

CLAVES PRÁCTICAS

FRANCIS LEFEBVRE

**Modificación de
condiciones de trabajo y
otras medidas de ajuste
laboral: adopción y
reacción**

Actualizado a 23 de noviembre de 2016

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo.
Mediadora SIMA (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje).
Árbitro del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid*

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-16612-95-6
Depósito legal: M-41295-2016
Impreso en España por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

| | <u>Nº marginal</u> |
|---|---------------------------|
| Introducción | |
| Capítulo 1. Caracterización general de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo..... | 100 |
| Capítulo 2. Delimitación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo frente a otras figuras | 300 |
| Capítulo 3. Carácter causal de las medidas de ajuste..... | 600 |
| Capítulo 4. Procedimiento de adopción de las distintas medidas | 750 |
| Capítulo 5. Efectos de las medidas y las vías de reacción del trabajador..... | 1000 |
| Capítulo 6. Impugnación de las medidas de ajuste: problemas procesales | 1500 |

Abreviaturas

| | |
|--------------|--|
| AN | Audiencia Nacional |
| art. | artículo |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil |
| CCCC | Comisiones Consultivas de Convenios Colectivos |
| CCNCC | Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos |
| Const | Constitución Española |
| DGE | Dirección General de Empleo |
| Dir | Directiva |
| EDJ | El Derecho Jurisprudencia |
| ET | Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015) |
| ETOP | Causas económicas, técnicas, organizativas y de producción |
| LGSS | Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015) |
| LOLS | Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985) |
| LPFP | Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (L 8/1987) |
| LRJS | Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011) |
| MESS | Ministerio de Empleo y Seguridad Social |
| MSCT | Modificación Sustancial del Contrato de Trabajo |
| RD | Real Decreto |
| RDL | Real Decreto-Ley |
| RDPD | RD 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (modificado en virtud del RDL 11/2013) |
| Rec | Recurso |
| TCo | Tribunal Constitucional |
| TJ | Tribunal de Justicia (UE) |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |

Introducción

Las figuras e instituciones cuyo análisis se propone abordar el presente Claves Prácticas¹ se enmarcan en lo que comúnmente se entiende por «flexibilidad interna» en la empresa. Un término que alude a un fenómeno controvertido, como es el de la flexibilidad², y al que casi cada autor ha proporcionado su propia definición; pero que esencialmente gira en torno a la idea –largamente acariada por algunos– de que el empresario pueda contar, además de con sus poderes y facultades de organización y dirección naturales y ordinarios, con instrumentos y vías adicionales, fácilmente practicables, ágiles y eficientes, para adaptar las condiciones de trabajo en su empresa y acomodarlas a los cambios y a las innovaciones, y a las nuevas circunstancias del mercado o del contexto económico general. La **flexibilidad interna** apunta, pues, a un conjunto de mecanismos capaces de hacer frente y superar las dificultades que todos esos factores y circunstancias pudieran comportar en la esfera de la productividad y la competitividad de cada organización, y de procurar la mejora sustancial de la situación de la empresa en el mercado y garantizar, en definitiva, su viabilidad, su subsistencia y su rentabilidad. En un plano más formal, se trata de categorías jurídicas diseñadas o concebidas para permitir introducir medidas de reestructuración en la empresa, cambios en la organización productiva y en los procesos de trabajo, casi siempre con repercusión negativa para los derechos de los trabajadores, y que exceden del contenido natural –ordinario o extraordinario– del poder directivo y organizativo del empresario³.

Por de pronto, lo que aquí se postula y tratará de ponerse en evidencia es que, por mucho que el elemento instrumental o finalista de todas estas fórmulas haya desaparecido del tenor literal de las normas que respectivamente las regulan –y, consiguientemente, aunque sea en una primera aproximación, del ámbito de conocimiento y valoración judicial de la correcta aplicación de las medidas–, resulta consustancial a todas ellas la posibilidad de conseguir un resultado útil, el logro de un fin valioso para la empresa y, con ello, para el propio funcionamiento del sistema económico, de las relaciones laborales y del mercado de trabajo. Lo cual se traduce de modo necesario en que, en clara conexión con el carácter causal de este tipo de decisiones, o mejor dicho, como parte misma de él, habrá de acreditarse igualmente que la **adopción de la medida** de que se trate se encuentra guiada por un mínimo de racionalidad, que constituye una buena

¹ Una versión de este trabajo algo anterior y bastante más condensada en MARTÍNEZ MORENO, C: «Impugnación de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios», *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 4, abril 2016, p.323-345.

² MERCADER UGUINA, J.R: *Se busca... El mercado de trabajo en España*, Debate, Barcelona, 2014, p.71.

³ Una buena definición, en RIVERO LAMAS, J. y LARGO GIL, R: «Delimitación conceptual de la reestructuración de empresas y su incidencia sobre aspectos laborales y mercantiles», VV.AA. *La reestructuración de empresas. Diversificación de técnicas y su régimen jurídico* (dir. J RIVERO LAMAS, R. LARGO GIL y A. L. DE VAL TENA, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2008, p.17 y s.

opción desde el punto de vista de la adecuada y prudente gestión empresarial y no una arbitrariedad, una veleidad oportunista o un mero capricho.

Otra indicación que conviene hacer ya en esta fase preliminar es que la figura que se tomará como eje de este análisis, como institución tipológicamente preeminente, es la **modificación sustancial de las condiciones de trabajo** (MSCT); alrededor de la cual girará el estudio de las restantes para cuyo examen aquella servirá en todo momento de referente. Y esto será así por dos razones básicas, en primer lugar porque en el cuadro de medidas de ajuste de empleo con que el empresario cuenta, actualmente configurado ya con total claridad de manera gradual o progresiva, la MSCT se sitúa en el primer escalón; es como si dijéramos –o podría ser– el primer paso para adecuar la organización del trabajo en la empresa a la nueva o cambiante situación de la misma; es, pues, la medida en que la exigencia causal o de fondo resulta más laxa, y que desde el punto de vista de la forma de adopción presenta una complejidad mínima⁴. En paralelo, y a pesar de su carácter sustancial, es la alteración de más bajo impacto en la estructura y contenido de la relación jurídico-laboral y en la órbita profesional de los trabajadores. La segunda razón por la que la MSCT será el referente y la guía para verificar el recorrido que ahora se inicia es aún más clara desde el estricto punto de vista normativo, y es que se trata del instrumento o la vía que opera como modelo de regulación para las restantes, en particular por lo que se refiere al procedimiento de adopción, aunque no sólo.

Es de dominio común, por lo demás, que la **reforma laboral** que se inició ya en 2010 y que en el grueso de las modificaciones operadas –al menos en lo que a la ordenación del contrato de trabajo se refiere, y sin perjuicio de algunos flecos y ajustes realizados con posterioridad– culminó en el año 2012 con la promulgación de la L 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-12) tuvo el propósito decidido de fortalecer y también reordenar las diversas fórmulas de flexibilidad interna. Fórmulas que aparecen ahora más claramente concebidas –incluso en relación con los despidos individuales y colectivos– como medidas alternativas o complementarias, y de carácter gradual o escalonado en atención a la distinta intensidad de la incidencia de las circunstancias sobrevenidas de tipo económico, técnico, organizativo o productivo sobre la situación y condiciones de funcionamiento de la empresa, y sobre la funcionalidad de los contratos de trabajo. Para ello se empezó por unificar e intentar clarificar y simplificar la formulación de las causas, con un objetivo asumido abiertamente de acotar, precisar y restringir el alcance del control judicial sobre su concurrencia y legalidad, con el fin –se decía– de lograr una mayor seguridad jurídica⁵. Estos cambios alcanzaron de manera muy significativa a la MSCT, que así y todo sigue suscitando con frecuencia dudas y problemas interpretativos y aplicativos, además de prácticos, requiriendo en consecuencia una intensa y frecuente labor aclaratoria y de precisión que se encargan de llevar a cabo, sobre todo, los órganos de la jurisdicción social. Una labor que, además, tiene el inconveniente añadido de ser de **carácter eminentemente casuístico**, como fácilmente se comprobará en la primera parte de este trabajo, a la vista no sólo de la propia

⁴ Algunos autores no han dudado en calificarla como la «medida estrella» de la reforma [vid. BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., MARCOS GONZÁLEZ, J.I y MOLINA NAVARRETE, C: *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012 ¿Aplicación o recreación?*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013, p.51 y s.

⁵ Una interesante visión sobre este valor, a propósito de las reformas laborales, en MOLINA NAVARRETE, C: *La reforma laboral a juicio de los tribunales*, La Ley, Madrid, 2016, p.23 y s.

actividad jurisdiccional desarrollada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, sino de la apreciación que sobre ese rasgo de este tipo de litigios lleva a cabo de forma explícita esa misma Sala en no pocos de sus pronunciamientos. En buena medida, otro tanto ha ocurrido con el resto de fórmulas –la movilidad funcional y geográfica, la suspensión del contrato y la reducción de la jornada– por esa especie de mimetismo con la MSCT que les sirve en muchos sentidos de referente.

Desde luego, y por muchas razones, la figura más controvertida de la reforma laboral ha sido y sigue siendo el «**descuelgue**», la inaplicación causal y transitoria del convenio colectivo de eficacia general, a la que, pese a los numerosos y autorizados estudios doctrinales que se le han dedicado ya, será inevitable hacer una alusión especial en este Claves Prácticas. En este caso en particular no sólo por la proximidad institucional que presenta con la MSCT, tanto en su alcance material como en su procedimiento de adopción, sino porque resulta imprescindible establecer fronteras nítidas entre las dos instituciones. Los asuntos litigiosos en torno a esta cuestión siguen siendo frecuentes y ofreciendo a día de hoy situaciones de hecho de notable complejidad, de forma paradójica, en combinación con otras fórmulas de flexibilidad diseñadas por la legislación reformadora –la ultraactividad, paradigmáticamente⁶, pero también con los mecanismos de adaptación de origen convencional o con los acuerdos colectivos de eficacia limitada. Hasta el punto de que lejos de despejar dudas y agilizar el panorama de las relaciones laborales algunas de las nuevas reglas han logrado en ocasiones alcanzar en la práctica las más altas cotas de dificultad e incertidumbre, tal y como también se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo.

Por último, junto a los elementos definidores y aspectos sustantivos del régimen jurídico de estas medidas de ajuste, se analizarán y tratarán de ordenar y clarificar las no menos complejas y problemáticas **cuestiones de índole procesal**⁷, que de nuevo afectarán muy en particular a los acuerdos y decisiones de descuelgue, que apenas cuentan, al contrario que el resto de fórmulas de flexibilidad, con previsiones legales expresas sobre las modalidades procesales pertinentes para su impugnación. Ni que decir tiene que esta imprevisión arrastra consigo otros problemas e incógnitas de enorme dimensión, por poner sólo un ejemplo, la duda relativa al plazo de caducidad para el ejercicio de la acción correspondiente. Aunque en menor medida, la necesaria aclaración de todos estos extremos es susceptible de extender a la impugnación de las decisiones de las comisiones consultivas y los laudos arbitrales de «cierre» del procedimiento de inaplicación del convenio. Sobre todas estas cuestiones se tratará de arrojar algo de luz en las páginas que siguen.

⁶ El ejemplo más patente de este tipo de conflicto lo constituye la muy reciente sentencia TS 6-7-16, EDJ 118042, asunto Siscor Norte, S.A.

⁷ Un primer balance en BENITO-BUTRÓN OCHOA, C., MARCOS GONZÁLEZ, J.I. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012*, op.cit., p.77 y s.; más extensamente, antes de la reforma, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, Madrid, 2000; y después, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: *Vías de reacción del trabajador frente al supuesto de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2014.

Capítulo 1. Caracterización general de la MSCT

| | | |
|---|-----|------------|
| 1. Diversas vías de alteración del contrato de trabajo | 105 | 100 |
| 2. Elementos constitutivos de la MSCT | 130 | |
| 3. Alcance material de la modificación | 145 | |
| 4. Presupuesto del carácter sustancial de la modificación | 175 | |
| 5. Casuística sobre lo que es sustancial o no | 190 | |
| 6. Supuestos excluidos del ET art.41 | 230 | |

I. Diversas vías de alteración del contrato de trabajo

(ET art.1.1, 3.1.c, 5.1.c, 20 y 41; CC art.1203 y 1204)

El contrato de trabajo es, como se sabe, un contrato bilateral, oneroso, sinalagmático y de tracto sucesivo. De acuerdo con su propia naturaleza y con las **reglas de la novación objetiva civil**, la transformación del contrato requeriría el consentimiento expresamente manifestado de ambas partes (CC art.1203 y 1204). **105**

Pero también es bien conocido que la base real (la sustancia socio-económica de las relaciones de producción) y la estructura de la relación jurídico-laboral presentan **rasgos de identidad propios**, como:

- a) la misma vocación de duración en el tiempo (por más que hoy aparezca indudablemente desnaturalizada en muchos casos);
- b) la exposición durante ese tiempo a los avatares de los cambios en el contexto productivo, tecnológico y comercial, y en general a las fluctuaciones propias de los ciclos económicos; o
- c) la posición desigual de ambos contratantes, de subordinación para el trabajador y de poder para el empresario.

Esto implica básicamente dos cosas:

- la necesidad de contar con **instrumentos de adaptación y acomodo** a circunstancias normalmente cambiantes, y
- que las **facultades de decisión** de todo orden, desde luego las que recaen sobre la ordenación de las prestaciones de trabajo en la empresa, las disponga el titular de la misma, el empresario (ET art.1.1 y 20).

Pero mientras que la primera de esas vías, la novatoria civil, no es la más habitual en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo asalariado, la segunda, la modificativa, constituye en verdad un elemento consustancial de la relación laboral; un instrumento que adopta la forma de facultad empresarial, en sus múltiples y diversas manifestaciones, y que, de acuerdo también con el carácter normado del contrato, cuenta con un régimen y unas condiciones de ejercicio regladas, que se contienen en el ET (ET art.41 y concordantes; una buena exposición sintética de estas ideas se contiene en la sentencia TS 24-11-15, EDJ 259342, *asunto Cafés Baque*).

Así pues, los principales elementos, términos y condiciones de ejecución del contrato de trabajo pueden ser **objeto de alteración**: **110**

- mediante una novación modificativa, que exigirá la voluntad acorde y expresa de ambas partes (ET art.3.1.c);
- por voluntad unilateral del empresario.

Sin perder de vista las alteraciones que pueden venir de mano de los cambios que decida imponer el legislador, lo que no ha sido infrecuente, mucho menos en los últimos tiempos (lo destaca con cierta causticidad la misma sentencia recién citada, TS 24-11-15, EDJ 259342 *asunto Cafés Baque*).

Pues bien, entre las facultades que son manifestación de ese **poder empresarial** se encuentra la posibilidad de especificar y concretar el contenido de la prestación –necesariamente genérica en sus inicios–, y de alterar los términos y circunstancias de su ejecución a lo largo del tiempo. A su vez, esas alteraciones pueden tener carácter no sustancial (modificaciones menores se las llama en ocasiones), y adoptarse en virtud de las **facultades directivas ordinarias**, del *ius variandi* empresarial (ET art.20)¹ o revestir mayor trascendencia, en cuyo caso nos referiremos a modificaciones sustanciales (ET art.41).

- 115 Asunto Correos y Telégrafos** Esta última diferencia, que es la que ahora centra nuestro interés (anterior nº 110), es puesta de relieve, entre otras muchas, en sentencia TS 22-6-16, EDJ 105786, *asunto Correos y Telégrafos*, que alude a la capacidad empresarial de **variación discrecional de las condiciones de trabajo**, cuando la alteración no merezca la consideración de sustancial; con referencia al TS 10-11-15, EDJ 244248, *asunto Siemens*, a la que luego se dedicará algo más de atención.

Sin perjuicio de lo que se explica con mayor precisión en el nº 175 s. sobre la sustancialidad de la MSCT del ET art.41, en el **asunto de Correos** que se acaba de mencionar la Sala llega a la conclusión de que la decisión adoptada por la empresa de suprimir ciertas unidades de reparto no merece la consideración de modificación sustancial. Se apoya la Sala en que el cambio operado ni siquiera ha derivado en una mayor carga de trabajo para el colectivo afectado, puesto que esa reorganización fue consecuencia de la **disminución del tráfico postal**, así que, en realidad, lo que ha pasado es que se ha reequilibrado la oferta y la demanda de trabajo. Se trata, pues, de una decisión como tantas de las que integran la gestión ordinaria de la empresa, sujeta únicamente a las reglas del correcto, racional y prudente gobierno de una organización productiva.

- 120 Asunto El Corte Inglés** Otro ejemplo significativo de este tipo de cambios no sustanciales se contiene en la sentencia TS 25-11-15, EDJ 242646, *descuento en compras en asunto El Corte inglés*. La empresa contaba con un sistema de descuentos en compras para empleados, y tras numerosos ajustes y adaptaciones acordados con la innovación en los productos, procedió a modificar los descuentos aplicados a consolas de juego de las nuevas versiones *Play Station 4* y *XBOX One*, que rebajó del 15 al 5%. La Sala corrobora que no puede considerarse que se haya operado una modificación sustancial:

1. En primer lugar (aunque los argumentos no aparezcan en este orden expuestos en la fundamentación de la sentencia), porque el cambio no afecta ni al objeto, ni a las **condiciones básicas** del contrato, ni tampoco a **aspectos fundamentales** de la relación laboral.

2. En segundo término, porque es de muy **escasa trascendencia**, teniendo en cuenta la multitud de artículos que pueden adquirirse en la empresa demandada con ventaja, y que la minoración del descuento afecta a dos de ellos que tampoco son de consumo habitual.

¹ Puede verse, entre otros, MORENO DEL TORO, C. y RODRÍGUEZ CRESPO, M^a J., «Ejercicio y límites del *ius variandi* del empresario», *Temas Laborales* nº 98, 2009, p. 201 s.

3. Y, en fin, porque ello no comporta un **sacrificio excesivo** para el empleado.

Conviene retener ya desde este momento la relevancia que a efectos de la calificación de la decisión del empresario como MSCT tiene este último elemento o dato, que a su vez es susceptible de desdoblarse en dos aspectos o ideas:

- el hecho de que el cambio supondrá por lo general una pérdida de derechos para el trabajador, un gravamen; y
- el de la intensidad o alcance de ese menoscabo en la esfera jurídica de la persona que lo padece.

Pero lo más relevante ahora de esta sentencia –a la que volveremos a hacer alusión en varias ocasiones a lo largo de este estudio– es que la Sala considere que, aun perteneciendo la decisión adoptada al poder ordinario de dirección empresarial, **no cabe realizarla de forma arbitraria, incondicionada o caprichosa**; por el contrario, incluso en ese caso la alteración de los términos del contrato o de las condiciones de trabajo habrá de estar apoyada en alguna causa, en algún fundamento razonable desde el punto de vista organizativo y de la gestión y ordenación del factor trabajo en la empresa. Como se ve, la racionalidad o la posible exigencia de seguir un patrón de prudente y correcta dirección y gobierno resultan consustanciales a cualquier obrar humano, desde luego al de un empresario.

Asunto Repsol Butano S.A. Por fin, en esta primera avanzadilla de casos significativos, merece una mención la sentencia TS 19-7-16, EDJ 145515, *asunto Repsol Butano, S.A.*, que analiza y califica la imposición por la empresa de un **nuevo sistema de gestión de tiempos** mediante una aplicación informática en la que se registran, entre otras incidencias, el disfrute de permisos, la asistencia a consulta médica, las situaciones de incapacidad temporal, las vacaciones, los cambios de turno, el uso de horas sindicales o las horas extraordinarias. El programa es de fácil manejo, se ha instruido sobre la forma de uso y sustituye al procedimiento anterior para el registro de esas mismas incidencias.

La Sala, confirmando la decisión adoptada en la instancia, considera que no estamos ante un cambio sustancial, sino que se trata de una facultad comprendida en el **ius variandi empresarial** sin más limitaciones que las que genéricamente resultan de la proscripción del abuso de derecho. No siendo necesario, por tanto, la audiencia al Comité de Empresa ni la intervención de los órganos de participación específicos en materia de prevención de riesgos.

2. Elementos constitutivos de la MSCT

(ET art.41)

- I30** Al margen del presupuesto más importante de la MSCT, que es el de la «sustancialidad» (requisito que por su trascendencia es objeto de análisis autónomo en el n.º 175 s.), conviene tener en cuenta algunos otros rasgos que contribuyen igualmente a caracterizar la MSCT frente a otras instituciones o supuestos modificativos o novatorios que podrían ser similares o estar próximos a ella².
A saber:
1. La MSCT a que se refiere el ET art.41 no es más que una **alteración sobrevenida** de alguno de los elementos básicos o de las principales condiciones de ejecución del contrato inicialmente estipulados o que rigen en la relación laboral desde su comienzo.
 2. Se trata de una verdadera excepción al principio *pacta sunt servanda*, y con ello, de una manifestación específica de la cláusula *rebus sic stantibus*. Al ser esta última de aplicación sumamente excepcional en el ámbito laboral, se trataría de introducir un **mecanismo específico de adaptación** de las condiciones y términos contractuales a los cambios sobrevenidos en el contexto y condiciones de la empresa (recuerda la doctrina relativa a la difícil aplicación de la cláusula *rebus* la reciente TS 1-6-16, EDJ 105781, con referencia, entre otras, a las sentencias TS 18-3-14, EDJ 57420 y 12-3-13, EDJ 55474; también sobre la conexión entre MSCT y cláusula *rebus*, TS 20-1-14, EDJ 16474, *asunto Sanitas –copago póliza sanitaria–*).
 3. Es un cambio que puede decidir el empresario de manera unilateral (la modificación la puede adoptar la «dirección de la empresa», según reza el ET art.41); es una facultad, por tanto, que se encuentra dentro del alcance del **poder organizativo y directivo del empresario**.
- I35** 4. Constituye una medida de flexibilidad interna, o lo que es lo mismo, una técnica para la adaptación de las condiciones de la empresa a los cambios a que se puede ver sometida en sus aspectos económico, técnico, organizativo o productivo.
5. Pese a todo lo dicho, la posibilidad de decidir introducir en las relaciones de trabajo asalariado modificaciones sustanciales no es omnímoda y se encuentra sometida a unas **exigencias de causa y de procedimiento** (ET art.41) [por todas, véase el TS 22-6-16, EDJ 105786, *asunto Correos y Telégrafos*].
 6. En atención al **carácter gradual** de las diversas medidas de flexibilidad que el ordenamiento pone a disposición del empresario, la MSCT se caracteriza por

² Entre otros estudios, pueden verse: SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999; y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La novación del contrato de trabajo: modificación sustancial de condiciones laborales», en VV. AA., (dir. y coord. SEMPÉRÉ NAVARRO, A. V.), *Régimen general del contrato de trabajo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1315 s.; ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D., *Modificación sustancial de condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, Comares, Granada, 2000; MORALES ORTEGA, J.M., «Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales tras la reforma de 2012: ¿una mal entendida flexiseguridad?», *Temas Laborales* n.º 119, 2013; SANGUINETI RAYMOND, W., «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes», *RDS* n.º 57, 2012; TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario. Comentarios a la Ley 3/2012, de 7 de julio*, El Derecho, Madrid, 2012; y TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral* n.º 21, Diciembre 2012.

el grado de intensidad con que la causa repercute sobre la situación de la empresa, en función del impacto o de la magnitud de los efectos que la circunstancia sobrevenida o el cambio en el contexto económico, técnico, organizativo o productivo tiene sobre la organización. Esto habrá de tenerse en cuenta en el momento de **valorar la justificación de la medida**, como luego se dirá; y aunque es cierto que la MSCT se encuentra en la base de esa batería de fórmulas de adaptación y ajuste de que dispone el empresario para acomodar su empresa a la nueva situación y a los cambios sobrevenidos en el medio en que se desenvuelve su actividad, y que eso implica que la exigencia causal es la más laxa de todas ellas, lo anterior no quiere decir que valga cualquier decisión que se pretenda adoptar.

7. Sea como fuere, y conectado con lo anterior, la MSCT ha de tener un carácter finalista, una capacidad de incidir positivamente en la situación de la empresa. Concebida la MSCT como una fórmula más de adaptabilidad y acomodo de las condiciones y circunstancias en que se desarrolla la **actividad empresarial**, es consustancial a ella ese **carácter útil**; en definitiva, que la posibilidad de recurrir a su adopción se conciba y se enjuicie en su condición de mecanismo de mejora en alguna medida de la forma en que la empresa organiza sus recursos y factores productivos y desarrolla sus estrategias para el logro de sus objetivos de competitividad y eficiencia. **140**

PRECISIONES Este elemento o rasgo consustancial a la MSCT y demás decisiones similares o que con ella comparten sentido se aprecia muy claramente en algún razonamiento de la Sala de lo Social del TS. Por ejemplo, en la sentencia TS 16-11-15, EDJ 269994, *asunto Air Nostrum 3*, cuando, a propósito de la unidad del procedimiento de impugnación de diversas decisiones empresariales (nº 1655 s.), se afirma que la separación de los procesos de impugnación y la consiguiente disgregación de su enjuiciamiento podría provocar **resultados judicial y/o extra-judicialmente contradictorios**, con la derivada desigualdad entre los diversos colectivos afectados, y la discordancia en la «pretendida finalidad empresarial» de una medida (un conjunto de ellas en realidad) que se adoptó globalmente.

3. Alcance material de la modificación

(ET art.39, 41.1.2º, 41.2 y 82.3)

La MSCT se define y, sobre todo, se distingue de **otras** instituciones o **medidas de ajuste** como: **145**

- los traslados y desplazamientos,
- la movilidad funcional,
- la inaplicación del convenio colectivo, o
- el mismo *ius variandi* empresarial, en atención a **dos elementos básicos**:
 - su alcance material, las condiciones a las que puede afectar, y
 - la intensidad de su repercusión en la conformación y contenido del contrato de trabajo.

Respecto del primero de esos elementos, el alcance material de la MSCT –pues del segundo se ocupa el siguiente apartado 4 (nº 175 s.)–, dice el ET art.41.1.2º que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales, entre otras, las que afecten a las **siguientes materias**:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.

- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art.39.

150 Elenco abierto de materias La primera aclaración que se suele hacer sobre esta enumeración es que no constituye una lista cerrada o taxativa, sino abierta y ejemplificativa. Lo vuelven a poner de manifiesto, por ejemplo, TS 25-11-15, EDJ 242646, *asunto descuento en compras en El Corte Inglés*, y 22-6-16, EDJ 105786, *asunto Correos y Telégrafos*. Esta última nos explica en términos muy claros que:

«...no toda modificación que puede ser sustancial aparece en ese listado; (y que) no todas las modificaciones de esas condiciones serán siempre sustanciales».

Esta primera conclusión es la consecuencia clara de la expresión «entre otras» que emplea el ET art.41.1.2º. De modo que es posible que la MSCT **alcance a otras condiciones distintas** de las expresamente incluidas en el elenco. Así y todo, es cierto que estamos ante una enumeración que comprende la mayor parte de las principales condiciones de trabajo, el núcleo duro del contrato como si dijéramos, los elementos que permiten la delimitación cuantitativa y cualitativa de la prestación de trabajo (funciones y ordenación del tiempo) y de la prestación salarial. Por otra parte, por si eso fuera poco, las referencias empleadas para delimitar o identificar cada una de esas condiciones son tan genéricas que resulta incluso difícil pensar en otros aspectos de la relación laboral no explicitados que pudieran resultar susceptibles de alteración.

155 Pese a ello, la **práctica judicial** ha podido ofrecer algún ejemplo de aspectos, elementos o condiciones no expresamente incluidos en esa relación que cabría alterar con apoyo en la facultad conferida a la dirección de la empresa por el ET art.41 y siguiendo el procedimiento en él previsto. Es el caso de las **mejoras voluntarias**, a las que alude el TS 15-7-15, EDJ 269995, *asunto Unipost*.

Aunque el caso más significativo a estos efectos quizá sea uno de los que afectó a las **medidas de ajuste** sucesivamente adoptadas por la entidad *Liberbank*, y que vienen dando lugar a una serie de litigios y a diversos pronunciamientos tanto de la AN como del TS. En una de las sentencias recaídas en la instancia, la sentencia AN 26-5-14, EDJ 76057, la Sala diferenció entre las mejoras –susceptibles, efectivamente, de una MSCT– y las aportaciones a los planes de pensiones, que no consideró posible dejar en suspenso, rechazando la validez del acuerdo alcanzado en período de consultas con la representación de los trabajadores en tal sentido. En la vía casacional, el TS 18-11-15, EDJ 253747, *caso Liberbank 2*, estimó en este punto el recurso interpuesto por las entidades *Liberbank* y *Caja de Castilla-La Mancha*, avalando la validez del referido acuerdo y la posible modificación por la vía del ET art.41 de las obligaciones empresariales consistentes en hacer aportaciones al Plan de Pensiones de empleo existente en la empresa (en ese caso, un plan en cada una de las cuatro Cajas que integran *Liberbank*). La Sala hizo las **siguientes consideraciones** en apoyo de su decisión:

1. De mano se insiste en el carácter abierto del listado del ET art.41; listado del que el legislador no ha excluido de manera expresa las obligaciones empresariales consistentes en realizar aportaciones periódicas a planes de pensiones. Dicho sea de paso, el precepto no verifica exclusión ni expresa ni implícita de materia o condición alguna susceptible de alterar de manera sobrevenida. Es más, la propia

Sala ya había aceptado la posible modificación de la obligación empresarial de realizar aportaciones a un plan de pensiones en TS 23-10-15, EDJ 230711.

2. Las **aportaciones a los planes de pensiones** forman parte incuestionable de la «masa salarial», en tanto que su finalidad es percibir rentas para atender las contingencias previstas en el art.1 de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (RDLeg 1/2002, en adelante LPFP), y constituyen gastos de acción social (en el mismo sentido, TS 9-10-15, EDJ 199578, en relación con la suspensión de aportaciones en el *Ente Público Puertos del Estado y Autoridades Portuarias*).

3. La contemplación del deber de aportar cantidades a los planes de pensiones como obligación derivada del contrato de trabajo es inequívoca para las normas presupuestarias, que consideran a todos los efectos retribución diferida las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro.

4. La **protección de los derechos** en curso de adquisición a que se refiere la Dir 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22-10-2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, atañe a las aportaciones ya realizadas o que debían haberse realizado por la empresa en el momento que se declara su insolvencia. Nada que ver, por tanto, con la MSCT pactada en Liberbank, que alcanza a aportaciones futuras.

5. A mayor abundamiento, o aclarando lo anterior, una cosa son las **aportaciones** ya realizadas (que no pueden dejarse sin efecto) y otra bien distinta las **futuras** (respecto de las que resulta imposible hablar de revocación).

6. La propia LPFP contempla en su art.6.3 el **acuerdo colectivo** entre la empresa y la representación de los trabajadores como cauce lógico para alterar las especificaciones de un Plan.

7. Que determinados **Planes de Pensiones** (en el caso, Cajastur y Caja Cantabria) silencien la posibilidad de alterarlos mediante acuerdo colectivo en modo alguno impide que, al amparo de las reglas generales sobre modificación de condiciones laborales, de inaplicación o renegociación de convenios colectivos, las obligaciones empresariales afectadas puedan verse alteradas (ET art.41.1 y 82.3).

8. Que en otro de los planes (el del Banco Castilla-La Mancha) se necesite el refrendo de la **Comisión de Control**, al admitirse expresamente que la negociación colectiva puede alterar las especificaciones del Plan, debe conducir a aceptar la validez de la MSCT pactada. Y más aún, el acuerdo en que desemboca una MSCT, por mandato legal solo puede generarse en la comisión negociadora disciplinada por el ET art.41.4, órgano diverso a la Comisión de Control del Plan de Pensiones de empleo para el colectivo afectado. En consecuencia, el examen de la validez del acuerdo suspendiendo las aportaciones al plan ha de realizarse en atención a su propia gestación y alcance (se entiende que como verdadera MSCT, esto es, a la luz de lo dispuesto en el ET art.41).

Intensidad de la alteración Esta segunda precisión es necesaria porque, en contra de lo que pudiera parecer a la vista del tenor literal de la norma, el hecho de que una de esas condiciones sufra o haya de sufrir alguna **alteración sobrevenida** no implica de forma automática que haya de acudir a la vía del ET art.41 para verificarla. Recuérdese los términos del TS 22-6-16, EDJ 105786, *asunto Correos y Telégrafos*: «no toda modificación que puede ser sustancial aparece en ese listado; (y) no todas las modificaciones de esas condiciones serán siempre sustanciales».