

La modificación sustancial de condiciones de trabajo

Por Irene Bajo García

Profesora del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante.

Las reformas laborales 2010-2014 –o la reforma laboral permanente, como señala un sector de la doctrina– han venido marcadas, entre otras cuestiones, por la búsqueda de una mayor flexibilidad interna, identificando –de manera cuestionable– la excesiva rigidez de nuestro mercado laboral como una de las causas de la destrucción de empleo. Ese incremento de la flexibilidad se ha pretendido a través de la regulación de un conjunto de medidas y procedimientos que permiten modificar las condiciones en las que vinieran prestando sus servicios los trabajadores, a conveniencia de la empresa.

Dentro de ese conjunto cabe distinguir, y así lo ha hecho el legislador, entre medidas de flexibilidad que afectan a condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios, cuya modificación, siempre temporal y causal, ha de seguir el procedimiento para la inaplicación de convenios colectivos estatutarios previsto en el art. 82.3 ET, y aquellas medidas que afectan a condiciones de trabajo acordadas entre empresario y trabajador a nivel contractual, o bien a través de pactos, acuerdos colectivos o decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, cuya regulación se contempla en el art. 41 ET(1).

Dicho precepto experimentó una inusual estabilidad en su contenido regulador desde 1980 hasta su primera –y relevante, debe señalarse– reforma en virtud de la Ley 11/94, de 19 de mayo, origen, en esencia, de la actual estructura del precepto. Al igual que las más recientes, esta primera reforma emplea el argumento de la flexibilidad interna para justificar que las necesarias garantías de los derechos de los trabajadores frente a decisiones arbitrarias, a través de un adecuado control de la justificación de la medida, la participación de los representantes de los trabajadores, y el derecho de los trabajadores perjudicados a rescindir su contrato no pueden imposibilitar la adopción de las medidas que resulten necesarias, pues, con ello, lejos de proteger a los trabajadores, se pondría en peligro su empleo y la viabilidad de la empresa en su conjunto.

La situación económica negativa de los últimos años ha traído consigo una sucesión ininterrumpida de reformas laborales que ha afectado –junto a otras relevantes materias– a la regulación del art. 41 ET de la modificación unilateral por parte del empresario de las condiciones inicialmente pactadas

en el contrato de trabajo para el desarrollo de la prestación de servicios por parte de los trabajadores. Esta tendencia reformista se inaugura con el RDL 10/2010, al que sigue la Ley 35/2010 y, posteriormente, el RDL 7/2011, la relevante reforma de 2012 (tanto RDL 3/2012, como Ley 3/2012), y, más recientemente, el RDL 11/2013, de 2 de agosto, del que trae su origen la Ley 1/2014, de 28 de febrero, la cual se limitó a reproducir la regulación de su antecesor, en vigor desde el 4 de agosto de 2013.

La sucesión de reformas del precepto han incidido de manera significativa en su régimen regulador, el cual, a fecha actual, y teniendo presente tanto los antecedentes legislativos como los pronunciamientos judiciales más relevantes al respecto, presenta los siguientes rasgos característicos:

1. La modificación sustancial regulada en el art. 41 ET constituye una facultad integrada en el poder de dirección o *ius variandi* empresarial. El precepto, en todas sus redacciones, concibe la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como una potestad de la dirección de la empresa, una concreta actividad que la misma puede desarrollar y que completa, junto a lo dispuesto en otros preceptos, la regulación del denominado *ius variandi* del que dispone el empresario sobre las condiciones inicialmente pactadas.

Respetando la legalidad vigente –expresión que, evidentemente, incluye lo pactado en convenios colectivos estatutarios, de eficacia normativa–, las partes firmantes del contrato de trabajo, de carácter sinalagmático y tracto sucesivo, tienen libertad para pactar las condiciones en las que se vaya a desarrollar su relación jurídica. No obstante, es evidente que, un cambio en las circunstancias existentes o previstas por las partes en el momento de la contratación pueden llevar a la imposibilidad total o parcial del cumplimiento de las prestaciones comprometidas por una o las dos partes, o puede hacer imprescindible una modificación de las condiciones pactadas, o, incluso, justificar una rescisión unilateral del contrato. En el caso del contrato de trabajo, el régimen general civil aplicable a los contratos sinalagmáticos de tracto sucesivo se convierte en subsidiario del previsto en el ordenamiento laboral, caracterizado no solo por su intensa producción normativa, sino por poner en manos de una de las partes del contrato, el empresario, un mecanismo de modificación sustancial causal de las condiciones pactadas o que vinieran siendo disfrutadas por el trabajador hasta la fecha de la modificación, con la posibilidad de una rescisión indemnizada del contrato por parte de este en determinadas circunstancias. Esta segunda característica constituye la consecuencia de la concesión al empresario del denominado *ius variandi*, cuyo fundamento se encuentra en el principio de libertad de empresa consagrado en el art. 38 CE, y de

acuerdo con el cual el poder de dirección conferido al empresario no solo le permite dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución de la prestación de servicios, sino también modalizar el desarrollo del contrato en aras a una adaptación de las condiciones en las que se lleva a cabo la prestación de servicios por parte de los trabajadores a las cambiantes circunstancias económicas y productivas en las que se desenvuelve la actividad empresarial.

En base a ello, el art. 41 ET contempla como una facultad unilateral de la dirección de la empresa la posibilidad de modificar, incluso de manera sustancial, las condiciones inicialmente pactadas en las que el trabajador debe llevar a cabo la prestación de sus servicios –y el empresario el cumplimiento de sus obligaciones, fundamentalmente la relativa a la remuneración de los mismos–, facultad que, no obstante, y en atención precisamente a dicho carácter sustancial, se somete a determinados requisitos y procedimiento.

El art. 41 ET únicamente regula aquella modificación sustancial que procede de una decisión unilateral del empresario –consensuada o no, con posterioridad, con los representantes de los trabajadores, como se verá– puesto que la que procede del mutuo acuerdo entre las partes no requiere de regulación específica, más allá del derecho civil de obligaciones y contratos y el respeto al ordenamiento jurídico, mientras que la que resulta ser producto de la voluntad unilateral del trabajador se encuentra regulada de manera dispersa, en varios preceptos de la norma estatutaria, como los que establecen permisos y reducciones de jornada.

No obstante, el precepto, ya desde su regulación originaria, ha manifestado su preferencia por una solución o decisión consensuada o acordada con los representantes de los trabajadores. Así, en la redacción de 1980, las modificaciones son acordadas por la dirección de la empresa, pero deben contar con la aceptación expresa de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, y siguiendo la estela de la herencia de una tradición intervencionista del Estado en las relaciones de trabajo, la aprobación por parte de la autoridad laboral. Las sucesivas reformas del precepto han venido a reforzar el papel que los representantes de los trabajadores y el período de consultas previo a la adopción de la decisión empresarial desempeñan en el procedimiento de modificación sustancial, si bien se mantiene constante la concepción del mismo como el producto de una iniciativa que corresponde, en exclusiva, a la dirección empresarial.

2. El art. 41 ET no contempla todas las modificaciones de iniciativa empresarial. La movilidad geográfica, la funcional dentro de los umbrales del art. 39 ET, la distribución irregular o la reducción de la jornada y la

suspensión del contrato de trabajo constituyen supuestos específicos de modificación –no siempre sustancial– que encuentran su régimen jurídico en otros preceptos del ET.

3. El empresario ha de alegar causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Como es lógico, la iniciativa empresarial modificativa ha de sostenerse sobre la concurrencia de determinadas causas que la justifican. Las causas técnicas, organizativas, productivas o económicas (estas últimas incorporadas expresamente por Ley 11/94) constituyen el requisito causal que se reitera a lo largo de la norma estatutaria para sustentar tanto acciones propias de flexibilidad interna, incluida la inaplicación de las condiciones previstas en el convenio colectivo, como de flexibilidad externa o extinción causal de los contratos de trabajo –si bien la intensidad con la que deben manifestarse dichas causas es diferente en uno y otro caso–.

La modificación más relevante en este aspecto se ha producido en relación a la vinculación de las causas con la consecución de determinados objetivos. La reforma de 1994 incorporó un juicio de razonabilidad a la medida pretendida por el empresario, de manera que solamente cabía considerar que concurrían las causas alegadas por el mismo si la adopción de las medidas propuestas contribuía a prevenir una evolución negativa de la empresa, o a mejorar la situación o perspectivas de la misma, convirtiendo a la modificación en un instrumento al servicio de un objetivo preventivo, basado en un pronóstico, o de una expectativa de mejora ([STS 27/01/2014, QS 2014/17352](#)), lo que suponía introducir la posibilidad de un control judicial de la causalidad entre la medida pretendida y el efecto buscado, el cual, además, debía responder a alguno de los objetivos enunciados. Tras la reforma del 2012 (RDL 3/2012), la adopción de la medida se vincula a la productividad, competitividad (conceptos macroeconómicos) u organización técnica del trabajo en la empresa. Este cambio resulta significativo, pues parece impedir que los jueces lleven a cabo juicios de valor sobre la conveniencia de la iniciativa empresarial, efecto que propiciaba la anterior redacción, para limitarse a juzgar si, la medida, contribuye objetivamente a los propósitos marcados, sin valorar su proporcionalidad o su eficiencia al respecto.

4. Carácter sustancial de la modificación. El precepto únicamente contempla aquellos supuestos en los que, la modificación de las condiciones pactadas, merece el calificativo de sustancial –de manera que, si la modificación no lo merece, y tampoco se contempla un régimen específico para la condición a modificar, se integra dentro del ejercicio unilateral por parte del empresario de su poder de dirección–. El legislador,

sin embargo, no ofrece una delimitación precisa ni los instrumentos necesarios para identificar, de manera inequívoca, cuando se está en presencia de una modificación que merezca dicho calificativo, lo que ha llevado a diversas interpretaciones doctrinales y una prolífica producción de pronunciamientos judiciales que, de manera casuística, van configurando el supuesto. Entre la doctrina se ha sostenido que, en la medida en que el precepto ofrece una enumeración de materias, toda modificación que afecte a alguna de dichas materias, y solo aquellas modificaciones que afecten a las mismas, merecerían, por ese hecho, el calificativo de sustantivas. No obstante, esta no es la interpretación mayoritaria en la doctrina, ni tampoco la que se contiene en los pronunciamientos judiciales al respecto, que consideran la enumeración del precepto como un mero ejercicio ejemplificativo, admitiendo tanto la posibilidad de que la modificación de otras condiciones se considere sustancial, como el hecho de que no toda modificación relativa a las materias enumeradas merezca el calificativo de sustancial; y no lo merecerá si, dicha modificación, no supone una alteración significativa de las condiciones en las que se lleva a cabo la prestación de servicios. En cualquier caso, la tarea de delimitación debe realizarse no solo entre modificación no sustancial y sustancial, sino también entre estas y decisiones empresariales que suponen la inaplicación del convenio colectivo. (vid., entre otras, STS 22/01/2014, QS 2014/11901: no es sustancial el cambio en el sistema de prestación del servicio de comedor en residencia de verano; tampoco lo es el cambio de pago de dietas por pago del gasto real soportado por el trabajador, SAN 21/02/2014, QS 2014/15147; por el contrario, sí lo es la reducción del peso de las ventas en el cálculo de los incentivos, y la modificación de su periodificación, STS 23/01/2014, QS 2014/11905. La decisión de la empresa de modificar calendarios ya programados o inicio o salida de trabajo con una flexibilidad de dos horas diarias sin concretar trabajadores afectados supone inaplicación del convenio, STS 05/11/2013, QS 2013/280892).

5. Listado abierto de condiciones. La jurisprudencia ha reiterado la consideración de que, el carácter sustancial, se predica de la modificación, y no de la condición que se modifique en cada caso. Por tanto, y como se ha señalado en el punto anterior, la modificación puede ser sustancial afectando a condiciones distintas de las enumeradas en el precepto (STS 27/12/2013, QS 2013/292358: constituye modificación sustancial la readmisión del trabajador en caso de despido en condiciones distintas a las que regían antes del mismo, incluso si ya no es posible efectuarla en las mismas condiciones por cierre del centro de trabajo), y, por el contrario, no serlo, afectándolas.

No obstante, pese al carácter abierto y meramente orientativo del listado de condiciones ofrecido por el art. 41 ET, lo cierto es que, en las sucesivas reformas, se ha ido ampliando el conjunto de condiciones recogidas expresamente en la enumeración del precepto, lo que no deja de constituir una cierta contradicción con aquel carácter. El listado se mantuvo en los mismos términos, incluyendo jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento hasta la reforma del ET por Ley 11/1994, que incorporó la referencia a las funciones –siempre y cuando la modificación exceda de los límites previstos para la movilidad funcional en el art. 39 ET, referencia que convierte a este supuesto en el único que ofrece un parámetro dotado de cierta objetividad para identificar la sustancialidad de la modificación–, mientras que en 2010 se incorpora la referencia, junto al horario, de la distribución del tiempo de trabajo. La más significativa de las incorporaciones ha sido la relativa a la posibilidad de modificar, a través del art. 41 ET, la cuantía salarial. Respecto a esta última, será de aplicación la doctrina de la Audiencia Nacional sobre la imposibilidad de retrotraer reducciones salariales contra el precio de trabajos ya realizados (vid., entre otras, SAN 25/09/2013, QS 2013/183821).

6. Modificaciones individuales y colectivas. En la regulación originaria del ET de 1980, no se introduce referencia alguna al carácter individual o colectivo de la modificación, lo que lleva a concluir que, cualquiera de ellas, aún en el supuesto de que afecte a un único trabajador, debe tramitarse por el procedimiento previsto en el precepto.

La distinción entre modificaciones individuales y colectivas se introduce con la reforma de 1994. El criterio empleado inicialmente por el legislador para delimitar cada supuesto es el de la fuente reguladora de la condición que pretende modificarse, de manera que si la condición se disfruta a título individual, por encontrarse regulada en el contrato de trabajo –tanto inicialmente como por acuerdo posterior, expreso o tácito–, la modificación tendrá la consideración de individual, mientras que, si la condición rige en virtud de pacto o acuerdo colectivo, o decisión unilateral del empresario de alcance colectivo –aunque en el concreto momento en el que se plantee su modificación solo esté siendo aplicada a un trabajador–, la modificación será colectiva. Y ello es así, salvo en los supuestos de cambio de funciones o cambios en el horario de trabajo, en los que, junto al requisito anterior, deben resultar afectados un número o porcentaje mínimo de trabajadores computado en un período temporal de 90 días.

El RDL 3/2012 supone un cambio sustancial en el criterio de identificación del carácter individual o colectivo de la modificación, pues este pasa de

basarse en el origen de su régimen regulador para sostenerse, exclusivamente, en el elemento meramente cuantitativo, de manera que será colectiva la modificación cuando afecte a un determinado número o porcentaje de trabajadores del total de la empresa, con independencia de cuál sea la fuente reguladora de la condición de trabajo modificada (vid. STSJ Aragón 17/01/2014, QS 2014/6406).

Hasta su reforma por RDL 3/2012, el precepto regulaba, así mismo, la modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario, siendo su mayor peculiaridad la de requerir, en todo momento, un acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, y la de extender su vigencia, como máximo, hasta la vigencia temporal del convenio colectivo modificado. Como consecuencia de la reforma 2012, la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo pasa a regularse por lo dispuesto en el art. 82.3 ET. No resulta sencillo diferenciar cuándo una modificación afecta o no a lo dispuesto en el convenio colectivo estatutario aplicable a la empresa. Según la jurisprudencia, no se considera inaplicación del convenio sino modificación la reducción de la cuantía de un complemento salarial personal descrito en el mismo pero no cuantificado (SAN 31/01/2014, QS 2014/5475); tampoco que se reduzcan pluses superiores a las del convenio, pese a que su respeto se incluye entre las cláusulas del mismo, puesto que ese hecho no modifica su naturaleza jurídica (SAN 10/12/2013, QS 2013/241777). Especialmente significativo, por lo reiterado, es el caso de la ampliación del número de domingos que los trabajadores deben acudir a prestar servicios en centros comerciales en la Comunidad Autónoma de Madrid, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2012, de dinamización de la actividad comercial, calificada como inaplicación del convenio colectivo (STS 13/03/2014, QS 2014/42927).

7. Procedimiento. Como se ha señalado, en la regulación inicial la decisión empresarial de modificar las condiciones de trabajo había de contar con la conformidad de los representantes de los trabajadores, o, en su defecto, ser autorizada previa tramitación del expediente administrativo correspondiente. La reforma de 1994 elimina la autorización administrativa, adoptando mayor protagonismo la negociación con los representantes de los trabajadores. Si, inicialmente, el precepto contemplaba la necesidad de obtener la conformidad de dichos representantes, sin precisar ningún otro extremo de las conversaciones y negociaciones que hubieran de llevarse a cabo al efecto, la reforma de 1994 regula por vez primera el período de consultas, circunscribiéndolo al supuesto de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo (2). Así, se precisa su duración, el contenido y quienes se constituyen como

interlocutores en la negociación, extremos sobre los que se han producido varias reformas.

Respecto a la primera cuestión, el período de consultas pasó de tener una duración no inferior a quince días (RDL 11/1994), a que esos quince días fueran declarados improrrogables (RDL 10/2010) y, posteriormente (2012), duración no superior a quince días, previsión que la jurisprudencia ha interpretado en el sentido de que, superado dicho plazo, ninguna de las partes puede compeler a la otra a prorrogar la negociación, no obstante lo cual, si las partes convienen en la necesidad de su prolongación, no debe impedirse por una cuestión de plazos que llegue a buen puerto (SAN 13/03/2013, QS 2013/25498).

Por lo que se refiere al contenido mismo de la consulta, esta deberá versar sobre las causas motivadoras de la medida, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y las posibles medidas a adoptar para atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados. El deber de negociar de buena fe se reitera en todas las versiones del precepto, y su ausencia puede llevar a la nulidad de la medida empresarial modificativa (SAN 128/2013: no constituye buena fe implementar una medida por la empresa que no coincide con ninguna de las propuestas barajadas durante el período de consultas. La buena fe exige que todo lo que haya quedado extramuros del período de consultas quede también fuera del alcance de la medida empresarial).

Especial mención merece la cuestión de la conformación de la comisión negociadora. La identificación de quien haya de ocupar la posición de interlocutor en nombre de los trabajadores no siempre ha resultado incontrovertida (3). En la reforma de 1994 se señala que los interlocutores de la empresa serán los representantes legales de los trabajadores, sin mayor precisión, si bien, el propio precepto, al regular posteriormente la mayoría necesaria para considerar que existe conformidad, el precepto nombra tanto a comité de empresa o delegados de personal, como a los representantes sindicales, por lo que ambos podían ser interlocutores válidos, si bien en este último caso únicamente si dichos representantes (delegados, ha de entenderse) sindicales representaban a la mayoría de aquellos.

El RDL 7/2011, de 10 de junio, modifica el precepto en este extremo, poniendo de manifiesto una preferencia por la intervención en el período de consultas de las secciones sindicales, siempre que se cumplan dos requisitos: que así lo acuerden, y que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal, esto es, siempre que

acrediten cierto nivel de audiencia en las elecciones a representantes legales de los trabajadores.

El supuesto de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa se contempla por primera vez en el RDL 10/2010. En ese caso los trabajadores pueden optar por atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, designados por la comisión paritaria del convenio en el plazo de cinco días desde el inicio del período de consultas (previsión contradictoria, pues no cabe iniciar consultas antes de designar interlocutores) y sin que la falta de designación paralice el cómputo del período para su desarrollo, lo que podía llevar a la circunstancia de que el período de consultas no se desarrollara por falta de designación o designación extemporánea del interlocutor por parte de los trabajadores.

La Ley 35/2010 modifica este extremo, para ofrecer a los trabajadores la posibilidad de optar entre dos configuraciones diversas de la comisión que les represente. De tal manera que, dicha comisión, podrá estar formada por trabajadores de la misma empresa, elegidos democráticamente por ellos (si bien el precepto no especifica ningún otro extremo de esa elección: plazos, sistema de votación, nombramiento, posibilidad de renuncia...), o bien a una comisión designada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, si bien su designación ya no corresponde a la comisión paritaria del convenio, sino a los propios sindicatos, que, en todo caso, habrán de estar legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación.

Finalmente, el RDL 11/2013, de 2 de agosto, introduce de nuevo modificaciones esta concreta materia, tendentes a evitar los conflictos que la identificación de los sujetos legitimados para negociar ha generado, y, al mismo tiempo, evitar la declaración de nulidad de la modificación por esta causa (4).

De acuerdo con la actual regulación, y con independencia de la dimensión de la empresa (uno o varios centros de trabajo, en una o varias provincias), se constituirá una única comisión negociadora, integrada por un máximo de trece miembros por cada una de las partes. En el supuesto de que no todos los centros de trabajo se vean afectados por la modificación, la comisión queda circunscrita únicamente a aquellos sobre los que se plantea la medida. Previsiones que, por una parte, buscan el efecto de imposibilitar la negociación fraccionada, esto es, la constitución de diferentes comisiones

negociadoras por cada centro de trabajo afectado, y, por otra parte, limitar la negociación, exclusivamente, a los centros afectados.

Los interlocutores ante la empresa serán las secciones sindicales, si así lo acuerdan y tienen la representación mayoritaria de los comités de empresa o delegados de personal de los centros de trabajo afectados, especificando el precepto que, en ese caso, representarán a todos los trabajadores, incluso los de aquellos centros de trabajo que no cuenten con secciones sindicales o representantes legales de los trabajadores.

Para el caso de que no existan secciones sindicales, o bien no cumplan alguno de los requisitos (no se alcance un acuerdo al respecto, o no alcancen la representatividad requerida por el precepto), se incorpora una regulación pormenorizada del sistema de elección del órgano interlocutor por la parte laboral, distinguiendo según el procedimiento de modificación afecte a uno o a varios centros de trabajo.

Si la modificación afecta a un único centro de trabajo (con independencia de que la empresa disponga de uno o varios centros), intervendrán como interlocutores los representantes legales de los trabajadores, y de no existir, una comisión formada, a elección de los propios trabajadores, bien por tres trabajadores de la empresa, bien por tres miembros designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector.

Si afecta a varios centros de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá, en primer lugar, al comité intercentros, siempre y cuando tenga atribuida dicha función en el convenio colectivo en el que se acuerde su creación. Difícilmente los convenios negociados con anterioridad a la reforma contemplarán una previsión expresa en este sentido, si bien no es infrecuente que los convenios atribuyan al comité intercentros funciones de carácter genérico relacionadas con cualquier cuestión que afecte a más de un centro de trabajo, entre las que encajaría sin dificultad la interlocución en caso de modificación sustancial.

En caso contrario, habrá de constituirse una comisión representativa, cuya composición varía, de nuevo, según la presencia o no de representantes legales de los trabajadores en todos los centros afectados. Si la respuesta a esta cuestión es positiva, dichos representantes constituirán la comisión; si, por el contrario, ningún centro cuenta con representantes, los trabajadores elegirán entre una comisión de tres trabajadores o de tres representantes sindicales, en los mismos términos que se indicó anteriormente. Si, finalmente, la situación es híbrida, formarán la comisión los representantes legales de los centros que cuenten con ellos, que representarán a todos los trabajadores, salvo que en los centros de trabajo afectados carentes de

representantes legales los trabajadores decidan designar representantes ad hoc, según el mismo procedimiento indicado previamente.

La aplicación de las normas que rigen la constitución de la comisión representativa puede dar como resultado un número superior a trece. Si ese fuera el caso, el precepto señala que deberán elegirse, por y entre los representantes, un número máximo de trece miembros. Pese a que el precepto habla de elección, no se produce tal, puesto que la norma impone un criterio de selección, de manera que serán seleccionados aquellos representantes que, sucesivamente, representen al mayor número de de trabajadores.

Junto a lo anterior, la reforma de 2013 rectifica unos de los aspectos más criticables de la regulación anterior, de acuerdo con la cual el cómputo del plazo de duración de las consultas no se paralizaba el tiempo que los trabajadores empleaban para designar a su interlocutor. Actualmente, el empresario ha de comunicar, en primer lugar, que tiene intención de iniciar un procedimiento de modificación sustancial, y solo cuando esté constituida la representación de los trabajadores, o transcurrido el plazo concedido para ello (siete días; quince si alguno de los centros afectados no cuenta con representantes legales de los trabajadores), podrá comunicarse el inicio del período de consultas.

La adopción del acuerdo exige el voto favorable de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o miembros de la comisión de representantes, siempre que representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Dicha regulación de las mayorías genera la posibilidad de la existencia de centros de trabajo que no dispongan de representantes directos (trabajadores que presten sus servicios en dicho centro) en la comisión de trabajadores, o que sí los tengan pero hayan votado en contra del acuerdo, sin que ninguna de estas circunstancias les exima de asumir el acuerdo, siempre que haya sido suscrito por quienes representen a centros de trabajo en los que estén empleados la mayoría de los trabajadores. Como consecuencia de ello, cuando las decisiones del empresario afecten a centros de trabajo de composición muy dispar, la voluntad de los trabajadores de los centros de trabajo menores puede quedar silenciada o ser ignorada, no solo por el empresario, sino por los propios representantes de los trabajadores, lo que provocaría cuestionables déficits de representatividad.

Si el período de consultas hubiera finalizado sin acuerdo, será el empresario quien notifique su decisión. No precisa el precepto quien notifica a los trabajadores la modificación en caso de acuerdo, aunque debe interpretarse que, en ese caso, será la representación de los mismos que

haya negociado durante el período de consultas. El plazo de efectividad de la medida desde su notificación se reduce a siete días, frente a los quince que señala el precepto para las modificaciones de carácter individual.

8. Efectos. Adoptada la decisión de modificar de manera sustancial las condiciones de trabajo por parte del empresario, y una vez debidamente comunicada a los trabajadores afectados, cada uno de ellos debe optar por obedecer la orden empresarial, o bien resolver el contrato de trabajo en caso de que considere que la modificación le causa un perjuicio.

La posibilidad de rescindir el contrato quedaba inicialmente limitada a aquellos supuestos en los que la modificación afecte a jornada, horario, y régimen de trabajo a turnos –supuestos ya mencionados en la regulación de 1980–, excluyendo sistema de remuneración, y sistema de trabajo y rendimiento y funciones tras su incorporación al listado en 1994. Con la reforma del precepto por RDL 3/2012, además de la incorporación de la cuantía salarial a la enumeración de condiciones, se produce la ampliación de los supuestos de rescisión unilateral indemnizada por parte del trabajador, de manera que, en la actualidad, únicamente quedan excluidas de dicha posibilidad aquellas modificaciones que afectan al sistema de trabajo y rendimiento. Sea como fuere, obsérvese la contradicción que se produce entre el carácter abierto del listado de condiciones y el carácter cerrado que parece dar al precepto al conjunto de modificaciones que permiten la rescisión indemnizada por parte del trabajador.

9. Impugnación. Si el trabajador se muestra disconforme con la decisión empresarial, por considerarla no ajustada a derecho, habrá de plantear su demanda por el procedimiento especial de impugnación de modificación sustancial (art. 138 LRJS), lo que no le exime de la obligatoriedad de obedecer la orden empresarial (salvo que solicite la adopción de medidas cautelares). No obstante, desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010 (desde el RDL 10/2010, para el caso de modificación de condiciones previstas en convenio colectivo estatutario), si se hubiera alcanzado un acuerdo en el período de consultas, se presumirá la concurrencia de la causa alegada por el empresario, por lo que la impugnación procederá, únicamente, en caso de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.

La sentencia podrá declarar la decisión judicial justificada o injustificada, en cuyo caso declarará el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo.

Contra las decisiones empresariales de carácter colectivo cabe el planteamiento de conflicto colectivo, en cuyo caso se paralizan las acciones individuales, pues la sentencia que se dicte en aquel será vinculante.

La modalidad procesal de impugnación de modificación sustancial está excluida del recurso de suplicación, salvo si la modificación tiene carácter colectivo, y en este segundo caso, aún afectando y habiendo sido impugnada por un único trabajador por la modalidad del art. 138 LRJS, pues lo determinante para el acceso al recurso es la naturaleza colectiva de la decisión empresarial (STS 09/04/2014, QS 2014/71950).

1. No obstante, junto a estos dos grandes colectivos deben mencionarse otras fórmulas de flexibilidad interna que reciben una regulación específica, como es el caso de la distribución irregular de la jornada, la suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada, la movilidad funcional y la movilidad geográfica.

2. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, introduce la posibilidad de que el procedimiento de consultas, tratándose de una modificación de carácter colectivo, se establezca en la negociación colectiva, de manera que solo en ausencia de una regulación específica se aplicará lo dispuesto en el precepto legal.

3. La correcta identificación de la parte empresarial también presenta complejidad en ocasiones, especialmente en caso de empresario aparente (SAN 20/01/2014, QS 2014/1818: pese a no haberse demostrado la confusión de plantillas ni patrimonial, el hecho de que la empresa esté dirigida por managers de otra del mismo grupo la convierte en una división de la empresa dirigente; también a efectos de impugnación: SAN 1603/2013: si se negoció en bloque durante el período de consultas junto con otras doce empresas, todas ellas deben ser demandadas si se cuestiona la adecuación del período de consultas a derecho por ese motivo).

4. La incorrecta composición de la comisión negociadora ha llevado a declarar la nulidad de la medida por invalidez del período de consultas (Así ocurre en la SAN 31/05/2013, QS 2013/89877, en un supuesto en el que la representación social se conformó por sindicatos y por representantes ad hoc), aunque no siempre tales defectos han dado lugar a la anulación (SAN 11/11/2013, QS 2013/214910: si bien el ET no ha habilitado comisiones híbridas, el procedimiento no se anula, pues la conformación irregular es imputable a las dos partes y no se ha producido perjuicio al no haberse alcanzado acuerdo).

Este artículo ha sido publicado en el "Boletín Social", el 1 de junio de 2014.