrato queda extinguido por el efecto constitutivo de la sentencia, debiendo fijarse las indemnizaciones y salarios pendientes de recibir por el trabajador, que deberán correr hasta la fecha de la resolución judicial extintiva, mientras que si se desestima queda abierto el conocimiento del despido. Si este es declarado procedente, que es la única situación conflictiva, la indemnización y los salarios, que *ex* resolución del 50.1.a) LET corresponden al trabajador, habrán de ser minorados en la cuantía y proporción correspondientes, puesto

²⁷⁶³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pg. 118.

²⁷⁶⁴ GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido...*, cit., pgs. 185-187, y BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato...*, cit., pg. 76.

que el contrato se extinguió el día que el empresario llevó a cabo el despido, siempre antes de la resolución judicial de la demanda *ex* 50.1.a). Este planteamiento no puede admitirse. En primer lugar, porque pasa por alto que el vínculo contractual debe estar vigente en el momento de la resolución contractual instada por el trabajador y, en segundo lugar, porque exige que el juez examine primeramente la demanda de resolución, decida concederla y calcule las cantidades a percibir por el trabajador. A continuación analice el despido y si es procedente recalculé la indemnización y los salarios a percibir por el trabajador, situación y posibilidad que no está contemplada expresamente en norma alguna.

Finalmente, existe otra situación en que la jurisprudencia²⁷⁶⁵ ha establecido un criterio interpretativo especial: demanda resolutoria del trabajador a la que sigue un expediente de regulación de empleo que le afecta. La solución es similar a la prevista para concurrencia de las impugnaciones individual y colectiva del 138 y 151 LPL, paralizándose la acción resolutoria del 50 LET en aras del tratamiento colectivo de las resoluciones contractuales basadas en incumplimientos, también colectivos, como la falta de ocupación efectiva o el impago de salarios, derivados, precisamente, de la situación crítica de la empresa. Sin embargo, este criterio interpretativo no parece adecuarse a las previsiones del artículo 50 LET, que no hace distinción alguna entre incumplimientos individuales y colectivos con respecto a su tramitación procesal, por lo que no parece haber razón alguna para ese tratamiento especial cuando el despido es colectivo²⁷⁶⁶.

²⁷⁶⁵ Puede verse, p.e., las SSTSJ de Madrid de 17 de marzo de 1.999, AS 1208, y de Galicia de 26 de junio de 1.991, AS 3730, señalando ésta última que “cuando los incumplimientos empresariales afectan a la generalidad de la plantilla, no tiene entidad suficiente para legitimar la acción resolutoria”.

²⁷⁶⁶ Igualmente en esta línea SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto...*, cit., pgs. 119 y 120.

III.- EL PAPEL DE LA DENUNCIA MODIFICATIVA EN EL SISTEMA DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES.

Como acabamos de ver, los efectos que la modificación sustancial, ya sea individual o colectiva, unilateralmente impuesta o acordada, tiene sobre el trabajador y las decisiones que frente a ella puede adoptar, que en realidad se resumen en la alternativa de aquietarse a la modificación y asumir los cambios que conlleva o, en definitiva, extinguir su contrato si no acepta el desempeño del trabajo en las nuevas condiciones, nos lleva inevitablemente a pensar que los procedimientos del artículo 41 LET son “un a modo de denuncia modificativa” o denuncia modificativa impropia²⁷⁶⁷, similar a la normativa francesa anterior al *arrêt Raquin*²⁷⁶⁸, puesto que la regulación normativa de las modificaciones fuerza al trabajador a aceptar la modificación con la amenaza implícita de que si no lo hace perderá su empleo, pero no se presenta formalmente como tal denuncia²⁷⁶⁹.

²⁷⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 159; Igualmente RIVERO LAMAS, J.: “El despido modificativo y sus variantes: la experiencia española...”, cit., pg. 541.

²⁷⁶⁸ PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, cit., pg. 416. Como dice RIVERO LAMAS, J.: “El despido modificativo...”, cit., pg. 536, esta regulación suponía que la aceptación por el trabajador de las modificaciones sustanciales como alternativa al despido tiene por efecto la novación del contrato y el rechazo de éstas se consideraba como una dimisión provocada. En cambio, a partir de 1.987, la jurisprudencia francesa sienta doctrina de que la modificación sustancial del contrato no puede deducirse sólo de la continuación del trabajador bajo las nuevas condiciones de prestación, sino que el empresario debe probar la aceptación expresa por el trabajador de la modificación, siendo, en caso contrario, responsable la empresa de la ruptura contractual. De esta manera desaparecen la dimisión implícita y la aceptación tácita, debiendo cumplirse el contrato en los términos en que se pactó. Véase PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “La modificación unilateral del contrato de trabajo en Francia”, DL, núm. 35/1.991, pg. 73, y CUENCA ALARCÓN, M.: “El procedimiento de modificación sustancial del contrato en Francia”, en AA.VV. *Estudios de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Rev. de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, núm. 23/1.999, pg. 243.

²⁷⁶⁹ PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Denuncia modificativa...”, cit., pg. 416.

Hay que tener en cuenta que la denuncia modificativa supone que el empleador, al tiempo que ejercita su facultad de resolución unilateral del contrato de trabajo, formula al trabajador una propuesta de conservación de la relación, si acepta una modificación de las condiciones en que se desarrolla la prestación²⁷⁷⁰. De aquí que no se pueda hablar de denuncia modificativa en el derecho español, sino de denuncia modificativa impropia, puesto que nunca se ofrece al trabajador una alternativa, sino una imposición de la que se derivan determinadas efectos, porque la verdad es que el juego de los artículos 40 y 41 LET y la regulación del 138.6 LPL conducen a una situación enteramente similar²⁷⁷¹

Por esto, la orden que implementa la modificación no se formaliza como una denuncia modificativa, puesto que la modificación sustancial no es más que el ejercicio del poder organizativo empresarial y lo que hace el empresario es comunicar al trabajador una orden de cambio de las condiciones en que se desarrolla la prestación del trabajo. La posible extinción contractual que pudiera derivarse de esta modificación no se exterioriza como una decisión empresarial, sino como una decisión unilateral del trabajador, quién la adopta a iniciativa propia, al menos en apariencia, porque debe tenerse en cuenta que la modificación se produce en un contexto reorganizativo instado

²⁷⁷⁰ Sobre la denuncia modificativa puede verse, p.e., en la doctrina española PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “La modificación unilateral del contrato de trabajo en Francia”, cit., pg. 61 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La movilidad del trabajador dentro de la empresa”, cit., pg. 18; RIVERO LAMAS, J.: “Modificaciones de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 139 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit., pg. 81 y ss. y 421 y ss.; ROMAN DE LA TORRE, M^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit. pg. 99 y ss. Más modernamente, a partir de la reforma de 1.994, CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1.994”, cit. pg. 159 y ss., PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, cit., pg. 413 y ss.; CUENCA ALARCÓN, M.: “El procedimiento de modificación sustancial del contrato en Francia”, cit., pg. 239 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: “El despido modificativo y sus variantes: la experiencia española y el Proyecto de Código de Trabajo portugués”, cit.

²⁷⁷¹ Igualmente en este sentido CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 159, y PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “Denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, cit., pg. 416.

por el empresario y este proceso es el desencadenante último de la decisión extintiva del trabajador. De aquí que esta situación se pueda calificar como denuncia modificativa impropia, de lo que es prueba el que, en la mayoría de estos supuestos extintivos, la norma prevea una indemnización por daños y perjuicios al trabajador, a pesar, repetimos, de que formalmente la extinción sea una decisión unilateral del trabajador²⁷⁷².

Estas indemnizaciones se han establecido teniendo en cuenta que las modificaciones, por ser sustanciales, pueden provocar un perjuicio real al trabajador²⁷⁷³. Pero no se trata de indemnizaciones que resarzan incumplimientos contractuales previos del empleador, puesto que éste cuando lleva a cabo una modificación está ejercitando normalmente sus facultades modificativas *ex art. 41 LET*. Por esto, la obligación de indemnizar se basa en la imposición de una responsabilidad objetiva empresarial por el perjuicio objetivo causado al trabajador con la modificación, que al ser de tal nivel le obliga a optar por la resolución contractual²⁷⁷⁴.

No obstante, es cierto que también se pueden encontrar situaciones en que el empresario no actúa de manera ilícita, como pueden ser algunos, no todos evidentemente, de aquellos supuestos en que de manera consciente y deliberada se ofende la dignidad y profesionalidad del trabajador, que permiten el acceso a la resolución contractual contemplada en la remisión del 41.2 al 50.1.a LET y aquellos otros supuestos en que el empleador acomete modificaciones sin la debida relación de causalidad, estando en realidad, en estos casos, ante un verdadero despido encubierto²⁷⁷⁵ o aquellos otros que decide sin someterse al procedimiento colectivo que la naturaleza de las condiciones

²⁷⁷² CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 159.

²⁷⁷³ Sobre la existencia o no de perjuicio y las posibles indemnizaciones a obtener, véase lo dicho *supra*.

²⁷⁷⁴ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del ET tras la reforma de 1994”, cit., pg. 159.

²⁷⁷⁵ RIVERO LAMAS, J.: “El despido modificativo y sus variantes...”, cit., pg. 541.

modificadas exigía. Sin embargo, la verdad es que cualquier modificación ha de ser presumida como lícita mientras no se haya sometido a la jurisdicción y calificada como injustificada o nula, permitiendo también, aún sin ser impugnada, el acceso a la extinción indemnizada a instancia del trabajador que alega un perjuicio genérico *ex* 41.3 LET, aunque sólo si las condiciones modificadas son la jornada, el horario y el régimen de turnos de trabajo.

El trabajador puede extinguir su contrato tras la modificación sustancial en dos momentos diferentes: uno, tras la comunicación de la decisión modificativa, acudiendo a la rescisión del 40,1, tercero y 41.3 LET y a la resolución del 50.1.a y 50. 1.c LET y 138.6 y 7 LPL, sin que desde este punto de vista sean importantes las diferencias en la cuantía de la indemnización, asimilada en el primer caso al despido objetivo y, en el segundo, exactamente igual al disciplinario²⁷⁷⁶, aunque no debe desdeñarse el dato de que, si el trabajador rescinde su contrato como reacción a la propuesta de modificación, la empresa se ha deshecho de él pagando la menor indemnización posible. Igualmente, tampoco influye el que se opte por la extinción antes o después de la impugnación de la decisión modificativa. El segundo momento es durante la fase de ejecución de la sentencia que ha declarado improcedente la modificación sustancial²⁷⁷⁷.

En estos supuestos, que alguna doctrina ha calificado como despidos modificatorios²⁷⁷⁸, el trabajador, en lugar de aquietarse a la modificación, reacciona rompiendo el vínculo contractual, aunque el responsable de la ruptura no será el trabajador, sino el empresario que ha alterado el equilibrio contractual existente, a pesar de que la iniciativa de la

²⁷⁷⁶ Sobre esta cuestión ya se ha tratado anteriormente, véase *supra*.

²⁷⁷⁷ Véase *supra*. En cambio, RIVERO LAMAS, J.: “El despido modificativo y sus variantes...”, cit., pg. 541, se refiere exclusivamente a la extinción del 50.1,c LET y a la ejecución de la sentencia que declara la injustificación.

²⁷⁷⁸ RIVERO LAMAS, J.: *Ibidem*, pg. 541.

ruptura sea imputable al trabajador²⁷⁷⁹, lo que nos permite hablar también de despidos tácitos²⁷⁸⁰.

Sin embargo, no todos los supuestos son iguales, puesto que en aquellos casos en que el empresario respeta escrupulosamente la normativa reguladora de las modificaciones sustanciales en su implementación y, por tanto, actúa regularmente, se hace verdaderamente difícil hablar de despido indirecto, a pesar de la oposición de alguna doctrina que sí lo mantiene²⁷⁸¹.

De la diversidad de supuestos, el que muestra mayores coincidencias con el despido modificativo es aquel en que la modificación individual ha sido declarada injustificada judicialmente y el empresario se opone al reintegro del trabajador a las condiciones originales. En este supuesto, previsto en el 50.1,c) LET y 138.6 LPL, cuando se insta la ejecución de la sentencia lo que se está haciendo es pedir la ejecución por el equivalente dinerario, es decir, se está optando por la extinción indemnizada del contrato, en lugar de la vuelta a las condiciones de trabajo originarias. Esto muestra claramente la semejanza con el despido improcedente, puesto que es el empresario quién puede ejercitar la opción entre el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos o el equivalente dinerario²⁷⁸². Como ha dicho alguna doctrina, esta regulación ha permitido introducir en el sistema laboral español la figura de la denuncia modificativa “por la puerta de atrás”²⁷⁸³, puesto que aquí sí que se enfrenta el trabajador a la disyuntiva de

²⁷⁷⁹ RIVERO LAMAS, J.: *ibidem*.

²⁷⁸⁰ Véase, sobre esta cuestión en el derecho francés, CUENCA ALARCÓN, M.: “El procedimiento de modificación sustancial...”, cit., pg. 250.

²⁷⁸¹ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción...*, cit., pgs. 111 y 112.

²⁷⁸² Véase también lo dicho *supra* a propósito de la ejecución de las sentencias del proceso del 138 LPL. Igualmente RIVERO LAMAS, *ibidem*, pg. 544.

²⁷⁸³ RIVERO LAMAS, J.: “Poderes, libertades y derechos...”, cit., pg. 991.

aceptar la modificación sin más o impugnarla, ganar el pleito y ver extinguido su contrato. En este supuesto no es que se esté próximo a una denuncia modificativa, sino que estamos ante una verdadera denuncia modificativa o despido modificativo, como queramos llamarle, que se ve menos claramente en los demás supuestos, pero que muestra su verdadera naturaleza en el momento en que el empresario puede implementar modificaciones sustanciales, incluso ilícitamente, y el trabajador verse obligado a aceptar su imposición modificativa para no ver extinguido su contrato.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La flexibilidad del mercado de trabajo es una exigencia del sistema productivo y de rentabilidad de las empresas.

La función organizativa del Derecho del trabajo, al implicar una doble exigencia de racionalización jurídica en la regulación de las relaciones sociales, como es facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la mejora de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores, se muestra claramente en la regulación de las modificaciones sustanciales, que revelan claramente las tensiones entre el principio de productividad y el de protección del trabajador, en aras de la eficiencia económica y social que exige el actual paradigma productivo, que se desenvuelve en un entorno globalizado con un nivel alto de incertidumbre, que ha abocado a una nueva lógica basada en la flexibilidad organizativa y productiva para la adaptación continua, que ha puesto en crisis los planteamientos del Derecho del trabajo clásico, trayendo consigo otros, como la individualización y la flexibilización contractual, para permitir la adaptación del factor trabajo a los requerimientos variados del sistema productivo. En este entorno, la flexibilidad del mercado de trabajo se contempla como una exigencia del sistema productivo, donde la flexibilidad es instrumental a la competitividad, no sólo de las empresas, sino también de los países. Y esta flexibilidad se muestra en la ampliación de los poderes empresariales de modificación del contrato y en la progresiva desregulación que conlleva la individualización y contractualización de los contenidos contractuales. Este entorno es el que permite comprender el sentido y las aplicaciones de las facultades modificativas del artículo 41 LET, lo que supone que el contrato de trabajo y en concreto el contenido y condiciones en que se desarrolla el trabajo se vean afectados por las alteraciones que pueda sufrir la empresa en su adaptación.

SEGUNDA: Insuficiencia explicativa de los planteamientos dogmáticos civiles para el instituto jurídico de las modificaciones sustanciales.

Las categorías dogmáticas civilistas no son aplicables en su integridad a la regulación del contrato de trabajo, que no siempre respeta los principios básicos del derecho de contratos y obligaciones, lo que se muestra, especialmente, en la modificación unilateral del contrato por el empresario, al primar la norma laboral el poder empresarial de modalizar la prestación en función de las necesidades de la organización productiva, lo que configura una de las peculiaridades del contrato de trabajo con respecto al contrato común. Esto se evidencia claramente con respecto al consentimiento, exigido para la concertación del contrato, pero no para su modificación, lo que rompe el equilibrio consensual del contrato, como también exige el derecho de obligaciones *ex* 1.262 Cc, al igual que sucede con la determinación del objeto, es decir del contenido, del contrato, que se deja a una parte, contraviniendo el 1.256 Cc., al igual que sucede con respecto a la causa, cuya insuficiencia permite la modificación contractual por alteración sobrevenida de circunstancias, desde una perspectiva mas comprensiva de supuestos y flexible que la visión tradicional, pasando de la exigencia de imprevisibilidad y excepcionalidad civilista a la previsibilidad y habitualidad de las necesidades de eficiencia organizativa empresarial, hasta el punto de que el cambio de circunstancias puede ser inducido por el propio empresario a través de su estrategia organizativa. Precisamente, la existencia de la organización es el factor explicativo de esas diferencias que apartan al contrato de trabajo de las reglas generales del Derecho de obligaciones, porque el intercambio constitutivo de la función económico-social típica del contrato de trabajo se produce dentro de un ámbito organizativo y directivo ajeno al trabajador.

TERCERA: El factor contractual es insuficientemente explicativo del fenómeno modificativo.

La contractualización de la relación laboral no explica, por sí sola y en su integridad, el fenómeno de la modificación unilateral del contrato. Las teorías contractualistas no explican suficientemente el fenómeno modificativo, porque el contrato no es el

fundamento de los poderes empresariales, sino el instrumento mediante el que se ejercen, y tampoco es suficiente la existencia de estos poderes en el Estatuto de los trabajadores, que es una fundamentación inmediata, como juridificación de una realidad económica y política, salvo que no pretendamos profundizar en el problema. Igualmente sucede con las teorías institucionalistas, aunque éstas tienen el mérito de presuponer la idea de organización y de una regulación que se impone a los sujetos organizados. Aunque el trabajador, cuando concierta su contrato, se obliga a trabajar de manera dependiente y subordinada, lo que permite explicar esta facultad empresarial no es la función cambiaria del contrato, sino su perspectiva funcional, la organizativa, que formaliza la cooperación o colaboración del trabajador en el cuadro de la organización productiva de su empleador, a la vez que lo subordina a las necesidades de esa organización, que exigirá, cada vez que sea necesaria, la modulación y modificación de sus condiciones contractuales para utilizar adecuadamente su prestación laboral, todo ello sin que el carácter cambiario del contrato de trabajo se convierta en un contrato de organización de carácter asociativo.

CUARTA: La determinación del contenido del contrato es el presupuesto inicial delimitador de la modificación.

El presupuesto inicial, delimitador de la modificación de condiciones contractuales, es la determinación del contenido del contrato, en cuanto referencia inicial que permitirá enjuiciar si las modificaciones llevadas a cabo, mediante los poderes empresariales de especificación y variación, han sido ajustadas a la norma reguladora o se han extralimitado. Así, incluso la propia noción de modificación sustancial y, por consiguiente, el juego de los artículos 39.5, 40 y 41 LET dependerá de la modulación y conformación que del contenido del contrato, es decir, de las condiciones de trabajo, se haya fijado. Una característica del contenido de la relación laboral es, además de la permanente necesidad de variación, que esta facultad se atribuye de modo unilateral al empresario, como representante de la organización productiva, que para ser eficaz necesita determinar y modificar la prestación en función de las variables que afectan a sus elementos materiales y personales que, cuando cambian, fuerzan, a su vez, a la

alteración de las prestaciones laborales pactadas para adecuar la organización productiva a las nuevas circunstancias. Esta idea del trabajo dirigido hacia resultados útiles y productivos, dentro del ámbito organizativo ajeno, permite explicar el especial régimen modificativo del contrato de trabajo, puesto que el trabajo por cuenta ajena sólo será útil a la organización empresarial en que se presta si en cada momento puede ser desempeñado allí donde las necesidades organizativas lo exijan. En caso contrario, ese trabajo será improductivo y puede hasta representar una carga perjudicial para la competitividad empresarial.

QUINTA: La alteración sobrevenida de circunstancias y la insuficiencia causal son la base jurídica explicativa de las exigencias modificativas empresariales.

La función económico-social del contrato es componer los intereses contrapuestos de las partes a través del intercambio prestacional y vigilar que éste sea satisfactorio para ambas. Por eso, si falta ese equilibrio y proporcionalidad estaremos ante un defecto funcional de la causa, al no haber correspondencia entre las prestaciones materializadas y la representación mental que movió a contratar, lo que provoca una insatisfacción que está en la base de la necesidad de la estructura organizativa para modular y modificar la prestación contractual, a fin de adaptarla a las exactas necesidades productivas, para que vuelva a satisfacer las necesidades de las partes tras la modificación de sus condiciones por el empresario, lo que restaura el equilibrio causal perdido. En caso contrario, al perder su utilidad para una de las partes, se verá abocado a la extinción. Ahora bien, para llevar a cabo la modificación, la frustración debe superar un umbral que viene determinado por el nivel de flexibilidad interna permitido por la norma laboral que, a diferencia de la civil, facilita al empleador la alteración contractual admitiendo como suficiente la previsibilidad y la pérdida comparativa de utilidad de la prestación o lucro cesante, lo que permite encuadrar estas exigencias organizativas en el *genus* de la alteración sobrevenida de circunstancias. No obstante, la fundamentación causal cambiaria del contrato de trabajo es insuficiente explicativa, por sí sola, de la facultad modificativa empresarial, aunque esté legitimada *ex lege* y la imbricación de la función

cambiaría y de la función organizativa hagan que la causa del contrato de trabajo sea especialmente compleja.

SEXTA: La existencia de poderes directivos empresariales es insuficientemente explicativa de la facultad de modificación unilateral del contrato.

El análisis de la realidad laboral desde el punto de vista jurídico proporciona una visión inevitablemente parcial e insuficientemente explicativa del fenómeno modificativo, porque la empresa tiene naturaleza política al reproducir y reflejar las tensiones económicas y políticas de la sociedad y al igual que las tensiones sociales no se explican en su integridad con argumentos jurídicos, aquí tampoco, porque lo jurídico, a la vez que condiciona la realidad, es sobre todo su consagración. El punto de vista jurídico lleva al ámbito del contrato, insuficientemente explicativo del fenómeno del poder de dirección y de la capacidad unilateral de modificación empresarial que, salvo excepción, no existe en derecho civil. Pero tampoco la visión contractual laboral, ni el carácter de mero acreedor laboral del empleador son explicativas en su integridad del fenómeno, por lo que debe acudir a otros puntos de vista como el sociológico, económico y político, para buscar esa fundamentación.

SÉPTIMA: El Derecho de propiedad y la libertad de empresa constituyen el fundamento último del poder modificativo empresarial.

La supremacía del empresario no se justifica en la lógica del contrato, sino en la lógica de la realidad socio-económica subyacente, porque el contrato no es un título neutro, sino que incorpora en su estructura interna una concreta realidad económica que obliga a tener en cuenta otras cuestiones como el derecho de propiedad, la libertad de empresa, y las necesidades organizativas. En esta lógica, el fundamento último del poder de dirección empresarial y del poder modificativo reside en el derecho de propiedad privada, una de cuyas manifestaciones es la libertad de empresa, que implica la libertad de organización de esos bienes detentados en propiedad para conseguir la máxima

eficiencia posible. En esta lógica, el poder de modificación permite adecuar las condiciones contractuales a la optimización de la relación de productividad, porque la relación de poder es un epifenómeno de la propiedad y la razón última inspiradora de estos principios constitucionales es el mantenimiento de la relación socioeconómica existente, aunque se imponga un límite a ese juego de intereses económicos, la subordinación al interés social, que se muestra en el establecimiento de unas exigencias causales cuya concurrencia permite el ejercicio de la facultad modificativa, pero que no oculta que la relación de poder en la empresa deriva del derecho de propiedad del empresario, porque la relación de poder es un epifenómeno de la propiedad.

OCTAVA: Las necesidades organizativas como exigencias de facilitación de la modificación de las condiciones contractuales.

El poder organizativo, como consecuencia directa del derecho de propiedad, es el que permite al propietario-empresario organizar los recursos de la empresa, entre ellos el factor trabajo, porque las necesidades de la organización son las que justifican la aparición del instituto modificativo y el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que necesita una especificación continua para lograr la máxima eficiencia económica y la mayor racionalidad productiva posible. La organización, seleccionando estructuras y criterios organizativos que permitan maximizar la adecuación entre la estructura escogida y el contexto en el que se desenvuelve, se ve forzada a una continua y constante adaptación para la supervivencia de la estructura empresarial y para conseguir una adecuada eficiencia organizacional a través, si es necesario, de la flexibilidad y adaptabilidad de todos los factores productivos. Lo cierto es que la organización del trabajo subordina los intereses de los trabajadores a los organizativos, a pesar de que la juridificación de estos poderes, como el modificativo, tiene en cuenta algunas limitaciones y procedimientos, o más bien cautelas, en el modo de implementar las modificaciones para salvaguardar, siquiera sea mínimamente, los derechos del trabajador.

NOVENA: Se debe diferenciar únicamente entre un poder directivo, modalizador del contrato, y un poder modificativo, cuando se supera el ámbito de lo pactado.

Las vicisitudes de la relación obligatoria laboral aparecen cuando la conjunción de las necesidades organizativas de adecuación de la prestación de trabajo a las realidades empresariales y la naturaleza de tracto sucesivo del contrato laboral provocan la necesidad de modificación de las condiciones pactadas. Estas modificaciones se pueden materializar a través de varios institutos jurídicos, aparte de la novación, que exige el acuerdo de ambas partes, que son: el poder directivo, el *ius variandi* y las modificaciones sustanciales, sin dejar formalmente espacio a la denuncia modificativa, aunque en el fondo el planteamiento responda a su lógica. Ahora bien, se debe hablar únicamente de una facultad modalizadora de la prestación, contenido y circunstancias no esenciales, dentro de los límites del contrato y de un poder modificatorio cuando se supera el límite del contrato pactado inicialmente, diferenciados, esencialmente, por la exigencia o no de justificación causal, sin distinción entre *ius variandi* y modificaciones sustanciales, olvidando, por supuesto, la antigua distinción entre *ius variandi* normal y extraordinario, que por otra parte podría perfectamente usarse para estas dos facultades, pero que parece exigir la concurrencia de vicisitudes extraordinarias para dar lugar a la modificación contractual, cuando hoy el entorno organizativo empresarial ha convertido lo que antes se consideraba extraordinario y excepcional en ordinario y normal en la organización de cualquier empresa dentro de este sistema productivo globalizado.

DÉCIMA: Una concepción amplia del concepto de condición modificable.

El concepto de condiciones de trabajo es un concepto equívoco percibido diferentemente por cada intérprete, lo que provoca incertidumbres, por lo que está necesitado de una aclaración conceptual, que hasta ahora no se ha llevado a cabo, puesto que ni las normas, nacionales o internacionales, ni la negociación colectiva, ni la jurisprudencia, ni tampoco la doctrina se han ocupado de manera exhaustiva de este asunto. No obstante, a pesar de la dificultad para encontrar un concepto de condiciones de trabajo válido y que no suscite equívocos, parece más lógico, desde nuestra óptica,

elegir una acepción amplia del término. Desde este punto de vista se puede decir que las condiciones de trabajo son todas aquellas circunstancias, contractuales o no, que conforman la prestación y la contraprestación laboral, así como las demás circunstancias que conforman el entorno físico, material y jurídico en que se desarrolla el trabajo, comprendiendo la totalidad de derechos y deberes, principales o accesorios, que se deduzcan o puedan deducirse de la relación laboral.

UNDÉCIMA: Todas las condiciones de trabajo deberían ser modificables a través del instituto de las modificaciones sustanciales.

Las condiciones modificables a través del instituto de las modificaciones sustanciales son todas aquellas condiciones objetivas cuyo origen no sea legal, lo que se refuerza en la dicción del 41.1 LET, donde se hace una enunciación ejemplificativa y abierta de las condiciones modificables. De este modo, todas las condiciones contractuales y convencionales, éstas dentro de los límites fijados en el 41 LET, sean individuales o colectivas, podrían ser modificadas por esta vía siempre que no se les haya excluido expresamente por la norma y sin olvidar que, dada la configuración casuística del problema, tendrán la consideración de condiciones de trabajo, a efectos de la aplicación del artículo 41 LET, aquellas que la jurisprudencia en cada caso considere como tales. Ahora bien, en nuestra opinión, deberían poder modificarse todas las condiciones de trabajo, sin exclusión alguna, sean o no convencionales.

DUODÉCIMA: Duda entre la imprevisibilidad actual, derivada del casuismo provocado por el concepto de sustancialidad, y la consideración de que la modificación de ciertas condiciones sea siempre sustancial.

El ámbito de actuación de las modificaciones sustanciales depende directamente de la amplitud del término sustancial, con el inconveniente de que es un concepto jurídico indeterminado y la norma no da regla alguna para entender que es la sustancialidad, lo que ha obligado a una determinación jurisprudencial casuística, puesto que ni siquiera

las materias enunciadas en el 41 LET tienen carácter sustancial si el cambio no lo es. Actualmente, el modo de entender la sustancialidad, aceptado por todos, se encuentra cristalizado en la consideración de la ruptura del equilibrio contractual, de la intensidad del cambio y la mayor o menor onerosidad que éste represente para el trabajador, valorables independiente en cada situación, porque lo importante no es la materia modificada, sino la trascendencia del cambio en el equilibrio contractual. Esto, con el añadido de la discrecionalidad judicial, hace bastante difícil conocer *a priori* si una modificación puede ser calificada o no de sustancial, lo que proporciona escasa seguridad jurídica a los intervinientes, por lo que debe buscarse otro modo de interpretar lo que pueda ser la sustancialidad. Frente a esta situación de casuismo e imprevisibilidad, que conlleva una cierta dosis de inseguridad jurídica, podría plantearse la conveniencia de que la modificación de ciertas condiciones fuera siempre sustancial. El inconveniente es decidir cuáles son las que merecen tener este tratamiento privilegiado, aunque puede proponerse: nivel jerárquico, funciones, salario y aquellos otros que las partes han considerado fundamentales en su relación laboral, como pueden ser el lugar de trabajo y la duración del mismo, con el inconveniente de que cambios nimios serían sustanciales y cambios fundamentales podrían no serlo en otras.

DECIMOTERCERA: Las cláusulas de reserva de modificación pueden admitirse si recaen sobre materias concretas, acuerdan una compensación o garantizan condiciones por encima del nivel legal o convencional aplicable.

La eficacia de los pactos contractuales de modificación, las llamadas cláusulas de reserva de modificación, tanto los referidos al procedimiento de modificación, como los que autorizan al empresario a cambiar libremente e *in peius* una condición de trabajo, se pueden aceptar *ex* 3.1.c) LET, siempre que se refieran a condiciones contractuales individuales pactadas entre empresario y trabajador, puesto que el juego del instituto modificativo sustancial depende de la modulación de las condiciones en el contrato y el campo de las modificaciones sustanciales comienza allí donde se extralimita el contrato, lo que aquí no sucede, puesto que, simplemente, se está cumpliendo lo pactado en el contrato. Ahora bien, para respetar el carácter imperativo del artículo 41 y no caer en la

indeterminación del objeto del contrato, exigido por el 1.273 CC, ni en la prohibición del 3.1.c) *in fine* LET, el pacto debe recaer sobre materias concretas, acordarse una compensación o se deben garantizar al trabajador unas condiciones por encima del nivel legal o convencional aplicable. De igual manera, pueden incidir sobre las condiciones pactadas en convenios y pactos extraestatutarios de naturaleza contractual, luego posible y lícita si se respetan las reglas generales de modificación de contratos ya señaladas, aunque siempre después de negociar e intentar el acuerdo infructuosamente, nunca antes de la negociación, puesto que se negaría la virtualidad y esencia de la negociación colectiva. En cualquier caso, lo que la autonomía individual nunca puede hacer es afectar lo dispuesto en un convenio colectivo estatutario.

DECIMOCUARTA: La remisión del convenio a la autonomía individual o al empresario para la modificación de condiciones no puede desconocer el carácter imperativo del 41 LET.

Aunque el convenio puede remitirse para la modificación, en base al principio de autonomía negocial colectiva, a la autonomía individual o al empresario, especialmente en convenios de ámbito empresarial, parece que la remisión a la voluntad individual del empresario supondría la trasgresión del principio de jerarquía normativa que ordena las relaciones entre la ley y el convenio colectivo, porque la negociación colectiva no puede autorizar la modificación de condiciones contractuales de forma unilateral por el empresario, por contravenir el carácter imperativo del artículo 41 LET. De aquí que no debe admitirse esta dispositivación del convenio y parece mas consecuente con la lógica interna de la regulación del artículo 41 que las remisiones del convenio a la decisión unilateral del empresario no puedan desconocer los requisitos y procedimientos del mismo. Ahora bien, podrían admitirse siempre que se defina y acote suficientemente la facultad empresarial, delimitándose tanto las materias afectadas como las razones justificantes y la duración del cambio, respetándose los derechos económicos y de reacción de los trabajadores afectados, debiendo rechazarse una cláusula genérica que no respete estos requisitos.

DECIMOQUINTA: El convenio colectivo no puede desconocer nunca el carácter imperativo del artículo 41 LET.

La autonomía colectiva dispone de un amplio espacio de intervención, tanto para determinar los contornos del artículo 41, a veces imprecisos y difusos, especificando y detallando las causas justificativas, modo de realizar las consultas, estableciendo la obligatoriedad de acudir a sistemas, etc., como para remitir la alteración de lo dispuesto en el propio convenio a los acuerdos y convenios extraestatutarios e incluso a la voluntad del empresario para la modificación de concretas condiciones de trabajo, por la vía prevista en el mismo. En este caso, aunque se está en el desarrollo y aplicación de lo convenido, no debe olvidarse que la norma tiene carácter imperativo absoluto, inmodificable a través de la negociación colectiva, salvo que el régimen que se plantee sea mejor que el legal, pero tanto para el trabajador como para el empresario, lo que es difícil de conseguir, porque no se pueden eliminar los derechos que la ley concede al empresario. Otra cosa es la previsión de que, una vez agotada la vigencia pactada, su contenido pase a ser disponible y se pueda establecer, por tanto, diferentes procedimientos modificatorios o la remisión a los individuales previstos en el 41 LET. Ahora bien, el convenio nunca podrá incluir una cláusula prohibitiva de la modificación de las condiciones de trabajo contenidas en el propio convenio por la vía del artículo 41 LET, puesto que está subordinado a la ley y al carácter imperativo del artículo 41, lo que hace que su contenido no pueda ser desconocido por el convenio, sea éste supraempresarial o de ámbito inferior.

DECIMOSEXTA: La modificación de las condiciones más beneficiosas no debe disfrutar de un plus de perdurabilidad sobre las demás condiciones individuales.

No se entiende muy bien por qué las llamadas condiciones más beneficiosas tienen que tener un plus de perdurabilidad en su tratamiento jurídico, siendo como son condiciones de carácter contractual, individuales o colectivas según su origen. Consecuentemente, deben someterse a los procedimientos estatuidos en el 41 LET para la modificación de las condiciones contractuales, siempre que la entidad del cambio sea sustancial, porque

si es intrascendente y no alcanza esa cualidad deben estar sujetas al ámbito del poder directivo sin más.

DECIMOSEPTIMA: El régimen de las condiciones plurales debiera extenderse a todas las materias modificables.

La actual redacción del 41 LET distingue entre modificaciones individuales, plurales y colectivas, combinando el uso de dos criterios, uno cualitativo y el otro cuantitativo. Distingue entre individuales y colectivas atendiendo a un criterio cualitativo, el origen de la condición modificada, y superpone el cuantitativo para diferenciar las plurales de entre las colectivas, régimen que afecta sólo a las funciones y el horario de trabajo que no superan los umbrales cuantitativos del 41.2.4 LET. Aunque su existencia quiebra la regla general prohibitiva de que las condiciones colectivas no puedan modificarse por la voluntad unilateral del empresario y si están recogidas en convenio estatutario se considera que su modificación atenta contra el derecho constitucional a la negociación colectiva *ex* 37.1 CE, si buscamos la lógica subyacente al precepto legal, parece mas acorde con la proclamada lógica de la flexibilización que fueran más las materias plurales, incluso todas, siempre que no se supere el umbral cuantitativo de referencia, puesto que las necesidades organizativas en los nuevos modos productivos requieren la individualización de condiciones, a pesar de la tendencia general a su homogenización en la empresa o centro de trabajo. En este entorno productivo tendría utilidad la extensión del régimen de las condiciones plurales al resto de las condiciones colectivas, modificación normativa que postulamos.

DECIMO OCTAVA: La enumeración del 41.2.3, in fine LET debiera ser más amplia y admitirse la modificación de cualquier condición contenida en convenio colectivo.

A pesar de la rigidez del procedimiento previsto en el Tit. III para la modificación de lo pactado en convenio, que no se acepta como planteamiento general, el artículo 41

permite la modificación del convenio colectivo, aunque con limitaciones, sólo cuatro tipos de condiciones, y la exigencia preceptiva de acuerdo modificativo entre empresario y trabajadores. Aunque admitir la modificación de estas condiciones representa un avance en el lógica de la flexibilidad adaptativa a los requerimientos organizativos, debiera darse un paso más y admitirse la modificación de cualquier otra condición de trabajo, no sólo esas cuatro (horarios, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento) a través del mismo procedimiento, porque no se entiende bien, a pesar de que estas condiciones son fácilmente individualizables, el que sean estas y no otras, porque no se afecta el carácter colectivo negociado al tener que pactarse necesariamente el acuerdo modificativo, sobre todo si se piensa que se debe hacer mediante acuerdo obligatoriamente.

DECIMONOVENA: Todas las condiciones contenidas en acuerdos de empresa y convenios extraestatutarios pueden modificarse, acordada o unilateralmente.

Por este procedimiento, menos riguroso que el anterior, se pueden modificar todos los acuerdos, pactos y convenios que, al no haberse concluido de acuerdo con el Tit. III del Estatuto, no tienen carácter normativo. La esencia de este procedimiento es que pueden modificarse a su través todo tipo de condiciones, sin más requisito que celebrar las negociaciones entre empresario y representantes de los trabajadores de buena fe y con intención de alcanzar un acuerdo, que si se pacta será el acuerdo modificativo, pero que si no se alcanza queda facultado el empresario para decidir unilateralmente lo que crea conveniente. Lo interesante de este procedimiento es que, si los negociadores están de acuerdo, se puede modificar cualquier condición y se favorece grandemente la flexibilidad organizativa.

VIGÉSIMA: El sistema dispositivizador del 39.5 LET debiera haberse extendido a la modificación sustancial de las demás condiciones.

Lo que realmente contiene el 39.5 LET es una ordenación de las fuentes de la movilidad funcional sustancial que coloca en primer lugar a la autonomía individual y subsidiaria y subordinadamente a la ley, es decir el contenido del 41, y a la negociación colectiva. Esto muestra claramente el carácter dispositivo que el artículo 41 tiene en su relación con el 39.5, con la consecuencia de que el acuerdo de las partes puede disponer tanto de la regulación convencional como de la ordenación legal, sin que se pueda entender que el artículo 39.5 LET dispositiviza para la negociación colectiva las reglas de procedimiento en materia de causas y efectos previstas por el artículo 41, puesto que constituyen normas de derecho necesario, incluso entendiendo que éste sea relativo, aunque sí se puede mejorar, como en todo convenio, el sistema de garantías legales previstas para el trabajador o incluir procedimientos de resolución de discrepancias. Ahora bien, en cualquier caso, lo que se debe de plantear es por qué no se ha extendido este sistema, más participativo, a la modificación sustancial de las demás condiciones.

VIGÉSIMOPRIMERA: Las remisiones de los artículos 36 y 37 LET y 26 LPRL a lo dispuesto en los artículos 39 y 41 LET constituyen una excepción al régimen modificativo general.

Un caso particular es el provocado por las remisiones que tanto el artículo 36.4, y 37.4, 5 y 7 LET, así como el 26 LPRL hacen a los artículos 39 y 41 LET, puesto que el empresario está obligado a llevar a cabo el cambio de puesto o de horario, en unos casos por imperativo legal y en los otros si se lo pide la trabajadora afectada. Estos supuestos, que constituyen una excepción al régimen modificativo, donde la regla es que la modificación es decidida por el empresario, plantean en la práctica el problema de cómo buscar el puesto de trabajo compatible con el estado de salud o de preferencia, porque normalmente hay que crearlo o desplazar al trabajador que lo desempeñaba, con el que hay que llevar a cabo una modificación, que cuando es sustancial nos enfrenta con la problemática de las modificaciones individuales, puesto que la normativa reguladora de

estas situaciones se remite a las reglas del 39 y 41 LET para llevar a cabo estas modificaciones.

VIGÉSIMOSEGUNDA: El elemento teleológico causal como criterio aplicativo y la conveniencia de la empresa como motivo desencadenante de las modificaciones.

La facultad modificatoria empresarial no está configurada como una facultad absoluta, sino supeditada a una justa causa, económica, técnica, organizativa o de producción, que actúa como límite a la facultad modificativa empresarial y que se caracteriza por su objetividad finalista, por cuanto no debe responder a la mera conveniencia personal del empresario, sino al interés objetivo de la organización: la mejoría de la situación de la empresa. De aquí que las causas, faltas de definición legal, deban entenderse en relación con la mejora de la situación de la empresa y de su posición competitiva en el mercado con relación a sí misma, completamente ajenas a la antigua exigencia de crisis empresarial. De esta manera, se ha sustituido la visión patológica tradicional por una lectura fisiológica, acorde con la lógica de la flexibilidad que configura estas medidas como ordinarias, perfectamente adoptables y alejadas de la visión extraordinaria de las crisis de extrema gravedad y encaminadas razonablemente al logro del fin legalmente prefijado, porque lo importante es que la modificación contribuya a mejorar la empresa o sus perspectivas de futuro. Esta perspectiva nos emplaza de lleno en el terreno de la conveniencia de la empresa como motivo justificante o desencadenante de las modificaciones sustanciales, porque la mayoría, de las propuestas modificativas responden, en exclusiva, a la mera conveniencia de la empresa para mejorar su situación a través de una más adecuada organización de sus recursos. La exclusión de la conveniencia implicaría el rechazo de cualquier tipo de modificación sustancial, lo que no sucede, puesto que se admite sin problema alguno tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

VIGÉSIMOTERCERA: Inutilidad de un exhaustivo análisis taxonómico causal.

Dado que no existe una configuración jurídico-positiva de cada causa, estamos ante unos conceptos abstractos, genéricos e indeterminados en demasía. Sin embargo, esto no es necesariamente negativo, porque deben interpretarse en relación con la consecución de determinados fines y desde la lógica de la flexibilidad laboral y negocial, aparte de que permite una predeterminación concertada de la concurrencia causal. Ahora bien, la falta de asunción plena de la lógica económica y la carencia de una auténtica definición de las causas dificulta una rigurosa distinción técnico-jurídica entre las mismas, toda vez que lo técnico, lo organizativo, lo productivo y lo económico están recíprocamente interrelacionados y estructuralmente imbricados, puesto que se suelen presentar unas acompañadas de otras. De aquí que un esfuerzo taxonómico y sistematizador arroje resultados decepcionantes. Primero, por ser escasamente clarificador, puesto que sigue sin tenerse diáfano en que consiste cada causa y son demasiadas las situaciones en que un mismo supuesto puede calificarse indistintamente como una u otra, lo que inevitablemente conlleva confusiones, como se ve en la jurisprudencia, que tampoco ha mostrado demasiado interés en el tema, y lo que es más importante, porque entendemos que la utilidad de esta división de las causas justificadoras de las modificaciones sustanciales, aparte el goce intelectual y académico de la disección causal, es prácticamente nula.

VIGÉSIMOCUARTA: De una visión causal cuatripartita a la necesidades organizativas de la empresa como única y englobadora causa justificativa de la decisión.

Como todas las posibles causas están recogidas en la norma, bastaría reducirlas a las causas organizativas o, más claramente, a las necesidades o requerimientos de la organización de la empresa. Fundamentamos nuestra propuesta en la existencia de una muy amplia jurisprudencia que, retóricamente y sin rigor conceptual ni terminológico, se refiere a la concurrencia de las causas sin profundizar en su análisis y, en bastantes ocasiones, sin indagar siquiera su mera concurrencia. Así, en la práctica, la regulación

actual permite, sino expresamente, sí en el fondo este planteamiento, comprobado a través de un prolijo análisis de resoluciones jurisprudenciales, aunque, por imperativo legal, a cada situación se le deba poner un determinado apellido causal, lo que se hace sin excesiva precisión. Además, los criterios finalistas contenidos en la norma legal pueden ser reconducidos al criterio o *ratio* económica inserta en el esquema normativo, que no es otro que la viabilidad de la empresa a través de la reorganización y ajuste de sus recursos humanos, aunque nos parece preferible reconducir esta *ratio* causal a una única razón: las necesidades y requerimientos de la estructura organizativa de la empresa, es decir, la causa organizativa, que engloba las demás. Dicho de otro modo, todo se puede reconducir al criterio de la eficiencia económica de la organización productiva que es la empresa, por cuanto lo económico es resultado del buen o mal funcionamiento de la organización de la empresa, en cuanto consecuencia y no fin de la misma. En esta lógica, y teniendo en cuenta la predicada meta de la flexibilización de las estructuras productivas, debió olvidarse el planteamiento multicausal, siempre problemático, falto de claridad expositiva y necesitado de disquisiciones y sutilezas doctrinales y jurisprudenciales y enunciar abiertamente que cualquier necesidad organizativa de la empresa, si favorece su mejoría o su competitividad, se puede aceptar como causa justificativa de modificaciones sustanciales.

VIGÉSIMOQUINTA: La modificación es procedente si existe conexión de razonabilidad entre aquella y la finalidad perseguida.

La razonabilidad de la modificación sólo puede ser probada indirectamente, demostrando una conexión de razonabilidad entre la medida y los fines. Ahora bien, la conexión de razonabilidad no es una prueba en sentido estricto, sino una argumentación que fundamenta la adopción de la medida en relación con las finalidades predeterminadas en la norma, porque esta razonabilidad medio-fin es la exigida por la regulación de los artículos 40 y 41 LET, que persiguen la satisfacción de las necesidades de la empresa. Consecuentemente, la decisión es razonable si la modificación es válida para el fin propuesto, sin que importe si es el mejor de los medios posibles o sólo uno de ellos. En este entorno, el juez juzga un futuro,

imposibilitado para conocer si la reorganización sometida a su decisión es verdaderamente la solución a esos problemas, resolviendo discrecionalmente con técnicas de la tónica y apreciando la necesidad reorganizativa a través de principios de racionalidad individualizada, luego casuística, lo que imposibilita la construcción de reglas de carácter general a la vez que aumenta la discrecionalidad empresarial.

VIGÉSIMOSEXTA: El control judicial no puede alcanzar el control de oportunidad organizativo y económico de la modificación.

El margen de apreciación judicial se extiende a la verificación de la regularidad del procedimiento seguido, su adecuación a las previsiones legales y los criterios de selección de los afectados, sin llegar, en ningún caso, al control de oportunidad económica u organizativa de la modificación, porque supondría el uso por el juez de conceptos económicos, respecto a los cuales ni puede ni debe decidir nada, porque quién decide la conveniente y adecuado para la empresa es el empresario, aparte de que en la gestión de recursos humanos no existe una lógica ni ortodoxia únicas. En ese entorno, el margen judicial de apreciación se sitúa en un impreciso lugar entre la mera convalidación de la causa, atentatoria contra la letra y el espíritu de la norma, y el control de oportunidad económico, ilícito también al afectar negativamente la libertad de empresa, sin que exista unidad de criterio ni pautas interpretativas, más allá del juicio de razonabilidad y el carácter casuístico de los supuestos.

VIGÉSIMOSÉPTIMA: Los incumplimientos formales en el procedimiento para la modificación individual nunca deben conducir a la nulidad de la modificación ni ignorar el carácter sustancial de la modificación.

En el procedimiento para las modificaciones individuales del 41.3 LET, al empresario sólo se le pide que su decisión esté fundamentada en las causas tasadas y que exista una conexión de razonabilidad entre las causas, el cambio y el resultado previsto en la norma, aparte, por supuesto, de someter la decisión modificativa al procedimiento

previsto en el 41.3 LET, que puede ser concretado y matizado en convenio colectivo sin superar los límites del 41 LET. Aunque para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia el incumplimiento procedimental es acreedor de la nulidad o se tiene por no implementada una modificación sustancial, pensamos que la notificación al interesado, que para la mayoría debe ser por escrito, puede llevarse a cabo válidamente por ordenes verbales e, incluso, se puede deducir de actos concluyentes del trabajador, al no figurar en parte alguna esa exigencia. Otra cuestión es que sea recomendable a efectos de prueba de su realización, contenido y fecha. En cambio, la omisión del preaviso no debe afectar la validez de la modificación y puede ser compensada mediante el *ius resistendae* por los días omitidos, el pago de los días omitidos, como en el despido objetivo, o hacer frente a la reclamación de daños y perjuicios por trabajar en condiciones indebidas, aparte de la posible sanción por infracción grave ex 7.6 LISOS. En resumen, que la sanción de los incumplimientos formales insubsanables sea la injustificación, de una manera similar a lo que sucede en el despido, porque resulta, cuando menos curioso, que el régimen sea más duro que en el despido.

VIGÉSIMOCTAVA: El incumplimiento del deber de realizar consultas y negociaciones en el procedimiento modificativo colectivo debe llevar aparejada la nulidad de la modificación.

Aunque la norma habla de dos procedimientos para la modificación de condiciones colectivas, en realidad sólo hay uno, que se lleva hasta el final, exigiendo preceptivamente para la modificación de condiciones contenidas en convenio estatutario o llega hasta la evacuación de las consultas en las demás condiciones colectivas, teniendo la decisión final el empresario tras su finalización. El núcleo esencial de este procedimiento es la fase de consulta-negociación, configurada como mecanismo participativo y como instrumento de control y de influencia por los representantes en las decisiones empresariales, especialmente en la modificación de convenios para su adaptación a las necesidades de la empresa. La importancia de este trámite provoca que su omisión total o parcial se sancione con la nulidad de la modificación, debiendo

admitirse válidamente la comunicación a afectados y representantes por el tablón de anuncios, al ser de dominio público el tema.

VIGÉSIMONOVENA: Debiera admitirse el acuerdo modificativo incluso sin la concurrencia causal.

La implementación de modificaciones colectivas debe cumplir, al igual que el individual la exigencia causal del 41.1 LET, incluso para la modificación de convenios colectivos, aunque alguna doctrina defiende que, dado que los negociadores son los legitimados para su negociación, no sería exigible. No obstante, la verdad es que, dada la amplitud e indefinición de las mismas, es posible, sin causas reales, acordar, si están de acuerdo, la modificación que tengan por conveniente. Esta opción, contraria a la ley, concede una gran flexibilidad negocial que prioriza el acuerdo adaptativo frente a la rigidez del convenio, por lo que sería interesante su admisión legal.

TRIGÉSIMA: El nuevo procedimiento para la modificación de condiciones colectivas previsto en la Ley Concursal endurece la reglamentación del 41 LET y complica procesalmente su impugnación, aunque como contrapartida permite a los trabajadores iniciar el expediente modificativo.

El procedimiento previsto en el 64 LC para la modificación de condiciones colectivas, hecho a imagen de la regulación de empleo del 51 LET, rompe con los parámetros estatutarios y es un procedimiento más rígido y garantista que el del 41 LET, al referirse a la “viabilidad futura de la empresa y del empleo”, más relacionada con situaciones de crisis que con las finalidades del 41, y diseñar una procedimentalización similar al ERE, excluir al empresario de las negociaciones y donde el juez adopta unas veces el papel de autoridad laboral y otras el de empresario, con exclusión siempre de la solución arbitral. Otro problema es la descoordinación entre las previsiones de las normas de procedimiento laboral y concursal causada por la asignación competencial exclusiva, sólo en instancia, de todas las acciones del concurso al juez mercantil, incluidas las

sociales, que hacen que se pueda recurrir en suplicación las impugnaciones individuales, no permitidas en lo social, o que no está prevista la solución a la concurrencia de las impugnaciones individuales y colectiva. Igualmente, la prohibición durante un año del ejercicio de las acciones rescisorias disminuye los derechos del trabajador y rompe el equilibrio contractual. La parte positiva es que están legitimados para iniciar el expediente modificativo, a diferencia del 41 LET, la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa, lo que contrasta con las previsiones estatutarias en que los trabajadores nunca pueden iniciar el expediente, lo que es muy positivo, puesto que son los primeros interesados en el mantenimiento de la empresa y los contratos.

TRIGESIMOPRIMERA: El procedimiento del 138 LPL debe usarse para toda impugnación individual de las modificaciones y debiera serlo también para la impugnación colectiva.

El principal problema interpretativo del procedimiento del 138 LPL es el relativo a la determinación de su ámbito material, puesto que si el uso del cauce procesal adecuado es una cuestión de orden público que no puede quedar al arbitrio del demandante, tampoco se puede dejar al albur de una interpretación anquilosante y refractaria a la existencia misma de las modificaciones sustanciales, como es la que doctrina judicial mayoritaria del Supremo y los Tribunales Superiores, esencialmente, que rechaza la existencia de modificaciones sustanciales y el acceso al procedimiento del 138 y su plazo de caducidad si existe algún defecto formal en su implementación. Esto es rechazable, porque la existencia de modificación sustancial es una realidad objetiva, no únicamente una categoría jurídica, que existirá siempre que se modifique sustancialmente las condiciones contractuales del trabajador, se haga de manera formalmente correcta o no, debiendo juzgarse y sancionarse su incorrección con la calificación de improcedente o nula, pero no con una arbitraria interpretación restrictiva del acceso al cauce del 138, que no se hace con el despido disciplinario, que es la vicisitud más grave del contrato. Porque siempre que se modifique sustancialmente el contrato de trabajo su impugnación debe hacerse a través del 138 LPL, se haya llevado

a cabo con corrección formal o no, porque sólo tras la impugnación se podrá conocer si la modificación emprendida es o no conforme con la normativa aplicable, obteniendo de acuerdo a ello la calificación y los efectos que correspondan. En resumen, que el procedimiento del 138 LPL se debe emplear siempre que se impugne la modificación sustancial a título individual con la pretensión de volver a la condiciones anteriores y proponemos que también se sustancien a su través las impugnaciones colectivas, en lugar de por el procedimiento de conflicto colectivo, lo que supone que la impugnación de cualquier tipo de modificación sustancial se debiera de llevar a cabo por este procedimiento.

TRIGÉSIMOSEGUNDA: La pretendida sumariedad y urgencia del procedimiento del 138 LPL.

Aunque este procedimiento es sumario y urgente, la realidad contradice este pronunciamiento. De entrada no está exceptuado de conciliación previa, requisito que nada añade, puesto que es obligatoria la conciliación judicial, y si demora el procedimiento aproximadamente un mes. La verdad es que se hubiera conseguido un proceso más urgente si se hubiera suprimido la exigencia de conciliación y reclamación previas, a lo que sí ayuda la consideración como hábil del mes de agosto. Por otro lado, el juez tiene la obligación de señalar la vista oral dentro de los cinco días posteriores a la admisión de la demanda, aunque este plazo es a todas luces irreal e ilusorio con el sistema habitual de citaciones por correo y las reglas especiales del 82.3 LPL. Además, el plazo para dictar sentencia pasa de cinco días, en el proceso ordinario, a diez, en un ampliación sin lógica alguna en un procedimiento sumario.

TRIGÉSIMOTERCERA: La irrecurribilidad de la sentencia de instancia no es real en la práctica, ni debe serlo normativamente.

Aunque el 138.4 LPL proclama, en aras de la urgencia del proceso, la ejecutividad inmediata de la sentencia, sin posibilidad de recurso alguno, ni es así en realidad, ni

estamos de acuerdo con el pronunciamiento normativo. No es así en realidad porque la mayoría de los jueces admiten el recurso de suplicación si no se han cumplido los requisitos formales exigidos para la modificación y, en bastantes ocasiones, también si lo han sido, lo que se demuestra con los miles de sentencias de suplicación existentes en los repertorios jurisprudencias y la mayor parte de las aquí citadas. No estamos de acuerdo con la irrecurribilidad con respecto al fondo y sí con la propuesta de *lege ferenda* que hace la doctrina pidiendo el acceso, sin restricciones, aunque sin efecto suspensivo, al recurso de suplicación, para así unificar la doctrina judicial y evitar la incertidumbre actual, porque esta irrecurribilidad ha sido y es merecedora de críticas.

TRIGÉSIMOCUARTA: La sentencia del 138 LPL declarará la nulidad de la modificación sólo cuando se use el procedimiento individual en fraude de ley, cuando se vulnere algún derecho fundamental o se infrinjan normas de derecho necesario, no por defectos formales en su implementación.

La modificación será declarada nula *ex* 138.5 LPL, 40.1 y 41.3, cuarto LET cuando se adopte en fraude de ley por el procedimiento individual o plural con objeto de eludir las previsiones del procedimiento colectivo. También, a pesar del silencio del 138.5 LPL, cuando se aprecia una vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, con independencia de la vía procesal seguida en su impugnación, al igual que cuando contenga modificaciones prohibidas por la norma sustantiva o se infringen normas de derecho necesario, como sucedería si se modifican unilateralmente condiciones pactadas en convenio colectivo o se modifica el salario por debajo del mínimo legal, distinguiendo entre las exigencias de forma, excusables o acreedoras de la injustificación, y las de garantía, que sí pueden conllevar la nulidad. En cualquier caso, deben calificarse como injustificados, de forma residual o subsidiaria, aquellos otros supuestos que no sean susceptibles de ser subsanados o salvados, porque los defectos procedimentales, por graves que sean, no deben llevar a una calificación distinta de la declaración de injustificada de la decisión modificativa.

TRIGÉSIMOQUINTA: El verdadero sentido de la ejecución de sentencias de injustificación es la ejecución por equivalente dinerario, por lo que se podría instaurar una indemnización tasada como compensación del injusto y conservar el empleo.

Cuando la modificación se declara injustificada, la inicial reposición *ex* 138.5 LPL se puede transformar, sin duda alguna, en una deuda pecuniaria, máxime si tenemos en cuenta que el 138.7 sólo se refiere a la ejecución *in natura* para los casos de nulidad, por lo que el trabajador dispone, *ex* 138.6 LPL, de dos alternativas: una pedir la reposición y otra pedir la extinción contractual indemnizada, por lo menos en teoría, aunque si persiste el incumplimiento empresarial el trabajador se ve abocado a pedir la extinción indemnizada o soportar las nuevas condiciones. De aquí que se pueda decir que el verdadero objeto de la ejecución instada por el trabajador es la extinción indemnizada, no la restitución a las condiciones originales, optando el empresario de forma tácita al no reintegrar al trabajador, igual que sucede en el despido improcedente.

Por otra parte, buscando una salida intermedia, para no ver extinguido el contrato, hacemos nuestra una idea interesante, consistente en la instauración de una indemnización tasada, de menor cuantía que la del despido, para aquellos supuestos en que el trabajador opte por la conservación del empleo y como compensación por el injusto que supone la convalidación de una decisión reprobada en el proceso, aunque también se puede pedir una compensación de daños por incumplimiento, *ex* artículo 1.101 del Código civil, si no se opta por la extinción contractual.

TRIGÉSIMOSEXTA: Las modificaciones nulas han de ser reintegradas en las condiciones originales, aunque si éstas han desaparecido en la reorganización, pueden transformarse, en última instancia en una ejecución dineraria.

El 138.7 LPL contempla dos opciones para la ejecución de sentencias de nulidad: la extinción indemnizada y la ejecución en los propios términos de la sentencia. Ahora

bien, aunque la situación parece similar a la ejecución de las sentencias que declaran injustificada la decisión modificativa, hay una diferencia sustancial, consistente en que la opción para decidirse entre una u otra posibilidad corresponde al trabajador, no al empresario como en la situación anterior, por lo que, con independencia de cuál sea la voluntad de éste, el trabajador podrá instar la ejecución de la sentencia en sus propios términos si así le conviene, debiendo entenderse de la literalidad del 138.7 LPL que habrá de ser en sus propios términos cuando no se pida expresamente otra cosa, mientras que la ejecución por equivalente habrá de ser pedida de manera expresa. Ahora bien, esta decisión sólo se hará efectiva si el empresario se aviene a cumplir las órdenes judiciales, puesto que, en caso contrario, la ejecución puede acabar, igualmente transformada en una extinción indemnizada y la consiguiente ejecución dineraria, aunque en muy última instancia *ex* 284 LPL. Desde esta perspectiva, es obvio que la declaración de nulidad lo único que aporta sobre lo ya dicho es, únicamente, dar una oportunidad al trabajador para que pueda instar el cumplimiento *in natura* del pronunciamiento judicial, oportunidad inexistente si la modificación se califica de injustificada.

TRIGÉSIMOSÉPTIMA: El procedimiento de conflicto colectivo del 151 LPL debe usarse siempre para la impugnación colectiva de las modificaciones de igual carácter, incluidas las plurales.

A través del proceso de conflicto colectivo del 151 y ss. LPL se puede impugnar por los representantes de los trabajadores la modificación de todas aquellas condiciones cuya naturaleza sea colectiva, sin distinguir si es normativa o contractual, afecte a uno o a todos los trabajadores, porque lo importante es el carácter cualitativo de la condición, con la única salvedad, por imperativo legal, de las llamadas condiciones plurales, cuyo tratamiento, a todo los efectos, es individual, aunque ciertamente debieran incluirse aquí, porque en realidad estamos ante condiciones colectivas, lo que ha confirmado el Constitucional y el Supremo sólo con respecto a las condiciones recogidas en convenio colectivo. Igualmente se deben sustanciar por esta vía los supuestos de afectación a un gran número de trabajadores, siempre que se aprecie un interés abstracto y general, de

grupo, de los afectados por la modificación. También resulta aplicable a este procedimiento la disputa doctrinal, analizada a propósito del procedimiento del 138 LPL, para los supuestos en que no se ha respetado el procedimiento de los artículos 40 y 41 LET. Como es lógico, mantenemos también aquí nuestra posición de que siempre debe acudir al 151 LPL en el plazo del 59.4 LET, independientemente de que, después de su enjuiciamiento, la modificación resulte nula, injustificada o convalidada.

TRIGÉSIMO OCTAVA: Estamos ante un proceso especial de conflicto colectivo que podría sustituirse sin problemas por el procedimiento del 138 LPL.

La regulación del 151 y ss. LPL se ve modificada, en mayor o menor medida, por las previsiones de los artículos 40 y 41 LET, por lo que éste es un proceso de conflicto colectivo especial, especialidad que se manifiesta en diversos aspectos de su régimen jurídico. En realidad, estamos ante un procedimiento de conflicto colectivo, no porque ciertamente lo sea, sino porque la ley así lo ha dicho, pudiendo haberse remitido igualmente, lo que hubiera sido más fácil y adecuado, al procedimiento del 138 LPL, introducido *ex novo* para la impugnación de las modificaciones sustanciales, que así podría haberse destinado para la impugnación y conocimiento de todas las modificaciones incluidas en el ámbito del 40 y 41 LET, e incluso al procedimiento ordinario. La justificación de esta remisión al procedimiento del 151 y ss. puede explicarse por sus características de urgencia y sumariedad, aunque tampoco existe en realidad mucha diferencia temporal con el del 138, puesto que también es obligatoria la conciliación y reclamación previas, con la problemática ya señalada a propósito de su exigencia. Tampoco existe especialidad alguna en el objeto de la pretensión, puesto que es conocer si la decisión modificativa cumple las exigencias causales y formales que la norma legal exige para su válida adopción, por lo que es el equivalente colectivo a la impugnación individual del 138 LPL.

TRIGÉSIMONOVENA: La vinculación entre la sentencia colectiva y la impugnación individual es de prejudicialidad suspensiva.

La concurrencia del ejercicio individual y colectivo de la impugnación se resuelve, de acuerdo con el 40,2, séptimo, y 41,4, quinto, LET, a favor de la impugnación colectiva, cuya interposición paralizará la tramitación de las acciones individuales ya iniciadas o que se presenten, hasta la existencia de sentencia firme, no siendo suficiente la sentencia de instancia, pues cabe recurso de suplicación, para así hacer efectiva la intención del legislador de subordinar procedimientos individuales a los criterios sentados en el colectivo. Esta vinculación produce una prejudicialidad suspensiva que condiciona el procedimiento individual por la sentencia colectiva, que así tiene efectos de cosa juzgada en sentido positivo o prejudicial, al obligar sólo a que la segunda sentencia aplique los criterios establecidos por la sentencia firme anterior.

CUADRAGÉSIMA: La sentencia colectiva debiera poder ejecutarse directamente y concretarse el *petitum*, si no se ha hecho antes, en el momento de la ejecución.

La sentencia colectiva no se ejecuta en sí misma, salvo casos excepcionales, sino a través de procesos individuales interpuestos a través del 138 LPL para su ejecución, en un nuevo plazo de caducidad de veinte días a partir de la firmeza de la sentencia colectiva, constituyéndose estas sentencias, no la colectiva, en títulos ejecutivos. Así, se vuelve innecesaria la impugnación individual dentro de los veinte días desde la modificación y se puede esperar a conocer el fallo del conflicto colectivo, con el inconveniente de que, si no es favorable a los intereses del trabajador, éste habrá perdido inexorablemente las posibilidades de impugnación, por caducidad de su acción, salvo las escasas situaciones en que la sentencia colectiva pueda ser ejecutada directamente, sin intermedio de los procedimientos individuales. Sin embargo, sería coherente con la lógica interna de los preceptos intervinientes y la economía procesal llevar hasta el final los fundamentos lógicos del efecto normativo y hacer directamente ejecutable la sentencia colectiva, sin necesidad de obtener una sentencia

individualizada, concretándose el *petitum* suplicatorio, si no se ha hecho antes, en el momento de la ejecución. Esta interpretación favorece el principio *pro actione*, ofrece mayores garantías de seguridad jurídica y evita el derroche de actividad jurisdiccional que la situación actual propicia. De esta manera sí podríamos hablar de litispendencia con propiedad, aunque en esencia no concurren con exactitud todas las identidades necesarias.

CUADRAGÉSIMOPRIMERA: El trabajador, cuando la modificación le causa un perjuicio, puede rescindir su contrato acudiendo, en función del tipo de perjuicio, a la vía del 41.3 o del 50.1.a) LET.

Pese a la incorrección de la expresión del 41.3, segundo LET al referirse a la posibilidad de rescisión contractual que se concede al trabajador perjudicado por la modificación y a que en realidad no estamos ante una acción rescisoria, sino ante una facultad resolutoria del contrato, igual que sucede con la posibilidad de extinción por voluntad del trabajador contemplada en los diversos números del artículo 50 LET, vamos a denominar, a efectos de claridad expositiva, rescisión contractual a la facultad prevista en el 41.3, segundo LET y acción resolutoria a la acción prevista por el 50.1.a) LET.

El requisito necesario para acudir a esta vía rescisoria es que la modificación sustancial cause un perjuicio genérico al trabajador, a diferencia de la resolución del 50.1.a) LET que exige un perjuicio específico a la formación profesional o a la dignidad del trabajador, luego cualquier otro perjuicio será genérico y alegable únicamente por la vía del 41.3, segundo LET, siempre que las condiciones afectadas sean la jornada, el horario o el régimen de trabajo a turnos.

CUADRAGÉSIMOSEGUNDA: Los planteamientos civilistas para la resolución por incumplimiento culpable *ex* 1.124 Cc no pueden aceptarse en este campo.

Los planteamientos tradicionales civilistas de la resolución por incumplimiento culpable *ex* 1.124 Cc no pueden aceptarse, porque si la modificación se adopta de acuerdo a la norma no existe incumplimiento alguno, sino sólo ejercicio regular de una facultad empresarial, lejos de una visión subjetivista y culpable de la facultad resolutoria, porque lo que realmente justifica la facultad rescisoria o resolutoria del trabajador es el perjuicio sufrido a consecuencia de la modificación, siendo la obligación indemnizatoria consecuencia de la imposición a la empresa de una responsabilidad objetiva. En primer lugar, la extinción del 41.3 LET enfrenta un supuesto de tutela compensatoria de daños y perjuicios, aunque las condiciones habilitantes sean tasadas, incluso si la modificación es justificada, mientras que si fuera una manifestación del 1.124 Cc debiera admitirse siempre que mediara perjuicio, independientemente de la materia modificada. En cambio, la resolución *ex* artículo 50.1.a) LET, aunque parece una traslación del planteamiento del 1.124 Cc no lo es, porque el fundamento de la indemnización es la existencia de un determinado perjuicio, no el incumplimiento empresarial, inexistente si la modificación es regular, aparte de la resolución del 50.1.a) forzosamente exige la tramitación judicial. Además, en ambos casos la tasación legal alcanza a los supuestos habilitantes y a la cuantía de las indemnizaciones, fijadas sólo en atención a la antigüedad y el salario percibido, resarciéndose los perjuicios ocasionados con la indemnización tasada, mientras que el diseño indemnizatorio del 1.124 Cc exige, salvo pacto en contrario, la prueba del perjuicio y la concreción real de los daños sufridos para su exigencia a la parte incumplidora.

CUADRAGÉSIMOTERCERA: Es posible pedir una indemnización complementaria a la tasada si la modificación ha sido calificada como injustificada o nula.

Si la modificación es declarada injustificada o nula podría exigirse una responsabilidad al empleador por su incumplimiento, ejercitando la acción civil del 1.101 Cc para reclamar una indemnización suplementaria por haber desempeñado su prestación en unas condiciones ilícitas, tanto si se han infringido derechos fundamentales como si sólo se ha afectado la regulación del 41 LET, aunque también se puede acudir, lo que es preferible, al procedimiento ordinario, una vez declarada injustificada la modificación o al 138 LPL si se pide la reparación del perjuicio conjuntamente con la impugnación de la modificación. El problema se centra en la admisión o no de la existencia de lucro cesante o de daño emergente, que son los componentes a evaluar de los daños y perjuicios, y en la dificultad para identificar, objetivar y cuantificar correctamente el daño causado al trabajador, especialmente los daños morales por la gran carga de subjetivismo que conllevan y la dificultad de probar tanto la existencia del daño moral como su valoración económica.

CUADRAGÉSIMOCUARTA: La rescisión contractual del artículo 41.3 LET tiene carácter extrajudicial, la decisión del trabajador valor constitutivo y debe ejercitarse en el plazo de preaviso de treinta días.

Aunque lo habitual es que la rescisión tenga carácter extrajudicial, teniendo la decisión personal del trabajador valor constitutivo y rescisorio, mientras que el juez se limita a obligar al empresario, previa demostración del perjuicio, a que acepte la decisión del trabajador y pague la indemnización. En este caso, el trabajador puede acudir a la jurisdicción de dos formas. Una, separando el efecto extintivo y el efecto resarcitorio, por lo que la acción será declarativa y el juez se limitará a comprobar si concurren los requisitos legales necesarios para que surja el derecho a la indemnización, con el riesgo de no percibir indemnización por la extinción de su contrato, que él ha rescindido, si no

se estiman presentes los requisitos legales para ello. La segunda opción, con menos riesgos, sería plantear una acción rescisoria propiamente dicha, para que el órgano judicial, una vez estime concurrentes los requisitos exigidos, sea quién extinga la relación laboral y condene al empleador al pago de la indemnización. Esto es posible porque la facultad de rescisión contractual directa que el 41.3, segundo LET concede al trabajador es de ejercicio voluntario, sin que implique una prohibición de ejercicio ante los Tribunales, aunque debe continuar desempeñando su prestación. En cualquier caso, el plazo de ejercicio de esta opción, por el proceso ordinario, es el de treinta días de preaviso que parece estar en la lógica del precepto, más que el de veinte días del 59.4 LET el mantenido por la jurisprudencia.

CUADRAGÉSIMOQUINTA: La cuantía indemnizatoria del supuesto del 50.1.a) LET debiera equipararse al despido objetivo en supuestos de degradación por incompetencia profesional.

Este supuesto de resolución contractual ex 50.1.a) LET exige que la modificación perjudique la formación profesional y la dignidad del trabajador, que ha de acudir al juez para que autorice la resolución, siendo la decisión judicial la que tiene valor constitutivo para la resolución indemnizada en la cuantía del despido improcedente, lo que parece excesivo para la degradación por incompetencia profesional, que debiera equipararse indemnizatoriamente con el despido objetivo, no así cuando la modificación no responda a lógica alguna razonable. En esta lógica, se puede diferenciar en función de que la modificación esté justificada, luego falta la culpabilidad del empresario, o injustificada, pudiéndose, si procede, pedir una indemnización suplementaria a la tasada si se reúnen los requisitos para ello.

CUADRAGÉSIMOSEXTA: Debe unificarse el plazo del 59.4 LET, de veinte días, para el ejercicio de todas las acciones derivadas de las modificaciones sustanciales.

Debiera considerarse *de lege ferenda* la posibilidad de someter a igual plazo de veinte días, *ex* 59.4 LET, todas las acciones derivadas de las modificaciones sustanciales, por cuanto simplificaría la complejidad procesal de la institución sin perjudicar en exceso el derecho a la resolución contractual, puesto que, normalmente, los perjuicios de la modificación son perceptibles desde el momento de su implementación.

CUADRAGÉSIMOSÉPTIMA: Se debe dar igual tratamiento procesal a las acciones resolutorias y rescisoria, preferiblemente el del 41.3 LET.

Aunque el artículo 27.2 LPL no admite la acumulación de otras acciones en los procedimientos del artículo 50 LET, por la identidad de fondo al originarse a partir de una modificación sustancial, se puede hacer un planteamiento de *lege ferenda*, dando similar tratamiento a ambos modos de extinción contractual, bien supeditando también el derecho rescisorio a la declaración judicial autorizadora o bien dar a la resolución *ex* 50.1.a) el tratamiento extrajudicial reservado hasta ahora a la rescisión del 41.3, idea que parece más atractiva. Sólo en estas hipótesis sería factible dar a ambas acciones un tratamiento procesal unificado, que ahora debe ser rechazado, sin que su admisión planteara especiales problemas de aumento de conflictividad judicial, puesto que la situación sería similar a la existente con respecto a la rescisión contractual *ex* 41.3 LET, que sólo acaba en la jurisdicción el supuesto en que no existe acuerdo entre empresario y trabajador, mientras que si hoy se quiere acudir a la vía del 50.1.a) inexcusablemente se debe interponer el correspondiente procedimiento, dado el efecto constitutivo de la resolución judicial.

CUADRAGÉSIMOCTAVA: Cuando existe concurrencia temporal entre la demanda resolutoria y el despido del trabajador deben ser analizadas ambas demandas de manera conjunta.

Cuando el trabajador que plantea la demanda resolutoria del 50.1.a) ha sido despedido a continuación ambos supuestos deben ser analizados en un mismo procedimiento, al estar ambos profundamente interrelacionados, debiendo analizarse, para la mayoría, en primer lugar, el despido, porque si se convalida, al no estar en vigor el contrato en el momento de la sentencia de la demanda resolutoria, ésta ya no tiene sentido. Sin embargo, parece más conveniente que se examinen ambos supuestos, porque si la demanda de resolución está adecuadamente fundamentada, aunque el posterior despido también lo esté y surta sus efectos desde la fecha en que se realizó, no por ello dejan de existir los presupuestos que han dado lugar a la demanda del 50.1.a) LET. En este caso debiera calcularse la indemnización hasta la fecha del despido, pero sin que el trabajador pierda la indemnización originada por los perjuicios sufridos a causa de la modificación. Sin embargo, si el despido se considera improcedente, la continuación de la relación laboral depende de la aceptación o no de la pretensión extintiva del trabajador, por lo que deberá mantener la impugnación del despido hasta la firmeza de la sentencia.

CUADRAGÉSIMONOVENA: Los procedimientos modificativos constituyen, en el fondo, una denuncia modificativa impropia.

Los efectos de la modificación sobre el trabajador se resumen en la alternativa de aquietarse y asumir los cambios o, en definitiva, extinguir su contrato si no acepta el desempeño del trabajo en las nuevas condiciones. Esto lleva, inevitablemente, a pensar que los procedimientos del artículo 41 LET son, en realidad, una denuncia modificativa impropia, puesto que la regulación normativa fuerza al trabajador a aceptar la modificación con la amenaza implícita de que si no lo hace perderá su empleo. Pero no se exterioriza como una decisión empresarial, sino como una decisión unilateral del

trabajador, quién la adopta a iniciativa propia, al menos en apariencia, porque la modificación se produce en un contexto reorganizativo instado por el empresario. El trabajador puede extinguir su contrato tras la modificación sustancial en dos momentos diferentes: uno tras la comunicación de la decisión modificativa, acudiendo a la rescisión del 40.1, tercero, y del 41.3 LET y a la resolución del 50.1.a y 50.1.c LET y 138.6 y 7 LPL, sin que desde este punto de vista sean importantes las diferencias en la cuantía de la indemnización ni que se opte por la extinción antes o después de la impugnación de la decisión modificativa. El segundo momento es durante la fase de ejecución de la sentencia que ha declarado improcedente la modificación sustancial. En los primeros supuestos se puede hablar de denuncia modificativa impropia, aunque se hace difícil hablar de despido indirecto cuando la modificación es regular, mientras que en el segundo sí podemos hablar de una auténtica denuncia modificativa o despido modificativo porque, aunque el trabajador insta la ejecución, es el empresario quién tiene el derecho de opción para reintegrar al trabajador o extinguir la relación.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.: *Condiciones de trabajo. La hora de Europa*, (dir. JUAN JOSÉ CASTILLO ALONSO), MTTSS, 1.987.
- AA.VV. en *El debate sobre la flexiseguridad*, Revista de relaciones laborales 16/2.008-1, Universidad del País Vasco.
- AA.VV.: “Informe Delors”, en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, Luxemburgo, 1.993.
- AA.VV.: “Informe Supiot”: *Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, en Droit Social, núm. 5/1.988.
- AA.VV.: *La negociación colectiva en Andalucía, Memoria C.A.R.L. del año 2000*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2001.
- AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, 1991.
- ACKERMAN, B.A.: “Diritto, economia ed il problema della cultura giurídica”, Riv. Crit. Del Dir. Priv., 1.988.
- ADDA, J.: *Globalización de la economía*, Sequitur, Madrid, 1.999.
- ADOM, K.: “La modification du contrat de travail du fait de l'état de santé du salarié”, Droit Social, núm. 5/1.995.
- AGIS DASILVA, M.: “Algunos problemas relacionados con el período de consultas previo al traslado colectivo”, Tribuna Social, núm. 86/1998.
- AGIS DA SILVA, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999.
- AGLIETTA, M.: *Regulación y crisis del capitalismo. La experiencia de los Estados Unidos*, Siglo XXI, Madrid, 1.979.
- AKERLOF, G.: “Labor contracts as partial gift exchange”, Quartely Journal of Economics (Cambridge, Massachussets), vl. 97, núm. 4/1.982.
- ALAMEDA CASTILLO, M^a.T.: “La relación de trabajo en la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio”, Temas Laborales, núm. 73/2.004.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1.988.
- “Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa”, en AA.VV., Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, Marcial Pons, Madrid, 1.991.
 - “Tiempo de trabajo en la reforma laboral”, RL, núm. 17-18/1.994.
 - “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV. Nuevo Marco de las relaciones laborales, Universitat-IEL, Barcelona, 1.995.
 - “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en La reforma de la negociación colectiva (coord. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Salvador del Rey Guanter), Marcial Pons, Madrid, 1.995.

- ALAS TOLIVAR, L.: “La configuración constitucional del Derecho a la libre elección de profesión u oficio”, en A. MARTÍN RETORTILLO, S. (coord.) *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1.991.
- ALBACH, H. y ECHEVARRÍA, S., editores: *Globalización*, Díaz de Santos, Madrid, 1.999.
- ALBADALEJO, M.: *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1.960.
-- *Derecho civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1.970.
-- *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, vol. I, 14ª ed. Bosch, Barcelona, 1.994.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: “Causas y efectos de la extinción por el trabajador”, en AAVV, *Comentarios a las leyes laborales*, t. IX, vl. I (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.983.
-- “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RT, núm. 93/1.989.
-- “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial”, AL núm. 10/1.991.
-- “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, T.S., núm. 43/1.994.
-- “Los acuerdos de empresa”, en AA.VV.: *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1.996.
-- “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas”, en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XIII, vl. 2º, Edersa, Madrid, 1.990.
-- *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.004.
- ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.I., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.Mª.: *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.004.
- ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUÍZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Derecho del trabajo*, T. II, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2.004.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional. Informes y estudios*, MTSS, Madrid, 1.989.
-- “La categoría y el grupo profesional como límites a la movilidad funcional”, R L, T. II, 1992.
-- *El encuadramiento profesional*, MTSS, Madrid, 1.995.
-- “La nueva regulación de la clasificación y de la movilidad en la Ley 11/1994 reformadora del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Ed. Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 1.995.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, Revista de Derecho Mercantil núm. 233/1.999.
- ALFONSO MELLADO, C.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994.
- ALFONSO MELLADO, C.L., CARRATALÁ, J.L. y MORRO, J.L.: *La reforma del proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994.
- ALFONSO MELLADO, C.L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996.
- ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, RL, t.I/1.994.
-- “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, RL, núm. 8/1.995.
-- “Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial”, RL, núm. 23/1.995.
-- “Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico”, RL núm. 4/1.995.

- “Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial”, RL, t. 2, 1.995.
- *Los acuerdos o pactos de empresa. (Distintas modalidades de negociación en la empresa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- “Los acuerdos de reorganización productiva”, RL, núm. 3/1.996.
- ALFONSO MELLADO, C. y BLASCO PELLICER, C.: “Efectos e impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ejemplar mecanografiado, Valladolid, 1.996.
- ALÍA RAMOS, M., MONTANÉ MERINERO, J.: *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, CISS, Valencia, 1995.
- ALMANSO PASTOR, J.M.: *El despido nulo*, Tecnos, Madrid, 1968.
- “La obligación salarial”, en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad de Valencia, Valencia, 1.976.
- ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Mergablum, Sevilla, 2.002.
- ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª ed. Ariel, Barcelona, 1.980.
- *Curso de Derecho del Trabajo*, 9ª ed. Ariel, Barcelona, 1.985.
- *Curso de Derecho del trabajo*, 16ª ed. Ariel, Barcelona, 1995.
- ALONSO OLEA, M.: *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, IEP, Madrid, 1.957.
- “La empresa vista desde el punto de vista social”, en AA.VV., *La empresa*, Madrid, 1.962.
- “Sobre el poder de dirección del empresario”, en MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.965, cit., pg XII.
- “La Revolución Industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Trabajo*, núm. 32, 1.970.
- *Historia de una palabra: alienación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.974.
- “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RPS, núm. 126/1.980.
- *Introducción al Derecho del trabajo*, Edersa, Madrid, 1.981.
- *Derecho del trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 7ª ed., 1.981.
- *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, 2ª ed., Civitas, 1.990.
- “Sobre los procesos colectivos y la ejecución de sus sentencias”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (S. MARTÍN RETORTILLO, coord.), t. IV, Civitas, Madrid, 1.991.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E. : *Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1.989.
- *Derecho del trabajo*, 16ª ed., Civitas, Madrid, 1998.
- *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Civitas, Madrid, 2.008.
- ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C.: *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1.999.
- ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.Mª.: *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, 11ª ed., 2.001.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 67/2.002.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, AL, t.II/1.995.
- AMAUGER-LATTES, M.C.: “Modification du contrat de travail et droit disciplinaire”, *Droit Social*, núm. 2/1998.

- ANDINO AXPE, L.F.: *Ejecución en la vía jurisdiccional social*, 2ª ed., Comares, Granada, 1.996.
- ANTONMATTEI, P.H.: “Les éléments du contrat de travail”, *Droit Social*, núm. 4/1.999.
- APILLUELO MARTÍN, M.: “Los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1994”, *AL*, núm. 9/1.995.
- ARAKI, T.: “Flessibilità delle condizioni di lavoro in Giappone”, *Lavoro e Diritto*, 1.993.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1.978.
- ARAGÓN REYES, M.: “Constitución económica y libertad de empresa” en *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1.995.
 -- “Constitución económica y libertad de empresa” en IGLESIAS PRADA, J.L.(coord.) *Libertades económicas y Estado social, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.I, Civitas, Madrid, 1.996.
 -- “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa” en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), *Instituto de Estudios Económicos*, Madrid, 2.005.
- ARNAUD, A.J.: *Critique de la raison juridique. Oú va la sociologie de droit?*, LGDJ, París, 1.981.
- ARRIGO, A-VARDARO, G.: *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*, Lavoro, Roma, 1.982.
- AUBY, J. B.: “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, 2.001, núm. 156.
- BALDASARRE: “Iniciativa económica privada”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffré, Milano, 1.971.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: *El arbitraje laboral*, MTAS, Madrid, 1.993.
- BANCE, P.: “Recherche sur les concepts juridiques en matière de conditions de travail”, *Revue française des Affaires Sociales*, vol. 32, janvier-mars 1978.
 -- “Recherches sur le critère juridique des conditions de travail”, *Revue française des Affaires Sociales*, núm. 1/1.987.
- BAÑEGIL, T.M.: *El sistema Just in time y la flexibilidad de la producción*, Pirámide, Madrid, 1.993.
- BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I. Milano, Giuffré, 1.915.
 -- *Il diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 1.935.
 -- *Tratado de Derecho del Trabajo*, Alfa, Buenos Aires, 1.953, T.II.
 -- *Instituzione di Diritto civile*, Giuffré, Milano, 1.955.
- BARRIONUEVO PEÑA, J.: “La nueva regulación de los expedientes de crisis”, en RPS, núm. 97/1.973.
 - “Fuerza mayor y expediente de crisis”, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1.977.
- BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1.985.
- BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1.991.
 -- “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, *RL*, núm. 17118/1.994.
 -- “Sistema de empresa y reforma del mercado de trabajo”, *CRL*, núm. 5/1.994.
- BAYLOS, A. Y APARICIO, J.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1.992.

- BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Instituciones de Derecho procesal laboral*, Trotta, Madrid, 1.995.
- BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo* t. I., Marcial Pons, Madrid, 1.963.
- BAYÓN CHACÓN, G.- PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 12^a ed., revisada y puesta al día por F. Valdés Dal-Ré, Marcial Pons, Madrid, 1.978-1.979.
- BECK, U.: *¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Piados, Madrid, 1.998.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el Derecho Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1.995.
- “Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos”, RL, núm. 2/1.999.
 - “La suspensión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, REDT, 96/1.999.
 - *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, Madrid, 2.000.
 - *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.000.
- BERANGER, P. *En busca de la excelencia industrial: Just in time*, CDN, Madrid, 1.988.
- BESSE, G.: “Mondialization des échanges et droits fondamentaux de l’homme au travail: quel progrès aujourd’hui”, en *Droit Social*, núm. 11/1.994.
- BESSONE, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffré, Milano, 1.975.
- *Casi e questione di Diritto privato*, vol. II, 4^a ed., Giuffré, Milano, 1.984.
- BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, trad. J.L. DE LOS MOZOS, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.970, t. II.
- *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. MARTÍN PÉREZ, Comares, Granada, 2.000.
- BIGGART, N.W.: “Institutional logic and economic explanation”, en MARCEAU, J. (ed.): *Reworking the World: Organizations, Technologies, and Cultures in Comparative Perspective*, Walter de Gruyter, Berlín, 1.992.
- BLAISE, H.: “Les incidences d’une modification du contrat de travail”, *Bulletin social Francis Lefebvre*, mayo/1.988.
- BLAISE, H. y LORANS, Th.: “Le bulletin de paie, un mode rénové d’information et de preuve”, *Droit Social*, 1.992.
- BLANPAIN, R.: “Informazione e consultazione nell’impresa: recognizione comparativa”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 17/1.983.
- BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1.995.
- “Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, RL núm. 12/1.995.
 - *Las medidas cautelares en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1.996.
- BLASCO SEGURA, B.: “La suspensión del contrato de trabajo: Los apartados j) y m) del art. 45 del ET”, AL, núm. 28, 1995.
- “La eficacia del acto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el tratamiento procesal de esta institución”, *Tribuna Social*, núm. 72/1.996.

- BLASCO SEGURA Y MOLINS GUERRERO: “Modificación y suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1.980.
- BOBBIO, N : *Liberalismo y democracia*, FCE, México, 1.992.
- BOGNETTI, G: *La Costituzione económica italiana. Interpretazione e proposti di riforma*, Giuffré, Milano, 1.993.
- BONNECASE, J.: *Elementos de Derecho civil*, BONNECASE, J. *Elementos de Derecho civil*, II, José M. Cajica, México, 1945.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “La obligatoriedad general o limitada de los convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, Edersa, Madrid, 1.980.
-- “Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”, *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo, (Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea)*, MTSS, Madrid, 1.990.
-- “Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales”, AL, núm. 17, 1996.
- BOSELLI, A.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1.952.
- BOTANA LÓPEZ, J.M.^a: *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas, Madrid, 1.995.
- BOWLES, S. EDWARDS, R.: *Introducción a la economía: competencia, autoritarismo y cambio en las economías capitalistas*, Alianza, Madrid, 1.985.
- BOUBLI, B.: “Sur la modification du contrat de travail et la loi Aubry”, *Semaine sociale Lamy* núm. 897/1.997.
- BRACCO, R.: *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Dott. Antonio Milani, Padova, 1.960.
- BRACCIANTI, C.: *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Giuffré, Milano, 1.946.
- BRETHER DE LA GRESSAYE: “Les transformations juridiques de l'entreprise patronel”, *Droit social*, 1.939.
- BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, MTSS, Madrid, 1.995.
- BRUTON, H. y FAIRRISS, D.: “Trabajo y desarrollo”, *Rev. Inter. Del Trabajo*, vol. 118, núm. 1/1.999.
- BURGOS GINER, M^a A.: “El objeto del contrato de trabajo y la movilidad funcional”, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, ejemplar mecanografiado, Valladolid, 1.996.
- BURNS, T. y STALKER, G.M.: *The Management of Innovation*, Tavistock, London, 1.961.
- CABANELLAS DE TORRES, G.: *Tratado de derecho laboral*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.949.
-- “Elementos esenciales del contrato de trabajo”, en *Estudios sobre derecho individual del trabajo, en AA.VV. Estudios en homenaje al profesor Mario L. Deveali*, Heliasta, Buenos Aires, 1.979.

- CABERO MORÁN, E.: “negociación colectiva y representación de los trabajadores en los grupos de empresas nacionales y multinacionales”, AL, núm. 32/1.990.
- CABEZA PEREIRO, J.: *La buena fe en la negociación colectiva*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1.995.
- CABRERA BAZÁN, J.: *La novación ilícita del contrato de trabajo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1.963.
-- *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Akal, Madrid, 1.982.
-- “Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo”, en AA.VV. *Estudios de Derecho del trabajo. Estudios en memoria del prof. Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1.980.
- CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, Aranzadi, Pamplona, 1.996.
- CAIRE, G.: “Globalization et relations professionnelles”, en *Revue Tiers Monde*, núm. 156/1.998.
- CÁMARA BOITÍA, A.: “Tutela judicial efectiva, ejecución provisional en procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo antes de la Ley 11/1994 y limitación temporal del fallo judicial”, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, dirs.), t. XIV, ref. 949, Civitas, Madrid, 1.997.
- CAMERLYNCK, G.H.: *Droit du travail. Le contrat de travail*, 2ª ed., Dalloz, París, 1.982.
- CAMERLYNCK, G. H. y LYON-CAEN, G.: *Derecho del Trabajo* (trad. J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ), Aguilar, Madrid, 1.974.
-- *Droit de Travail*, 11^{ème} édit., Dalloz, París, 1.982.
- CAMERON K.S.: “The effectiveness of Ineffectiveness”, en BARRY M.S. y CUMMINGS L.L. (eds.), *Research in Organizational Behavior*, JAI-Press, Greenwich, 1.984.
- CAMOS VICTORIA, I.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas en virtud de un acuerdo o pacto colectivo o fijadas en un convenio colectivo estatutario y su incidencia en el sistema de fuentes”, AL, núm. 29/1.996.
- CAMPBELL, R. McCONNELL y STANLEY L. BRUE: *Economía laboral*, McGrawHill, Madrid, 1.996.
- CAMPOS ALONSO, M.A.: “La ejecución de sentencias en lo social, según la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina”, en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral* (Tomás Sala Franco y Juan Manuel Ramírez Martínez (dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- CAMPS RUIZ, L.M.: “Implantación, modificación y supresión de los sistemas de trabajo y rendimiento y su repercusión salarial”, en *Estructura salarial*, CEOE, Madrid, 1.987.
-- *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.993.
-- *La modificación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
-- *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CANALS, J.: *Competitividad internacional y estrategia de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1.991.
- CANDIAN, A.: “Appunti in tema di azienda” in *Scritti in onore de A.C. Jemolo*, vl. II, Giuffré, Milano, 1.963.
- CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, Góngora, Madrid, 1.928.
- CARABELLI, U.: *Occupazione e protezione sociale nell'economía di mercato*, Scuola Superiore G. Reiss Romoli, L'Aquila, 1.991.

- CARBONNIER, J.: *Droit civil, Presses Universitaires de France*, París, 1957.
- CARENS, J.H.: *Equality, Moral Incentives and the Market*, Chicago University Press, Chicago-London, 1.981.
- CARIOTA FERRARA, F.: *El negocio jurídico*, (traducción de M. ALBADALEJO GARCÍA), Aguilar, Madrid, 1.956.
- CARNELUTTI, F.: “Studi sulle energie oggetto di rapporti giuridici”, en *Rivista di Diritto civile*, 1.913.
-- *Diritto e processo nella teoria delle obbligazione*, en *Studi Chiovenda*, 1.927.
-- “Contrato de trabajo”, *Derecho del Trabajo*, t. VIII/1.948,
-- *Teoría General del Derecho, Metodología de la ciencia del Derecho*, Comares, Granada, 2.003.
- CARRIÓN MOYANO, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en *Manual Práctico Laboral* (Dir. Pilar Cavero Mestre y Rafael Hurtado Ortega), Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial S.A., Madrid, 1.999.
- CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Clasificación profesional: prescripción de Acciones y Competencia de la Administración Laboral”, *RPS*, núm. 92/1.971.
-- “La individualización de las relaciones laborales”, *RL*, T.I/1.991.
-- “La solución extrajudicial de los conflictos laborales”, *RL*, núm. 16 y 17/1.992.
-- “La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos”, *RL*, núm. 17 y 18/1.994.
-- “Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario”, *RL*, t. II/1.994.
-- “La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos”, en AA.VV., *El régimen del despido tras la Reforma Laboral*, *Ibidem*, Madrid, 1.995.
-- “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?”, *RL*, núm. 4/1.997.
-- “Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva”, en VV.AA. *Las Reformas Laborales de 1994 y 1997* (coord. ROJO TORRECILLA, Eduardo), Marcial Pons, 1998.
- CASSI, V.: *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1947.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.
-- *Derecho de obligaciones*, t. III, 9^a ed. ,Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.958.
-- *Derecho Civil Español Común y Foral*, t.I, vol. I, 12^a ed. Reus, Madrid, 1.988.
- CASTINEIRA FERNÁNDEZ, J.: “La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los trabajadores”, en *RPS*, núm. 121/1.979.
- CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. I. La sociedad red*, Alianza, Madrid, 1.997.
- CATALÁ, N.: *Droit du travail, l'entreprise*, Dalloz, 1.980.
- CAUDE, R.: *Organización general y estructura de la empresa*, Deusto, Bilbao, 1.978.
- CES: *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, CES, Madrid, 1.994.
- CES: Gabinete de Estudios: *La distribución irregular del tiempo de trabajo en la negociación colectiva de 1999*, Observatorio de Relaciones Industriales, núm. 25/2000.
- CHESNAIS, F.: *La mondialisation du capital*, Syros, París, 1.994.

- CHIAROMONTE, F.: “Impresa, sistemi organizzativi e divisione del lavoro”, en Quaderni di Rassegna Sindacale, núm. 64/65, 1.977.
- COASE, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid, 1.994.
- COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, Madrid, Instituto Reus, 1926.
-- *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*, T.I, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1.988.
- COLLADO GARCÍA, L.: “Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresas”, en AA.VV. en AA.VV. BAYLOS, A. y COLLADO, L. (Eds.), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1.994.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, COM (2.006) 708 final, de 22 de noviembre de 2.006.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: “Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional”, en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (dir. BORRAJO DACRUZ), t. I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1.994.
- CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1.997.
-- *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1.997.
- CORIAT, B.: *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa. Siglo XXI*, Madrid, 1.989.
- CORIAT, F.: *Pensar al revés. Trabajo y organización en la empresa japonesa*, Siglo XXI, Madrid, 1.993.
- CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1.995.
-- “La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica”, AS, III/1.996.
- COSTA REYES, A.: “La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva”, RL, núm. 7/1.999.
- COURTOIS, V.G.: “La critique du contrat du travail chez Marx”, en *Archives de Philosophie du Droit, Marx et le Droit moderne*, 1.967.
- COUTURIER, G.: “Pot pourri autour des modifications du contrat de travail”, *Droit Social*, núm. 11/1.998.
- COVIELLO, N.: *Doctrina general del Derecho civil*, Uteha, México, 1919.
- CRAWITZ, M.: *Méthodes des sciences sociales*, 3ª ed., Précis Dalloz, París, 1.976.
- CREMADES, B.: “La sanción disciplinaria en la empresa”, Madrid, IEP, 1.969.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1.983.
-- “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la Legislación española”, *Noticias CEE*, núm. 40/1.988.
-- “La resolución contractual por modificaciones en las condiciones de trabajo”, RL, t.I/1.988.
-- “La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo”, RL, núm. 10/1.989.
-- *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Trotta, Madrid, 1.992.
-- “El art. 41 ET tras la reforma de 1.994”, RL núm. 17-18/1.994.

- "La negociación colectiva en los grupos de empresas", en AA.VV. BAYLÓS GRAU, A. y COLLADO, L. (Eds.), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1.994.
- "La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", RL, t.II, 1.996.
- "Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales", en AA.VV. *Los despidos por causas económicas y empresariales*, (CRUZ VILLALÓN, J. Coord), Tecnos, Madrid, 1.996.
- "Art. 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (dir. MONEREO PEREZ, J.L.), Comares, Granada, 1.998.
- "Las excepciones en el proceso laboral", DL, núm. 55/1.998.
- "Concurrencia de la ejecución laboral con las universales y con las ejecuciones singulares civiles y administrativas", RL, t. II/1.999.
- "Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales", RL, t.II/2.003.
- "La residual competencia del Estado en materia de ejecución de legislación laboral", en AA.VV., *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía (1.983-2003)*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales., Sevilla, 2.003.
- COUTURIER, G.: *Droit du Travail*, t.I, coll. «Droit fondamental», PUF, París, 1.990.
- CUENCA ALARCÓN, M.: "El procedimiento de modificación sustancial del contrato en Francia", en AA.VV. *Estudios de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Revista de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, núm. 23/1.999.
- DABÍN, J.: *La teoría de la causa*, F. De Pelsmaeker (trad.), 2ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.955.
- DAHRENDORF, R.: *Las clases sociales y su conflicto en la Sociedad Industrial*, Rialp, Madrid, 1.979.
- *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Mondadori, Madrid, 1.997.
- DAUBLER, W.: *Derecho Del Trabajo*, trad. Mª Paz Acero Serna y P. Acero López, revisión A. Ojeda Avilés, Madrid, MTSS, 1.984.
- DAVIS, K. y NEWSTROM, J.W.: *Human Behavior at Work*, McGraw-Hill, New York, 1.985.
- DAVIDOW, W.H. y MALONE, M.S.: *The Virtual Corporation: Structuring and Revitalizing the Corporation for the 21st Century*, Harper-Collins, New York, 1.992.
- DEAKIN, S. y WILKINSON, F.: "Rights vs Efficiency? The Economic Case form Transnational Labour Standards", ILF, vol. 23, núm 4, 1.994.
- DE CASTRO BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.995.
- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE JUAN ASENJO, O.: *La constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.984.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M.A.: *Derecho Procesal Civil*, t. II, 3ª ed., Ramón Areces, Madrid, 1.992.
- DE LA TORRE GARCÍA, A. y CONDE VIÉITEZ, J.: *El desafío del cambio tecnológico. Hacia una organización del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1.998.
- DE LA VILLA, L.E.: *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática. Antología*, MTSS, Madrid, 1.985.

- DE LA VILLA, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la economía del Trabajo*, 2 vols., Debate, Madrid, 1.978-1.980.
- DE LOS MOZOS, J.L.: "La causa del negocio jurídico", *Revista de Derecho Notarial*, 1961.
-- "El objeto del negocio jurídico", *Revista de Derecho privado*, 1,966.
-- "Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico", *Rev. de Derecho Privado*, 1970.
- DE MIGUEL LORENZO, A.M.: *La extinción causal del contrato por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1.993.
- De SOTO RIOJA, S.: "El contenido de la prestación laboral", *RL*, t.2/1.995.
-- *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Aranzadi, Pamplona, 2.001.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: "La reforma laboral y su constitucionalidad. Escrito del Defensor del Pueblo en funciones respondiendo a la petición de interponer recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de las Leyes 10/1994, 11/1994 y 14/1994", *RL*, T. II/1.994.
- DEL REY GUANTER, S.: "Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en *La reforma laboral de 1994*, (M. R. ALARCÓN CARACUEL, coord.), Marcial Pons, Madrid, 1.994.
-- "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores", *R.L.*, núm. 17/18/1.994.
-- *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.995.
-- *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.994*, CES, Madrid, 1.998.
-- "Dificultades económicas de la empresa y derechos de los trabajadores en el ordenamiento jurídico español", en *DL*, núm. 33, 1.991.
- DEL VALLE VILLAR, J. M.: *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, ACARL, Madrid, 1996.
-- *La protección legal de la suficiencia del salario*, Dykinson, Madrid, 2.002.
- DELL'AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1.981
- DESDENTADO BONETE, R.: "El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control", en AA.VV. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (Eds.), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, *Ibidem*, Madrid, 1.995.
-- "La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación", en *RL*, t. II/2.003.
-- "La afectación general, una vía polémica", en RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2.004, pg. 129 y ss.
- DESPAX, M.: *L'entreprise et le Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, París, 1.957.
-- "L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialment convenues avec l'employeur" en AA.VV. *Melanges dédiées a Gabriel Marty*, Université, Toulouse, 1.978.
- DESPAX M. y PELISSIER, J. : *La gestión du personnel. Aspects juridiques. Les relations de travail dans l'enterprise*, Cujas, París, 1.974.
- DÍAZ AZNARTE, M^a.T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Bosch, Barcelona, 2.001.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Espasa, Madrid, 2001.

- DIEGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1995.
-- "Decisiones de gobierno y de derecho en la modificación, suspensión y extinción colectivas de las relaciones de trabajo", RMTAS, núm. 3/1.997.
- DÍEZ-PICAZO, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico" en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al profesor Ignacio Serrano*, t. I, ADC, Valladolid, 1965.
-- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1.996.
- DOBB, V.M.: "La revolución industrial y el siglo XIX", en *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Siglo XXI, Madrid, 1.976.
- DORE, R.: "Dos tipos de rigidez: la concepción de la empresa como comunidad y el colectivismo", en R. Brunetta y C. Dell'Aringa (coord.) *Relaciones laborales y resultados económicos*, MTSS, Madrid, 1.992.
- D'ORS, A.: "Sobre la causa de los actos jurídicos", Anuario de Derecho Civil, 1956.
- D'EUFEMIA, G.: *Le situazione soggettiva del lavoratore dipendente*, Giuffrè, Milano, 1.958.
- DUBAS, J. y DUPIN de SAINT-CYR, J.: *Organización de los servicios administrativos*, Deusto, Bilbao, 1.978.
- DUMONT, L.: *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Taurus, Madrid, 1.982.
-- *Ensayos sobre el individualismo*, Alianza, Madrid, 1.987
- DUQUE, J. F.: "Iniciativa privada y empresa", en AA VV: *Constitución y economía*, Madrid, Edersa, 1977.
-- "Consideraciones sobre el modelo económico del anteproyecto de Constitución", *Sal Terrae*, Febrero/1.978.
-- "Constitución económica y Derecho mercantil", en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1.979.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "La organización del trabajo como facultad del empresario y sus límites: el cambio de puesto de trabajo y la clasificación profesional", RPS, núm. 108/1.975.
-- "El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido", en RPS, núm. 117/1.978.
-- "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral", RPS, núm. 123/1.979.
-- "Legislación de empleo y reconversiones industriales", en RPS, núm. 137/1.983.
-- "Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España", en DL, núm. 22/1.987.
-- "Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido", RL, núm. 11/1.990.
-- "El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva", RL, núm. 15-16/1.990.
-- *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1.992.
-- "Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales", en *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales: XI Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, edit. Federico Navarro Nieto, CARL-Trotta, 1.994.
- DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: "Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de condiciones de trabajo", RL, núm. 20-21/1.991.
- DURÁN LÓPEZ, F., MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T.: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1.987.
- DURAND, P.: *Traité de Droit du Travail*, vol. II, Dalloz, París, 1.950.

- DURAND P. y VITÚ, A.: *Traité de droit du travail*, vl. III, Dalloz, Paris, 1956.
- ELIAS, P.: "The Estructure of the Employment Contract", en *Industrial Law Journal*, 1.998, vol. 27, núm. 1.
- ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, CES, Madrid, 2.000.
- ENGELS, F.: *El antidüiring*, Akal, Madrid, 1.984.
- ENTRENA CUESTA, R.: "El principio de libertad de empresa", en GARRIDO FALLA, dir., *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1.981.
- ESCANDE-VARNIOL, M.C.: "Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail", *Droit Social*, núm. 12/2.002.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa", en AA.VV., *La reforma del mercado laboral* (F. Valdés Dal Ré, dir.), Lex Nova, Valladolid, 1.994.
-- "Una nueva ordenación de poderes en las relaciones laborales", *Reforma Laboral y Negociación Colectiva, VII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1.995.
-- "Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994", en *La reforma de la negociación colectiva* (coord. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Salvador del Rey Guanter), Marcial Pons, 1.995.
- ESTEBAN VELAZCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1.982.
- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R.: "Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas", RL, núm. 15/1.996.
- FEIS, H.: "La legislación internacional del trabajo a la luz de la teoría económica", *Rev. inter. del trabajo*, vl. 115, núm. 3-4/1.996.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001.
-- "La responsabilidad civil en el ámbito de la jurisdicción social", en AA.VV., *Ponencias del 2º Congreso nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Ed. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2.002.
-- "Lógica de mercado y trabajo", RL, núm. 3/2003.
-- "Organización empresarial y contrato de trabajo", inédito mecanografiado.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1.998.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Trotta, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: "La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2, párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores", La Ley, t.2/1.995.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª.F.: "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en RPS, núm. 143/1.984.
-- *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1.991.
-- "Condición más beneficiosa; absorción y compensación", RL, núm. 4/1.992.
-- "Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el ordenamiento español. El derecho de ejecución separada del art. 32.5 ET", RL, t. I/1.993.

- "El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral", AL, núm. 6/1.995.
- "Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal", RL, t. II/2.003.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral de 194", DL, núm. 47/1.995.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: "La renuncia a la Sociedad de Gananciales, a los gananciales propiamente dichos y a las consecuencias de dicho régimen de bienes", 1ª parte, "La renuncia en general", Rev. de Derecho Notarial, abril-junio/1.960.
- FERRANDO GARCÍA, F.Mª: "Sobre la directiva 93/104/CEE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo", Aranzadi Social, núm. 26/1.994.
- FERRARI, V.: *Funciones del Derecho*, trad. M.J. Añón Roig y J. De Lucas Martín, Debate, Madrid, 1.989.
- *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2.000.
- FERRÉ MASIP, R.: *La fábrica flexible*, Marcombo, Barcelona, 1.988.
- FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1.966.
- FINA, L.: "El problema del paro y la flexibilidad del empleo. Informes sobre un debate", MTSS, Madrid, 1.991.
- FITA ORTEGA, F.: "La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa: algunas consideraciones en torno al criterio del número de trabajadores", T.S., núm. 60/1.995.
- *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998.
- FONT GALÁN: "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1.978", Revista de Derecho Mercantil, núm., 152/1.979.
- FRAENKEL, E.: *Il significato politico del diritto del lavoro*, 1.932, en ARRIGO, A-VARDARO, G.: *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*, Lavoro, Roma, 1.982.
- FREEMAN, C., SOETE, L.: *Cambio tecnológico y empleo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1986.
- FUKUYAMA F.: *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 1.992.
- FUSTÉ MIQUELA, J.M.: "La posición jurídica del trabajador ante decisiones de traslado o modificación sustancial. Algunos puntos críticos", *Comunicación a la II Ponencia del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 1.996.
- GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE CC.OO.: "Ejecución en su propios términos de las sentencias recaídas en procedimiento sobre impugnación de traslados y modificación sustancial de condiciones de trabajo", DS, núm. 7/1.999.
- GALA DURÁN, C.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial", AS núm. 7/1.996.
- GALDÓS LOYOLA, E.: "La ejecución de las sentencias en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones laborales", AL, núm. 43/1.997.

- GALGANO, F.: "Uso alternativo del diritto privato", en *L'uso alternativo del diritto*, Cacucci, Bari, 1.973.
 -- *L'Istituzione dell'economia capitalistica*, Zanichelli, Bologna, 1.976.
 -- *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1.980.
 -- *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1.980.
 -- *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.992.
 -- "Le istituzioni della società post-industriale", en GALGANO, F., CASSESE, S., TREMONTI, G., Y TREU, T.: *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1.993.
 -- *Diritto privato*, Cedam, Milano, 1.994.
- GALIANA MORENO, J.M.: "El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial", en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1.990.
- GALLART FOLCH, A.: *Derecho Español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1.936.
- GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *La ejecución concursal laboral*, Comares, Granada, 1.996.
- GÁRATE CASTRO, J.: "Litisconsorcio pasivo necesario y reclamaciones en materia de puestos de trabajo", REDT, núm. 44/1.990.
 -- "Movilidad funcional en la empresa(I y II)", AL, t. III/1.993.
 -- "La movilidad funcional (En torno al artículo 39)", en VV.AA. *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*. REDT, núm. 100/2.000.
- GARCÍA BLASCO, J.: "El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el derecho español", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6/1.981.
 -- "Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo", AL, núm. 39/1.988.
 -- *Aplicación Del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio*, MTSS, Madrid, 1.993.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Universidad, Palma de Mallorca, 1.983.
 -- *La formación del Derecho del Trabajo*, Universidad, Palma de Mallorca, 1.984
 -- "La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1.994, de 19 de mayo", AL, núm. 30/1.994.
 -- "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", AL núm. 5/1995.
 -- "Movilidad funcional. Reforma de la Legislación laboral", en *Estudios dedicados al profesor M. Alonso Olea*, Madrid, Marcial Pons, 1.995.
- GARCÍA MACHO, R.: *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de admón. Local, Madrid, 1.982.
- GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1.991.
 -- *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1.998.
 -- "La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos" en VALDÉS DAL RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M^a.E. (Coords.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 1.994.
 -- "La prohibición de asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social del trabajador", REDT, núm. 18/1.994.
 -- *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
 -- "Comentario al art. 138", en AA.VV. *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral* (MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N. y GALLEGO MORALES, A.J., Drs.), Comares, Granada, 2.001.

- GARCIA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo”, RL, t.I, 1.992.
- GARCIA NINET, J.A.: “Ordenación del tiempo de trabajo”, en VV.AA. *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, vol. 2º. Edersa, Madrid, 1994.
- GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “Artículo 26. Protección de la maternidad”, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios* (dir. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, Mª.N. dirs.), Comares, Granada, 2.004.
- GARCÍA PELAYO, M.: “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en RAMÍREZ, ed., *Estudios sobre la Constitución española de 1.978*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1.979.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo” en De LA VILLA GIL, L.E. (coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1.995.
-- “Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”, JL, núm. 15/2.003.
-- “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas”, en *Actas del XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2.005.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, RL t.II/2.003.
- GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1.989.
- GARCÍA PIQUERAS, M.: “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo mediante pacto entre las partes afectadas”, AL, núm. 25/1.988.
- GARCÍA, S.: “Prologo”, pg. XVII, en HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Teoría de la organización. Un enfoque estratégico*, 5ª ed., Prentice Hall Iberica, Madrid, 1.998.
- GARCÍA TENA, J y ALARCÓN BEIRA, M.: *Regulación de empleo: Jurisprudencia*, MTSS, Madrid, 1984.
- GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial”, Documentación laboral, nº 45/1995.
-- *La movilidad geográfica. Un análisis teórico jurisprudencial*, Comares, Granada, 2.002.
- GAROFALO, M.G.: “Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici”, DLRI, 1.990.
- GARRIDO FALLA, F.: “Introducción”, en GARRIDO FALLA, dir., *El modelo económico en Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1.981, vol. I.
- GARRIDO PALACIOS, J. y AIZPURU ARROYO, I.: *La fase ejecutiva en el proceso laboral: problemas derivados de la acumulación de ejecuciones*, Edit. McGraw Hill, Cuadernos de Derecho Procesal Laboral, Madrid, 1.999.
- GARRIDO PÉREZ, E.: “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en AA.VV., *Los despidos por causas económicas y empresariales* (J. CRUZ VILLALÓN, coord.), Tecnos, Madrid, 1.996.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “El consentimiento y el objeto en el contrato de sociedad”, RDM, 2/1.946.

- GARRIGUES JIMÉNEZ, A.: “La protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, ¿un enunciado absoluto? El carácter “mínimo” de las disposiciones comunitarias y la justificación de una transposición “severa”: la mayor protección de las condiciones de trabajo. (Comentario a la STJCE de 17 de diciembre de 1.998), Rev. Mº de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 22/2000.
- GAUDEMAR, J.P. de.: *El orden y la producción. Nacimiento y formas de la disciplina de fábrica*, Gaudemar, Madrid, 1.992.
- GENY, F.: *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, t. I, 1.914, núm. 50.
-- *Métodos de interpretación en Derecho Privado Positivo*, con estudio preliminar de J.M. MONEREO PÉREZ: “El pensamiento Científico Jurídico de Gény: El problema del Método”, Comares, Granada, 2000.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1.979.
-- “Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria”, en AA.VV. *Homenaje al profesor Juan Roca Roca*, Universidad, Murcia, 1.989.
- GHERA, E.: *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1.993.
- GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1.992.
- GHESTIN, J. y GOUBEAUX, G.: *Droit civil*, LGDJ, Paris, 1.977.
- GHEZI, G.: “Observacione sul metodo dell’indagine giuridica nel diritto sindacale”, RDTPC, 1.970.
- GHEZI, G.: “La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle impresa ed il sistema contrattuale delle informacion e delle consultazione del sindacato”. Riv. Giur. Lav., núm. 1/1.978.
- GHEZI, C. y ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1.989.
- GIUGNI, G.: *Mansioni e Qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Nápoli, 1.963.
- GIERKE, O.: *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1989.
- GIL y GIL, J.L. y otros: *Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral*, McGraw Hill, 1.999.
- GILOLMO LÓPEZ, J.L.: “Movilidad geográfica: traslados”, en CDJ, *Movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo*, CGPJ, 1.994.
- GIORGI, G.: *Teoría de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1.912.
- GODINO REYES, M. y SAGARDOY REYES, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, McGraw Hill, Madrid, 1.999.
- GOERLICH PESET, J.M.: “Los despidos colectivos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, t.II, Edersa, Madrid, 1.994.
-- *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.994.
-- “El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, AS, núm. 13/2.007.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 70/1.995.
-- “El plazo para impugnar en conflicto colectivo el traslado y la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1.996.

- GÓMEZ CABALLERO, P.: “El valor del Acuerdo de regulación de empleo del art. 51.5 del Estatuto de los Trabajadores y el derecho a contratar”, RL, t.II/1.992.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: “Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo”, REDT, núm. 75/1.996.
- GONZÁLEZ LABORADA, M. y VALLEJO DACOSTA, R.: “Las condiciones no materiales de trabajo y su incidencia en los poderes empresariales” en Ricardo Escudero Rodríguez (coord.) *La ley de prevención de riesgos laborales: XIV jornadas andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, CARL, Málaga, 1.996.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La ineptitud como causa de despido”, RPS, núm. 127/1.980.
-- “Los criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *La flexibilidad laboral en España* (J. RIVERO LAMAS, coord.), Universidad, Zaragoza, 1.993.
- GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, : *Comentarios a la Ley 31/1.995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1.996.
- GONZÁLEZ PILLADO, E.: *La acumulación de ejecuciones en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El proceso de conflicto colectivo de trabajo*, ACARL, Madrid, 1.993.
-- “La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, AL, t. II, 1.995.
- GONZÁLEZ VELAZCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la reforma procesal”, AL, núm. 33 y 34/1.995.
-- “Lo colectivo en los traslados y modificaciones individuales”, RL, núm. 18/1.996.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VALVERDE ASENCIO, A.: “La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa”, RL, núm. 22/1.995.
- GORTZ, A. : *Metamorfosis del trabajo*, Sistema, Madrid, 1.995,
- GRANDI, M.: “Problemi e tendenze del diritto del lavoro nelle società industriali”, en AA.VV., BIAGGI, M., SUWA, Y. (a cura di), *Il diritto dei disoccupati. Studi in onore di K. Yamaguchi*, Giuffrè, Milano, 1.996.
- GRAZIANI, A.: *L'impresa e l'imprenditore*, Morano, Napoli, 1.959.
- GREY, T.C.: “The Desintegration of Property”, en PENNOCK, J.R. y CHAPMAN, J.W.: *Property*, Nomos XXII, New York University Press, 1.980.
- GUARINO, G.: “L'impresa come modello organizzativo tipico”, en *Giornale Commerciale*.
- GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos extraestatutarios: un aspecto más de la conflictiva figura del convenio colectivo extraestatutario”, RDT núm. 94/1.999.
- HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1.998.
- HALL, R. H.: *Organizations: Structures, Processes, and Outcomes*, Englewoods Cliffs, N.J.; Prentice Hall, New Jersey, 1.991.
- HANDY, CH.: *The Age of Unreason*, Harvard Business Schol Press, Boston, 1.989.

- HARDIN, R.: "Magic on the frontier: the norm of efficiency", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, núm. 5, 1.996.
- HAURIOU: *Theorie de l'institution et de la fondation*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 4, París, 1.925.
- HARRISON, B.: *Lean and Mean: The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*, The Guildford Press, Nueva York, 1.994
- HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1.963.
- HEILBRONER, R.L.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*, trad. M. Gurguú i Martínez, Península, Barcelona, 1.990.
- HIJAS FERNÁNDEZ, J.J.: "El nuevo régimen del Comité Intercentros", AL, t.I/1.998.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: "El ámbito de la novación modificativa", *Revista de Derecho privado*, octubre/1.961.
-- *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Madrid, 1.971,
-- *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983.
- HODGE, B.J., ANTHONY, W.P. y GALES, L.M.: *Teoría de la organización. Un enfoque estratégico*, 5ª ed., Prentice Hall Iberica, Madrid, 1.998.
- HYLTON, K.H.: "Efficiency and Labour Law", *NULR*, vol. 87, núm. 2, 1.993.
- HOBBSWIM, E.: *Historia del siglo XX*, Crítica, Barcelona, 1.995.
- HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: "Clasificación profesional, movilidad y cambios organizativos en las empresas: su fiel reflejo en el Derecho del Trabajo", *Economía y sociología del trabajo*, núm. 21-22/1.993.
- IGLESIAS CABERO, M.: "Algunas reflexiones en torno al deber de negociar", AL, núm. 7/1.989.
- IHERING, R.: *Bromas y veras de la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Madrid, trad. de Tomás A. Banzhaf, Civitas, Madrid, 1.987.
-- *El fin en el Derecho*, Comares, Granada, 2.000.
- IRTI, N.: *Proprietà e impresa*, Jovene, Napoli, 1.965.
-- "El orden jurídico del mercado", en *Rev. de la Facultad de Derecho Univ. Gr.*, núm. 3/2.000.
- IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R.: *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, UCM, Madrid, 1.989.
- ISHIKAWA, K.: *¿Qué es el control total de calidad? La modalidad japonesa*, Norma, Bogotá, 1.994.
- JAVILLIER, J.C.: *Droit du travail*, Librairie General de Droit et de Jurisprudente, París, 1.978.
-- *Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1.982.
-- "Aspects collectifs de la mobilité du personnel", *Droit social*, 1.991.
- JEAMMAUD, A.: "Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 22/1.982.
- JEAMMAUD, A.-LYON CAEN, A.: "Derecho del Trabajo, democracia y crisis: Francia", en AA.VV.: *Derecho del Trabajo, democracia y crisis en Europa occidental y en América*, trad. G. Tudela Cambroner, MTSS, Madrid, 1.989, pgs. 57 y ss.
-- "Droit et direction du personnel", *Droit Social*, núm. 1/1.982.
- KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, MTSS, Madrid, 1.987.

- KARATSU, H.: CTC: *La sabiduría japonesa*, Gestión 2000, Barcelona, 1.992.
- KAUP, C.: *Die Individual-Anderungskündigung im Arbeitsrecht*, Colonia, 1.975.
- KELLERSON, H.: “La Declaración de la OIT de 1.998 sobre los principios y derechos fundamentales: un reto para el futuro”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 2/ 1.998.
- KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F., 1993.
-- *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, con estudio preliminar de José Luis MONEREO PÉREZ: “Los fundamentos del estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen”, Comares, Granada, 2.002.
- KÖSTER, W.: “El euro en el marco de una economía globalizada”, en *Globalización*, ALBACH, H. y GARCÍA ECHEVARRÍ, S. (eds.), Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1.999.
- KRYNEN, B.: “Le droit des conditions de travail: droit des travailleurs à la santé et à la sécurité?”, *Droit Social*, nº 12/1980.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil*, t.I, Bosch, Barcelona, 1981.
- LEGA. C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Giuffré, Milano, 1.956.
- LEGAZ y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1961.
- LAHERA FORTEZA, J.: “La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenio colectivo estatutario”, *RL*, núm. 5/1.997.
- LANZILLO, R.: “Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale”, *Contrato e Impresa*, 1.985.
- LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. C. Fernández Rodríguez, Comares, Granada, 2.002.
-- *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Madrid, 1.978.
-- *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1.994.
- LAWRENCE P.R. y LORSCH, J.W.: *Organization and Environment: Managing Differentiation and Integration*, Harvard University, Boston, 1.967.
- LEGA, C. : *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Giuffré, Milano, 1.956.
- LETTIERI, A.: “La revolución en el tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 7/1.999.
- LIBERTINI, M.: “Il mercato: I modelli di organizzazione”, en *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economía*, dir Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1.979.
- LIPIETZ, A.: *Elegir la audacia: una alternativa para el siglo XXI*, trad. de J. Vergara Antuña, Trotta, Madrid, 1997.
- LISO, F.: *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Angeli, Milano, 1.982.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Las causas económicas y empresariales de despido”, en AA.VV. *Los despidos por causas económicas y empresariales* (J.Cruz Villalón, coord.), Tecnos, Madrid, 1.996.
- LÓPEZ MOSTEIRO, R.: “La Directiva 75/129, de 17 de febrero sobre despidos colectivos”, en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E. (Coord.), *La Reforma del mercado de trabajo: Libertad de empresa y*

- Relaciones laborales*, AL, Madrid, 1.993.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Universidad, Alicante, 1.984.
- “Procedimientos para la implantación, modificación y supresión de los sistemas de trabajo a rendimiento”, Estructura Salarial, CEOE, Madrid, 1.987.
 - “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1.994, t. I, vl. 2.
- LUCIFREDI, C.E.: *Evoluzione del potere direttivo nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1.977.
- LUJÁN ALCARÁZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1.994.
- LUNA SERRANO, A. en LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1.977.
- LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.
- LYON-CAEN, G.: “Défense et illustration du contrat du travail”, *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIII, París, 1.968.
- “Ideologies et doctrines en Droit du Travail”, *Annales de l’Institut d’études du Travail et de la Sécurité Sociale*, Université de Lyon, 1.971.
 - “Modification du contrat de travail et licenciement”, *Jur. Soc.*, diciembre, 1.987.
 - “La mobilité, vue de haut.”, *Droit Social*, nº 6/1.989.
 - *Précis Dalloz de droit du Travail*, 15ª ed., Dalloz, París, 1.990.
 - *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, París, 1.995.
 - “Informe de síntesis”, en *Empresa y Derecho Social*, (Antonio Marzal, ed.), ESADE-Facultad de Derecho-Bosch, Navarra, 2001.
- LYON-CAEN, G. y PELISSIER, J.: *Droit du travail*, 14º ed., Dalloz, País, 1.988.
- LYON-CAEN, G., PÉLISSIER, J. y SUPIOT, A.: *Droit du travail*, 19ème. ed., Dalloz, París, 1.998.
- MAGNO, P.: *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1976.
- MAGRINI, S.: “Lavoro (contrato individuale)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1.973.
- MAIORCA, C.: *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, L’Istituto Giuridico della R. Università di Torino, Torino, 1.934.
- “Premesse alla teoria della proprietà”, *Ius*, 1.941.
- MANIN, B.: “Les deux libéralismes: marché et contrepouvoirs », *Intervention*, núm. 9/1.994.
- MANTOUX: *La rivoluzione industriale*, Il Mulino, Roma, 1.971.
- MARAVALL CASESNOVES, H.: “División del trabajo, calificación profesional y ius variandi”, C.P.S., núm. 29/1.956.
- MARCHESINI, M.: “El poder de dirección” en *Estudios sobre Derecho individual de trabajo*, Heliasta, Buenos Aires, 1.977.
- MARÍN CORREA, J.M.: “La nueva movilidad geográfica”, AL, núm. 24/1.995.
- MARÍN PÉREZ, P.: “La renuncia al beneficio de la Ley en el Derecho Civil”, *Anuario de Derecho Civil*,

- t. XV, 1.962.
- MARTÍN , F.A. y SANTOS, J.: “Proyecto del Gobierno sobre reforma del mercado de trabajo: garantismo versus desregulación”, en *Sociología del Trabajo*, núm. 20/1.993-94.
- MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.958.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad, Sevilla, 1.978.
- “El Derecho del Trabajo de la crisis en España”, REDT, núm. 26/1.986.
 - “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 1.991.
 - “La Directiva 91/533/CEE sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, A.L., núm. 12/ 1.992.
 - “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.): *Reforma de la legislación laboral: Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Colegio de Abogados de Málaga*, CARL, 1.994.
 - “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (comentario al art. 41 del Estatuto de los Trabajadores en la nueva redacción de la Ley 11/1994, de 19 de mayo)”, *Estudios de Jurisprudencia. Revista Colex*, núm. 11/1.994.
 - “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. XII, 2ª ed. , Edersa, Madrid, 1.995.
 - “Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmos de trabajo”, en AA.VV. *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo* (Dir. MARTÍN EZ EMPERADOR), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.
 - “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, en *Rev. de Derecho Social*, núm. 6/1.999.
 - “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos”, REDT, 114/2002.
- MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 17ª ed.,Tecnos, Madrid, 2.008.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La reforma de la movilidad funcional en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, en AA.VV. (coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Ed. Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 1.995.
- “Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional”, REDT, núm. 67/1.994.
 - *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, Pamplona, 1.996.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo”, AL, núm. 29/1.994.
- “El despido colectivo”, *Revista Jurídica Aranzadi*, núm. 156/1.994.
 - “Legitimación para negociar acuerdos en período de consulta sobre despidos colectivos e impugnación jurisdiccional de estos acuerdos”, en SANPEDRO CORRAL, M. (Dir.), *Problemas procesales de la reforma laboral*, Madrid, CGPJ, 1.995.
 - “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en AA VV, *Puntos críticos de la reforma laboral* (R. MARTÍN EZ EMPERADOR, dir.), Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996.
 - “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (R. MARTÍNEZ EMPERADOR (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 25/1.996.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Unidades de negociación colectiva sin representantes legales o sindicales de los trabajadores”, *VI Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Derecho del Trabajo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1.992.
- “La modificación sustancial de condiciones de trabajo en la reforma”, T.S. núm. 74/1.997.

- MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1.998.
- MARX, K.: *Trabajo asalariado y capital*, Equipo Editorial, Madrid, 1.968.
-- *El Capital*, cap. XXIV, libro I, FCE, México, 1.974.
- MATEOS BEATO, A.: *Diccionario de Seguridad y Salud Laboral. Conceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2.001.
- MATÍA PRIM, J.: "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral" en AA.VV. *La reforma del mercado laboral* (dir. F. Valdés), Lex Nova, Valladolid, 1.994.
- MAZEAUD, A.: "Modification du contrat de travail, changements des conditions de travail e vie personnelle", *Droit Social*, núm. 1/2.008.
- MAZUELOS FERNÁNDEZ FIGUEROA, M.: "El privilegio de ejecución separada; un privilegio en inminente peligro de extinción", *AJA*, núm. 509/2.001.
- MAZZIOTTI, F.: *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1.974.
- MAZZONI, G.: "Note sull'organizzazione di lavoro nell'impresa", *Riv. di Diritto del Lavoro*, 1.968.
-- *L'Azione sindacale e lo Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1.974.
-- *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1.976.
- McGREW, A.G. y LEWIS, P. et al.: *Globalization and the Nation States*, Polity Press, Cambridge, 1.992.
- MELLA MÉNDEZ, L.: "Algunos criterios judiciales sobre la nueva regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ejemplar mecanografiado, Valladolid, 1.996.
- MENGONI, L.: "La modificación del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei Lavoratori", en *L'aplic. Dello St. Lav. (tendence a orientamenti)*, Franco Angeli, Milano, 1.973.
-- *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.
-- "La questione della subordinazione in due trattazioni recenti", *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 1.986.
-- "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986.
-- "L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile", *DLRI*, 1.990.
- MENÉNDEZ PIDAL, J.: "La renuncia y el desistimiento en lo social", *R.D.P.*, julio-agosto/1.961.
- MERCADER UGUINA, J. R.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, Madrid, 1.994.
- MERCADER UGUINA, J.R. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: "Salario variable por rendimiento del trabajador", *Comisiones Obreras*, Madrid, 2002.
-- "Nuevos sistemas de participación en beneficios", en *Observatorio de la negociación colectiva* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.), *Comisiones Obreras*, Madrid, 2002.
-- "Salarios variables vinculados a los resultados empresariales. Retribución por objetivos", en *Observatorio de la negociación colectiva* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.), *Comisiones Obreras*, Madrid, 2002.
-- "Salario variable vinculado al desempeño y competencias del trabajador", en *Observatorio de la negociación colectiva* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.), *Comisiones Obreras*, Madrid, 2002.
- MERCADER UGUINA, J.R. y MARTÍN JIMENEZ, R.: "Retribución variable y gestión del rendimiento", en *La negociación colectiva en España: Una mirada crítica* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.), Tiran lo Blanch, Valencia, 2006.

- MERCADO PACHECO, P.: *Análisis Económico del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.994.
- MERINO SEGOVIA, A.: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Colección Relaciones laborales, La Ley-Actualidad, 2001.
- MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*, Giuffré, Milano, 1.952.
-- “Contratto”, *Enciclopedia del Diritto*, vol IX., Giuffré, Milano, 1.961.
- MEYER-DOHM, P.: “Los recursos humanos en el año 2.020: Las estructuras de una empresa en continuo aprendizaje”, en AA.VV.: *El capital humano europeo en el umbral del siglo XXI*, MTSS, Madrid, 1.995
- MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.994.
- MERINO SENOVILLA, H.: *El trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1.994.
- MINGIONE, E.: *Las sociedades fragmentadas*, MTSS, Madrid, 1.993.
- MINTZBERG, H.: *The structuring of Organizations*, Englewoods Cliffs, Prentice Hall, New Jersey, 1.997.
- MIÑAMBRES PUIIG, C.: “Sobre la “absoluta” prevalencia en el orden social de la autonomía colectiva sobre la autonomía individual”, REDT, núm. 61, 1.993.
-- *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*, MTSS, Madrid, 1.995.
- MIRANZO DÍEZ, J.J.: “El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al artículo 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral”, en AA.VV., *La reforma laboral de 1994* (A.P. BAYLOS GRAU, coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1.996.
- MIRÓN HERNÁNDEZ, M^a.M.: “Vías de tutela de los derechos del trabajador afectado por modificaciones funcionales de carácter sustancial. Tratamiento convencional y jurisprudencial”, en AA.VV., *La modificación del contrato de trabajo* (V. MARTÍNEZ ABASCAL, coord.), Ibidem, Madrid, 1.997.
- MOLERO MANGLANO, C.: “Los expedientes de regulación de empleo y su problemas básicos (I. y II), AL, núm. 41 y 42/1989.
-- “Los expedientes de regulación de empleo: período de consultas y acuerdo”, Rev. de Trabajo y Seguridad Social, núm. 8/1.992.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, CES, Madrid, 2.007.
-- “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, RL 20/2.008.
- MOLINA GARCÍA, M.: “El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo”, Rev. de Derecho social, núm. 7/1.999.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 4”, en AA.VV. *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (Dir. J.L. MONEREO PÉREZ), Comares, Granada, 1.998.
-- “La afectación general notoria como presupuesto de acceso al recurso de suplicación y principio *pro actione*”, TL, núm. 51/1.999.
-- “Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: Principales puntos críticos de la reforma concursal”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros), núm. 248/2.003.

- MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: “Los grupos de empresa: ¿definitivamente una unidad de negociación de ámbito empresarial y no supraempresarial?”, AL, núm. 43/1.993.
- MOLINER TAMBORERO, G.: *Los recursos en el proceso laboral de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996.
- “Los recursos en la ejecución”, RL, núm. 15-16/ 1.999.
 - “La problemática procesal derivada de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo”, REDT, núm. 117/2.003.
 - “Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal” en GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.): *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2.004.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Acceso al recurso de suplicación”, RL 8/2008.
- MORAND, M.: “A propos de la modification du contrat de travail”, Droit social, núm. 2/1.993.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, REDT, núm. 21, 1.985.
- *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, MTSS, Madrid, 1987.
 - “La intervención de la Administración laboral en la tramitación y en el control de legalidad de los convenios colectivos *erga-omnes*”, REDT, núm. 32/1.987.
 - *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad, Granada 1.988.
 - *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas-Universidad de Granada, Madrid, 1.992.
 - “La estructura del salario”, en *Comentarios a las Leyes Laborales*, t.I, vol. 1, Edersa, 1.994.
 - *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem, Madrid, 1.994.
 - *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Civitas, Madrid, 1.994.
 - *Introducción al nuevo derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.996.
 - *Derechos sociales y de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1.996.
 - “La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la “Reforma del mercado de trabajo”: la normativa sobre despidos colectivos, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral* (ed. Monereo Pérez), Universidad, Granada, 1.996.
 - *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 1.996.
 - *El salario y su estructura después de la reforma de 1.997. (La gran transformación: la política salarial en le nuevo paradigma de organización industrial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998.
 - “Artículo 1”, en *Comentario al Estatuto de los trabajadores*, Dir. Monereo Pérez, J.L., Comares, Granada, 1998.
 - *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1.999.
 - *Transmisión de empresas en crisis y derecho concursal: estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario*, Comares, Granada, 1.999.
 - *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1.999.
 - *La noción de empresa en el Derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, MTSS, Madrid, 1999.
 - “El tratamiento post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2.000*, Madrid, MTSS, 1.999.
 - “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, en GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Comares, Granada, 2.000.
 - “El pensamiento Científico Jurídico de Gény: El problema del Método”, en GÉNY: *Métodos de interpretación en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000.
 - “Comentario al art. 1.1”, en AA.VV., dir. J.L. Monereo Pérez, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2000.
 - “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología”, en WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2.001.

- “La organización jurídico-económica del capitalismo. El Derecho de la Economía”, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares, Granada, 2.001.
- “Estado y democracia en Otto Kirchheimer”, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia Política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Comares, Granada, 2.002.
- “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, en *Actas del XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2.005.
- *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2.006.
- *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2.006.
- “Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva del Derecho”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37/2.007.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c) LET”, *REDT*, núm. 85/1.997.
- *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1.997.
- “Comentario al art. 176”, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral* (MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA y GALLEGO MORALES, dirs.), Comares, Granada, 2.001.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dirs.): *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Comares, Granada, 2.006.
- MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y SERRANO FALCÓN, C.: “Arbitraje obligatorio en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales”, *RL*, núm. 19/2.003.
- MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA y GALLEGO MORALES: *La negociación colectiva en el Sector Energético* (dir. MONEREO PÉREZ), MTAS, Madrid, 2000.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M^a.N.: “Art. 3. Fuentes de la relación laboral” en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (dir. J.I. MONEREO PÉREZ), Comares, Granada, 1998.
- MONGE RECALDE, J.L.: “La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (doctrina jurisprudencial)”, *RL*, núm. 3/1.990.
- MONTALVO CORREA, J.: “Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo”, en AA.VV, DE LA VILLA GIL, L.E. (coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, AEDTSS-Marcial Pons, Madrid, 1.995.
- MONTERO AROCA, J. en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, t. I, Civitas, Madrid, 1.993.
- *Introducción al Proceso Laboral*, Bosch, 3^a ed., Barcelona, 1.996.
- *La ejecución dineraria en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999.
- MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.965.
- “El despido por fuerza mayor”, *RPS*, núm. 85, 1.970.
- *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1.975.
- “La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo de España”, *RPS* núm. 118/1.978.
- “Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones”, *REDT*, núm. 10/1.982.
- “Dirección de la actividad laboral. Art. 20 ET”, en *Comentarios a las leyes laborales*, dir. E. Borrajo Dacruz, t. V, Edersa, Madrid, 1.985.
- “Poder del empresario y movilidad laboral”, *REDT*, núm. 38/1.989.

- *Derecho del Trabajo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 1.993.
- *Derecho del trabajo*, 15 ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- *Derecho del trabajo*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica: la reforma del estatuto de los trabajadores y su aplicación judicial”, AS, t. I, 1.996.
- “La nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en AA.VV., MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (dir.), *Puntos críticos de la reforma laboral*, Ceura, Madrid, 1.996.
- “Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral”, DL, núm. 49/1.996.
- “El nuevo artículo 52.c) del estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones”, Aranzadi Social, núm. 1/1.996.
- “Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)”, en RMTAS, núm. 8, 1998.
- “Sobre globalización, “flexiseguridad” y estabilidad en el empleo”, Aranzadi Social, núm. 6/2.008.
- MONTUSCHI, L.: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1.973.
- MONZÓN, M.: “En torno al ius variandi”, en Revista de Derecho del Trabajo, tomo XVI, 1.956.
- MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción”, REDT, núm. 105/2.001.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.Mª.: “La participación de los trabajadores en el procedimiento de despidos colectivos en empresas que carecen de órganos de representación”, en MARTÍNEZ ABASCAL, V. (Ed.), *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, Ibidem, 1.998.
- MORENO VIDA, Mª.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1.989.
- MORISI, M.: “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una constitución de la “crisis””, en PREDIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución española de 1.978*, Civitas, Madrid, 1.980.
- MOSCO, L.: *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1.947.
- MULAS, A.: “Sobre la Directiva de la CEE de 17/2/75 relativa a los despidos colectivos. Notas a una cuestión polémica”, DL, núm. 13/1.984.
- MURCIA CLAVERÍA, A.: “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmos de trabajo”, en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL RÉ), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- NAPOLI, R. (“Modalidades del ius variandi en el contrato de trabajo”, Rev. Derecho del Trabajo, t. VIII.
- NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo”, AL, núm. 43/1.996.
- *Los despidos colectivos*, Civitas, Madrid, 1996.
- NICOLÒ, R.: “Riflessioni sul tema dell’impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile” in riv. Dir. comm., 1.956, I.
- NIKISCH, A: “Die Sogenannte Änderungskündigung” en *Festschrift für Sitler*, Stuggar, 1.956.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “Extinción del contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, REDT núm. 100/2.000.

- NORES TORRES, L.E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, CES, Madrid, 2.000.
- NOVARA: *Il recesso volontario del rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1.961.
- OKUN, A.M.: *Equality and Efficiency: The big tradeoff*, Brookings Institution Press, Washinton, 1.975.
- OJEDA AVILÉS, A.: *La renuncia de derechos del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.971.
- "El final de un principio: La estabilidad en el empleo", en AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1.980.
- "Barrenado de convenios y contenido esencial del derecho a la negociación colectiva", en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: Puntos críticos* (E. BORRAJO DACRUZ, dir.), AL, Madrid, 1.995.
- "Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos", AL, núm. 17/1.995.
- "Contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y nuevo artículo 41.4 ET", en *Los protagonistas laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo* (coord. Jesús Cruz Villalón), Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CES, Madrid, 1.995.
- OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M.A.: *Derecho Procesal Civil*, t.I, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.992.
- OLIVENCIA RUÍZ, M.: "El derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma", en *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, Madrid, 1.979.
- "Los sistemas económicos y soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial", en *Reforma del Derecho de quiebra*, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1.982.
- OLMO GASCÓN, A.M.: "Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal", AL, núm. 46/1.996.
- ORTIZ LALLANA, Mª.C.: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, MTSS, Madrid, 1.985.
- "Movilidad funcional: atribución al trabajador de categoría inferior al título permanente. Límites y calificación jurídica", RL, 1.987.
- *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- OSSORIO MORALES: "Notas para una teoría general del contrato", Rev. de Derecho Privado, 1965.
- *Lecciones de Derecho civil*, 2ª ed., Comares, Granada, 1.986.
- PALERMO, A.: "Causa del contratto e funzione dei rapporti di lavoro", en AA.VV. *Studi in onore di F. Santoro-Pasarelli*, Jovene, Napoli, 1.972.
- PALOMEQUE, M.C.: "Crisis económica y regulación de empleo", en AA.VV. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, FDUCM. Madrid, 1.984.
- PALOMO BALDA, E.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales", en AA.VV. *Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, Cuadernos de Derecho Judicial* (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, dir.), CGPJ, Madrid, 1.996.
- PAZ-ARES, C. Y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, (Dir. MONEREO PÉREZ), Comares, 2002.

- PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral* (dir. VALDÉS DAL-RÉ), Lex Nova, Valladolid, 1.994.
 -- “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, AL, t. I/2.000.
- PERA, G.: *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980.
 -- *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1.984.
 -- *Compendio di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 1.996.
- PÉREZ BOTIJA, : “¿Hacia un nuevo concepto y función de los reglamentos de régimen interior de empresa?”, Rev. Derecho del Trabajo, 1.961.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Los pactos de reorganización productiva”, en SALA FRANCO, T., PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH PESET, J.M.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, ACARL, Madrid, 1.989.
 -- *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1.990.
 -- “La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español”, RL, núm. 8-9/1.991.
 -- “La modificación unilateral del contrato de trabajo en Francia”, DL, núm. 35/1.991.
 -- “La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja”, RL, 1.991.
 -- “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, AL, nº 21/1.992.
 -- “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, RL, t.II/1.996.
 -- “La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa”, AL, t.II/1.996.
 -- “Sobre la “globalización” y el futuro del Derecho del trabajo”, DL, núm. 60/1.999.
 -- “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2.005.
 -- “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, RL t.I/2.005.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, AL, núm. 46/1997.
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R.: “Las llamadas causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”, en *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (Rafael MARTÍN ez Emperador, dir.), CGPJ, Madrid, 1.996.
- PEREZ ESPINOSA, F.: “Potestad sancionadora de la administración laboral y poder disciplinario empresarial”, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Serv. Pub. Fac. Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1.977.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: *Tratado de Derecho civil de Ennecerus (Parte General)*, t. I, vl. 2, traducción de la 39ª ed. Alemana, Bosch, Barcelona, 1.950.
- PERULLI, A.: “Potere direttivo, organizzazione, impresa”, en *Lavoro e Diritto*, núm 2, 1.989.
 -- *Potere direttivo e impresa*, Giuffrè, Milán, 1.992.
- PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1.966.
 -- “L’interesse dell’impresa e l’interesse dell’organizzazione di lavoro”, en AA.VV. *L’organizzazione di lavoro nell’impresa e la responsabilità dell’imprenditore*, Milano, Giuffrè, 1.970.
 -- “Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori”, in *Dir. Lav.* 1.971.
- PESSI, R.: “Il potere direttivo dell’imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 Maggio 1.970, nº 300, en *Riv. Dir. Lav.* 1.973.
 -- *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1.989.

- PETRELLA, R.: “L’evangile de la compétitivité”, en *Les frontieres de l’economie globale*, núm. 18, Le monde diplomatique, mai 1993.
- PICÓ AMADOR, M.: *Organización empresarial, económica y administrativa*, Ed. Picó, Bilbao, 1.976.
- PIEPOLI, G.: “Disciplina dell’impresa, diritto societario e controllo sociale”, en *Pol. Dir.* 1.978.
- PIGNARRE, G.: “Le régime juridique de la créance de salaire”, *Droit Social*, 1.997.
- PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación*, trad. F. De Mallol, Barcelona, Bosch, 1.959.
-- *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1.963.
- PIORE, M.J. Y SABEL, C.H.F.: *La segunda ruptura industrial*, Alianza, Madrid, 1.990.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A.: “Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre comercio”, *Rev. de Trabajo*, núm. 3, 1.994.
- PLANAS PUCHADES, L.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *REDT*, núm. 13/1.983.
- POGGI, G.: *Calvinismo e spirito del capitalismo*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, La Piqueta, Madrid, 1.989.
- PORTER, M.: *The Competitive Strategy*, Free Press, New York, 1.980.
-- *The competitive Advantage of Nations*, Mac Millan, London, 1.990.
- POSNER, R.A.: *El análisis económico del Derecho*, trad. Eduardo L. Suárez, FCE, Mexico, 1.998.
- PRADOS DE REYES, F.: “Ejercicio de las acciones declarativas en el procedimiento laboral”, *Temas Laborales*, núm. 6, 1.986.
-- “Despidos colectivos”, en Alarcón Caracuel, M.R. (Dir), *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1.994.
-- “Los despidos objetivos por las causas del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores”, en Castiñeira Fernández, J. (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi-Junta de Andalucía, Pamplona, 1.997.
- PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1.981.
-- *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, 3ª ed., 1.988.
- PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- PURCALLA BONILLA, M.A. y VALLE MUÑOZ, F.A.: “El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario: análisis técnico-jurídico”, en MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. (coord.), *La nueva regulación de las relaciones laborales. I Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, Univ. Rovira i Virgili, Barcelona, 1.995.
- RADBRUCH, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducción de Wenceslao Roces, FCE, México, 1974.
- RADÉ, C.: “Les limites du “tout contractuel”, *Droit Social*, nº 9/10 2000.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: planteamientos jurisprudenciales”, *AL*, núm. 23/1.991.
-- “Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo* (dir. E. BORRAJO), *AL*, 1.993.

- “El deber de negociar”, en AA.VV., *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTSS, Madrid, 1994.
- “Flexibilidad Interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ejemplar mecanografiado, Valladolid, 1.996.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo”, en *Justicia Laboral*, núm. 10, 2.002.
- RAY, J.E.: “Contrat de travail: modification et droit de révision”, *Liaison sociales*, Le mensuel, mai/1.997.
- REBUFFA, G.: “El análisis económico del Derecho”, en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 25/1.985.
- REDENTI, E.: “La causa del contratto secondo el nostro codice”, en AA.VV., *Studi in onore de A. Cicu*, Giuffré, Milano, 1.951.
- “Variazioni sul tema del verbo comandare”, en *RTDPC*, 1.959.
- REICH, R.B.: *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI*, Vergara, Madrid, 1.993.
- RENARD, G.: *Théorie de l'institution*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1.930.
- RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995.
- RESCIGNO, P.: *Studi sull'accollo*, Giuffré, Milano, 1.958.
- RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999.
- RIFKIN, J.: *El fin del trabajo*, Paidós, Barcelona, 1996.
- RÍOS SALMERÓN, B.: *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, Madrid, 1.984.
- “Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994”, *RL*, núm. 24/1.994.
- “Jurisprudencia sobre los privilegios del crédito salarial”, *AS*, núm. 1/1.999.
- “Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial”, *RMTSS*, núm. 38/2.002.
- “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, *AL*, núm. 21/2003.
- RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2.004.
- RIPERT, G.: *La regle moral dans les obligations civiles*, 3ª ed. LGDJ, París, 1.935.
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, París, 1.936.
- *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares, Granada, 2.001.
- RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit civil de Planiol*, I, 5ª ed., Librairie générale de droit et jurisprudence, París, 1.950.
- RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “La alteración de la condición más beneficiosa a través del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.993.
- RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1.963.
- “Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1/1.972.
- “La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa”, en AA.VV. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, Universidad, Zaragoza, 1.982.

- "Modificación y revisión de Convenios Colectivos", en *Problemas actuales de la negociación colectiva*, ACARL, 1.984.
- *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad, Zaragoza, 1.986.
- "Modificación de las condiciones de trabajo", en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores* (Dir. E. BORRAJO DACRUZ), t. VIII, Edersa, Madrid, 1988.
- "La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia", AL, núm. 26/1.989.
- "La legitimación empresarial para la negociación colectiva", RL, núm. 24, 1.992.
- "Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del trabajo", en AA.VV. , (dir.J. Rivero Lamas) *La flexibilidad laboral en España*, Universidad, Zaragoza, 1.993.
- "La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en grupos de empresas", en AA.VV. *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, MTSS, 1.993.
- "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1.994 (una aproximación interpretativa)", DL, núm. 43/1.994.
- "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994", REDT, núm. 67/1.994.
- "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET", *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, AEDTSS-Marcial Pons, 1.995.
- "Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", en *Puntos críticos de la reforma laboral* (dir. MARTÍN EZ EMPERADOR, R.), C.E.U. Ramón Areces, Madrid, 1.996.
- "La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales", en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad, Granada, 1.996.
- "Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo", REDT, núm. 80/1.996.
- "Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal", RMTSS, núm. 3/1.997.
- "Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo", DL, núm. 53/1.997.
- "Cuestiones generales sobre el proceso laboral en la jurisprudencia de unificación de doctrina", en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Tirant lo Blanch, 1.999.
- "Comentario al art. 20 LET", en AA.VV. MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1.998.
- "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (En torno al artículo 41)", en *El estatuto de los trabajadores. Veinte años después*, REDT, núm. 100, 2000.
- "Descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en RIVERO LAMAS, J.(Dr.) y De VAL TENA, A.L.(Cdor): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El "Outsourcing"*, Aranzadi, Pamplona, 2.003.
- "El despido modificativo y sus variantes: La experiencia española y el Proyecto de Código de Trabajo portugués", REDT, núm. 118/2.003.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: "Los despidos por causas económicas: aspectos procesales", *Comunicación presentada a las XV Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Junta de Andalucía, Pamplona, 1987.
- "Artículo 22. Vigilancia de la salud", en AA.VV. *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios* (dir. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a.N. dir.), Comares, Granada, 2.004.
- RIVERO, J. y SAVATIER, J.: *Droit du travail*, 10^a ed., Presses universitaires de France, París, 1.987.
- ROBERTSON, R.: *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, London, 1.992.
- ROBSON, M.: *Círculos de calidad en acción*, Ventura, México, 992.

- RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *El salario a rendimiento*, Universidad, Sevilla, 1.975.
 -- *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal*, CES, Madrid, 1.994.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Modificación de horario de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido (II): Leyes de Contrato y de Jurados Mixtos”, RPS, núm. 77, 1.968.
 -- “La movilidad del trabajador dentro de la empresa”, DL, núm. 9, 1.983.
 -- “La flexibilidad, ¿un debate interesante o un debate interesado?”, en RL, I/1.987.
 -- “La huida del Derecho del Trabajo”, R.L., 1.992, t.I.
 -- “Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical”, en RL, núm. 15/1.992.
 -- “Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo”, *III Jornadas de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, abril 1.993, *Laborum*, año 2, núm. 1.
 -- “Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo”, RL, t. I/1.993.
 -- “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, RL t. I/1.995.
 -- “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, RL, núm. 12/1.996, pg. 5.
 -- “El derecho del trabajador a ser informado sobre los elementos esenciales de su contrato”, R.L., núm. 19, 1.998.
 -- “El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, RL, t.I/2.000.
 -- “Política, globalización y condiciones de trabajo”, RL, núm. 11/2.000.
 -- “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”, RL, t.II/2.003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1.998.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Sobre la intervención del Orden Jurisdiccional Laboral en la Solución extrajudicial de los conflictos laborales”, TL, núm. 6/1,986.
 -- “Sobre el contenido del deber de formación profesional del empresario”, en AA.VV. *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea, V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, coords.), MTSS, Madrid, 1.987.
 -- “Disponibilidad de mínimos legales por convenio colectivo”, en *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo* (coord. J. CRUZ VILLALÓN), CES, Madrid, 1.995.
- ROJAS RIVERO, G.P.: “Movilidad y modificación de las condiciones de trabajo en la reforma de la legislación laboral”. *Comunicación al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ejemplar mecanografiado, Pamplona, 1.994.
 -- *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1.994.
- ROMAGNOLI, H.: “Tecnocracia e Diritto del Lavoro”, Pol. Dir., 1.970
 -- “Sviluppi recenti nella contrattazione collettiva aziendale: I delegati”, en Riv. Trim. Dir. e proc. Civ., 1.970.
 -- “Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas”, trad. de T. SALA, Cuadernos de Derecho del Trabajo, núms. 1-2/1.975-6.
 -- “Weimar, ¿y después?”, en *Autoridad y democracia en la empresa* (Joaquín Aparicio y Antonio Baylos, dirs.), Trotta, Madrid. 1992.
- ROMAN DE LA TORRE, M^a.D.: “La fijación del horario de trabajo”, en AA.VV. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, (coord. L.E. De la Villa), ACARL, Madrid, 1.991.
 “Clasificación profesional y movilidad funcional”, en AA.VV. (dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1.994.-- *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1.992.

- "Proceso de tutela de derechos fundamentales", en AA.VV., *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1.996.
- *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Colección Práctica de Derecho Social, Comares, Granada, 2000.
- ROPPO, E.: *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1.977.
- ROQUETA BUJ, R.: *Las prestaciones del fondo de Garantía Salarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.997.
- ROS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G.R. Carrió, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1.977.
- RUBIO LLORENTE, F.: "La libertad de empresa en la Constitución", en IGLESIAS PRADA (coord.) *Libertades económicas y Estado social, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.I, Civitas, Madrid, 1.996.
- RUIZ CASTILLO, M^a.M.: "El pacto individual y las fuentes del Derecho del Trabajo", en AA.VV., *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo* (J. CRUZ VILLALÓN, coord.), CES, Madrid, 1.995.
- RUIZ CASTILLO, M^a.M. y ARGÜELLES BLANCO, A.R.: "Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo" en *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva* (J.GARCÍA MURCIA, dir.), CES, Madrid, 1.998.
- RUSSELL, B.: *Historia de la Filosofía*, RBA, Madrid, 2.005.
- SACCO, R.: "Autonomía contrattuale e tipi", Riv. Trim. Dir. Proc., 1.966.
- SÁEZ LARA, C.: "Los límites de la autonomía de la voluntad en la modificación de las condiciones de trabajo", RL, núm. 8/1.991.
- "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", RL, núm. 11/1.995.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "Sobre las crisis económicas o laborales: concepto", en AA.VV. *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad Complutense, Madrid, 1.970.
- "Fisonomía laboral de la empresa contemporánea", Rev. Estudios de Deusto, núm. 57, 1.976.
- "La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada", DL, núm. 24/1.988.
- "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1.990.
- "La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", en AA.VV.: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1.992.
- "El Estatuto de los Trabajadores", RMTAS, núm. 13/1.998.
- SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1.976.
- SALA FRANCO, T.: *La movilidad del personal en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1.973.
- "El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo", en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político, I Coloquio sobre relaciones laborales.. Anuario del Instituto de relaciones laborales*, Zaragoza, 1.977.
- *Los convenios colectivos extraestatutarios*, IES, Madrid, 1.981.
- "Movilidad funcional", en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (E. BORRAJO DACRUZ, Dir.), Edersa, Madrid, 1.988.
- "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del trabajo", en AA.VV. , (dir.J. Rivero Lamas) *La flexibilidad laboral en España*, Universidad, Zaragoza, 1.993.
- "Movilidad geográfica", en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T.I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1.994.

- *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1.994.
- “La movilidad funcional”, en AA.VV. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (F. VALDÉS DAL-RÉ y M^a.E. CASAS BAAMONDE, coords.), La Ley, Madrid, 1.994
- “El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (dir. Rafael MARTÍN EZ EMPERADOR), Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1.996.
- “Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”, RMTAS, núm. 3/1.997.
- “El principio de condición más beneficiosa”, RPS, núm. 114/1.997.
- SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*, 9^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.003.
- SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M^a: “Los límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual”, Poder Judicial, núm. 15/1.989.
- SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, Deusto, Bilbao, 1.991.
- SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo. Aspectos procesales”, AA.VV. *La nueva regulación de la contratación temporal, modificación individual y modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1.995.
- “Ejecución en la Jurisprudencia Constitucional”, en CDJ, *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CGPJ, 1.996.
- SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1.995.
- “La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador”, DL, núm. 45/1.995.
- SAMPER JUAN, J.: “Clasificación profesional objetiva y subjetiva y movilidad funcional”, en AA.VV. *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo* (Dir. MARTÍN EZ EMPERADOR, R.), CGPJ, 1996.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo: la Directiva 91/533/CEE, la STJCE 4 diciembre 1997 y el RD 1659/1.998, de 24 de julio”, Aranzadi Social, núm. 11/1.998.
- *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1.999.
- SÁNCHEZ PEGO, F.J.: “Aspectos procesales de la reforma laboral”, Tribuna Social, núm. 55/1.995.
- “El procedimiento sobre movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, AL, núm. 20/1.996.
- SÁNCHEZ TORRES, E.: *El deber de negociar y la buena fé en la negociación colectiva*, CES, Madrid, 2.000.
- SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación de las obligaciones*, Nauta, Madrid, 1.964.
- “Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil”, Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, noviembre, 1971.
- *Comentarios del Código Civil*, t. I Ministerio de Justicia, 1.991.
- SANDULLI, P.: *Prestazione di lavoro subordinato e attività di rappresentanza*, Milano, Giuffrè, 1.974.
- SANSONE, M.: *Il sistema de relazioni industriali tra partecipazione e controllo*, Giuffrè, Milano, 1988.
- SANTI ROMANO.: *L'ordinamento giurídico*, Sansoni, Firenze, 1.951.
- *Principii di diritto costituzionale generale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1.947.

- SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto civile*, Jovene, Napoles, 1954.
-- *Doctrinas generales del Derecho Civil*, trad. A. Luna Serrano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.964.
-- *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Nápoles, 1985.
- SAVATIER, J.: “La modification unilaterale du contrat de travail”, *Droit Social*, núm. 3/1.981.
-- “Pouvoir patrimonial et direction des personnes”, *Droit Social*, 1982.
-- “Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels”, *Droit Social*, 1.988.
- SCHÄFER, H.B. y OTT, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1.991.
- SCOGNAMIGLIO, R.: “Osservazioni sull’art. 13 dello Statuto dei lavoratori”, en *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 1.972.
-- “La politica sindacale tra mobilità e controllo”, en AAVV, *Crisi e riforma dell’impresa*, De Donato, Bari, 1977.
-- *Diritto del Lavoro*, 3ª ed., Jovene, Napoli, 1994.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, Mª.L.: “Incidencia del proyecto de Ley concursal en la normativa laboral”, *Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 9/2.002.
- SEGURA, J.: *La industria española y la competitividad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1.992.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia”, en *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios en homenaje de Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.
-- “Sobre los recursos en el proceso laboral (I): el derecho al recurso”, *Aranzadi Social*, t.V/1.998.
-- “La Ley 39/1.999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social*, t. V/1.999.
-- “Motivos expresos y ocultos del recurso de suplicación (Artículos 191 y 231 de la Ley de Procedimiento Electoral”, en AA.VV. *Resoluciones recurribles en suplicación* (RÍOS SALMERÓN B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2.005.
-- “Contratación laboral y libertad de empresa”, en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2.005
-- *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2.008.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos”, *MTAS* núm. 68/2.007.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y PÉREZ CAMPOS, A.I.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2.004.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y RODRÍGO MARTÍN JIMÉNEZ “Art. 7”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social* (SEMPERE NAVARRO, A.V. y RODRÍGO MARTÍN JIMÉNEZ, coords.), Aranzadi, Pamplona, 2.003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2.001.
-- *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2.002.
-- “Sobre “Nuevas Tecnologías” y relaciones humanas”, *Aranzadi Social* núm. 5/2.002.
-- *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2.003.
- SENGENBERGER, W. Y CAMPBELL, D. (Edits.): WILLIAMSON, O.E.: *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Pres, New York, 1.985.

- SENRA BIEDMA, R.: "La reforma del Derecho individual del Trabajo", en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social tras la reforma de 1994 y los Textos refundidos de 1995* (R. SENRA BIEDMA, coord.), Bosch, Barcelona, 1.995.
- "Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial", RL, I/1995.
 - "Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas", RL, t.II/1.996.
- SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, domicilio, movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2.000.
- SMURAGLIA, C.: *La persona del prestatore nel rapporto de lavoro*, Giuffrè, Milano, 1.967.
- SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo*, FCE, México, 1.984.
- SOUTO PRIETO, J.: "Movilidad funcional (Funciones equivalentes, inferiores y superiores)", en AA.VV., *La nueva regulación de la contratación temporal, modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo*, CGPJ, Madrid, 1.995.
- SPAGNUOLO VIGORITA, V.: *L'iniziativa económica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1.959.
- "Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori", en *Dir. Lav.*, 1.971.
 - "Impresa, rapporto di lavoro, continuità", en *Rev. Dir. civ.*, I, 1.969.
- SPIROPOULOS, G.: "Conditions de travail: élargissement du concept et problematique juridique", *Droit Social*, nº 12, 1990.
- STREEK, W.: "Management de la incertidumbre e incertidumbre del management; los empresarios, las relaciones laborales y el ajuste industrial durante la crisis", en *Papeles de la Economía Española*, núm. 27, 1.986.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: "El origen contractual de la relación jurídica de trabajo", *Cuadernos de Política Social*, nº 60, 1.960.
- "Apuntes sobre la causa del contrato", *Revista de Trabajo*, 1961 (II).
 - "La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario", *RPS*, núm. 56/1.962.
 - "La prescripción y la caducidad en el Derecho del Trabajo", *RPS*, núm. 85/1.973
- SUPPIEJ, G.: *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1.957.
- "I limiti del potere direttivo dell'imprenditore", en *Rev. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, junio, 1.962.
 - *Il rapporto de lavoro*, in *Enc. giur. Lavoro*, Cedam, Padua, 1982.
- SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. J.L. Gil y Gil, MTSS, Madrid, 1.996.
- SCHWARTZ, P. y CARBAJO, A.: "Teoría económica de los derechos de propiedad", en *Hacienda Pública*, núm. 68/1.981.
- TAMAMES GÓMEZ, R.: *La República. La era de Franco*, Alfaguara, t. VII, Madrid, 1.980.
- TAYLOR, F.W.: *Principios de la administración científica*, Ateneo, Buenos Aires, 1.987.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: "Representación y negociación colectiva en los grupos de empresa", RL, núm. 16-17/1.996.
- TERSSAC, G.: *Autonomía en el trabajo*, MTSS, Madrid, 1.995.

- TEUBNER, G.: “Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno”, en BORDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.
- TEYSSIE, B.: “La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l’entreprise”, *Droit Social*, núm. 12/1.986.
- TORRENTE GARI, S. y SANTOS FERNÁNDEZ, R.: “Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en proceso de despido colectivo”, *AL*, núm. 10/1.996.
- TORNOS, J.: *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1.982.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *Tiempo de trabajo y contrato ferroviario*, UCM, Madrid, 1995.
- TREU, I.: “Sul recesso modificativo”, en *Riv. Delle Società*, 1.962.
-- *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1.968.
-- “Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro”, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile*, 1.972.
-- *Condotta antisindacale ed atti discriminatori*, Angeli, Milano, 1974.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, 2º ed. Madrid, Tecnos, 1.991.
- TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “En torno a la Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”, *RT*, núm. 100/1.990.
- TULLINI, P.: *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1.994.
- TUSHMAN, M.L. y NADLER D.: “Information Processing as an Integrating Concept in Organization Design”, *Academy of Management Review*, núm. 3, 1.978.
- URESTE GARCÍA, C.: “La movilidad funcional”, en AA.VV, *Poder de dirección del empresario*, *Ibidem*, Madrid, 1997.
- UUSITALO, L.: “Efficiency, Effectiveness and legitimation: Criteria for the Evaluation of Norms”, *Ratio Juris*, vl. 2, núm. 2/1.989.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1.996.
- VALDÉS DE LA VEGA, B.: “Individual y colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional”, en AAVV, *La Reforma Laboral de 1994* (A. BAYLOS GRAU, coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1.996.
-- *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del ius variandi empresarial”, *RPS*, núm. 103, 1.974.
-- “La negociación colectiva en la Constitución”, *RPS*, núm. 121/1.979.
-- “Movilidad funcional y derechos económicos”, en AA.VV. *Estructura Salarial*, CEOE, Madrid, 1987.
-- “El paradigma legal en la negociación colectiva”, *RL*, t.I/1.990.
-- “Los despidos por causa económica”, en AA.VV, *La Reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1.994.
-- “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *RL*, t.I/1.995.
- VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, CES, Madrid, 1.998.
-- *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1.998.

- VALLEJO DA COSTA, R.: “La autonomía colectiva en el sistema de modificación sustancial de condiciones de trabajo: sobre los pactos y los convenios colectivos”, en AA.VV. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. (coord.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Univ. Rovira i Virgili, Tarragona, 1.995.
-- *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, CES, Madrid, 2002.
- VARDARO, G.: “Técnica, tecnología e ideología della técnica nel diritto del lavoro”, en P.D., 1.986.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I.: “El informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo”, REDT, núm. 71/1.995.
- VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1.995.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad, Palma de Mallorca, 1.980.
- VENEZIANI, B.: “Libertà contrattuale e contratto di lavoro. Lineamenti di diritto comparato”, in Biagi-Suwa, *Il diritto dei disoccupati*, Giuffrè, Milano, 1996.
- VENTURA, L.: *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1.984.
- VICENTE PALACIO, A.: *El efecto positivo de la cosa juzgada en el proceso laboral*, Cuadernos de Aranzadi Social, Pamplona, 2.007.
- VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, t.IX, Edersa, Madrid, 1.983.
-- “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, dir. BORRAJO DACRUZ, E., Edersa, Madrid, 1.995.
-- “La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho laboral*, núm. 192, t. XLI, octubre-diciembre, 1.998.
-- *Discurso pronunciado por el Doctor Don José Vida Soria con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa*, Universidad, Granada, 2.008,
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 6ª edición, Comares, Granada, 2.008.
- VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.007.
- VINUESA ALADRÓ, A.: *La clasificación profesional*, MTSS, Madrid, 1.978.
-- “La clasificación profesional. Comentario al art. 16.4 ET”, en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. IV, Edersa, 1.983.
-- “Categorías profesionales y ascensos”, en AA.VV. (dir. BORRAJO DACRUZ), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. V, Edersa, Madrid, 1985.
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1.994.
- WAQUET, Ph: “La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail”, RJS, núm. 12/1996.
-- “Modification des contrats de travail et plan social”, *Droit Social*, núm. 1/1.997.
- WEBER, M.: *Historia económica general*, FCE, México, 1.964.
-- *Economía y sociedad*, FCE, México, 2ª ed., 1.964.
-- *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1.994.

WEISS, D.: “La empresa-red y la gestión de los recursos humanos”, en WEISS, D. *et al.*: *La función de los recursos humanos*, CDN, Madrid, 1.993.

WOODWARD, J.: *Management and Technology*, H.M.S.O., London, 1.958.

ZANGARI: “Luci e ombre delle rapporto Bullock”, Riv. Dir. Lav. 1.978, núm. 1-2.

ZOPPOLI, A.: “Managerialità, dirigenza e contratto di lavoro”, Lavoro e Diritto, núm. 2, 1.993.