



FACULTAD DE DERECHO

**MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN
INTERNA INTRODUCIDAS POR LA
REFORMA LABORAL DE 2012.**

**Modificación de la cuantía salarial y distribución
irregular de la jornada laboral.**

Autor: Jorge Alfredo Rodríguez Gómez

Curso: 5º E-3 C

Área de conocimiento: Derecho Laboral

Madrid

Abril 2014

Jorge Alfredo
Rodríguez
Gómez



**MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN INTERNA INTRODUCIDAS POR LA REFORMA
LABORAL DE 2012.**

Modificación de la cuantía salarial y distribución irregular de la jornada laboral.

ÍNDICE

1.	LISTA DE ABREVIATURAS.....	4
2.	INTRODUCCIÓN.....	5
3.	BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LAS REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA	6
4.	LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2012.....	10
5.	LA REGULACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	13
6.	ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL.....	21
6.1.	MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL DE CARÁCTER INDIVIDUAL 21	
6.2.	MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL DE CARÁCTER COLECTIVO SEGÚN EL ART. 41 ET	26
7.	DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA LABORAL.....	30
8.	ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL.....	35
8.1.	NECESIDAD DE NEGOCIACIÓN PREVIA	35
8.2.	PREAVISO MÍNIMO.....	37
8.3.	PROHIBICIÓN EXPRESA EN CONVENIO COLECTIVO DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA DE CIERTA CLASE DE TRABAJADORES.....	40
9.	CONCLUSIONES	43
10.	BIBLIOGRAFÍA.....	48
10.1.	ARTÍCULOS	48
10.2.	LIBROS.....	49
10.3.	LEGISLACIÓN CONSULTADA.....	49
10.4.	JURISPRUDENCIA	49

1. LISTA DE ABREVIATURAS

Art. : Artículo

BOA: Boletín Oficial de Aragón

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

EPA: Encuesta de Población Activa

ET: Estatuto de los Trabajadores

LJS: Ley de la Jurisdicción Social

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

PYME: Pequeña y Mediana Empresa

RD: Real Decreto

RLT: Representación legal de los trabajadores

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

RESUMEN

Con motivo de la crisis económica y financiera global que se inició en 2007 y que en 2008 llegó a España, se emprendieron una serie de reformas legislativas entre las que destaca, por su relevancia y repercusión social, la emprendida en 2012 en relación con el mercado laboral. El Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral introdujo una serie de reformas en el seno del Estatuto de los trabajadores, que posteriormente fueron recogidas en la Ley 3/2012. En esta reforma destacan, de entre su articulado, las medidas de flexibilización interna que introdujo el legislador, con el objeto de proveer al empresario de una serie de mecanismos con los que poder organizar sus recursos de la manera más eficiente posible, garantizando así la viabilidad futura de la empresa. En este trabajo se tratan las concretas medidas relativas a la modificación de la cuantía salarial por medio del art. 41 ET, así como la distribución irregular de la jornada laboral, recogida en el art. 34.2 ET, amén del análisis jurisprudencial de las sentencias más relevantes al respecto.

ABSTRACT

The economic and financial crisis that arrived at Spain in 2008 motivated some legal changes, between which the labour one can be highlighted. The Real Decreto-Ley 3/2012 introduced a series of changes in the Estatuto de los Trabajadores, which were later on gathered in the Ley 3/2012. The labour reform created a series of internal flexibility mechanisms, with the intention of giving the enterprises more freedom in the organization of their resources, in order to guarantee the future viability of the Spanish enterprises. This document analyses the concrete mechanisms of “modificación de la cuantía salarial” and “distribución irregular de la jornada laboral”, together with the most relevant judicial decisions in these matters.

PALABRAS CLAVE

Real Decreto-Ley 3/2012, reforma, laboral, trabajo, trabajadores, modificación, sustancial, distribución, irregular, jornada, salario, tiempo de trabajo, Ley 3/2012, mercado laboral, crisis, jurisprudencia, tribunal.

KEYWORDS

Real Decreto-Ley 3/2012, reform, labour, work, workers, market, changes, substantial, distribution, irregular, working day, income, working time, Ley 3/2012, labour market, crisis, jurisprudence, jury

2. INTRODUCCIÓN

El 10 de febrero de 2012 fue aprobada la última de las reformas de gran calado que afectó a la regulación del mercado laboral, a través del Real Decreto-Ley 3/2012. Más tarde plasmada en la Ley 3/2012, esta reforma introdujo una serie de medidas para flexibilizar el ámbito de actuación de los empresarios en la actual crisis.

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo fundamental analizar dos de las medidas más relevantes de flexibilización interna introducidas por la reforma laboral de 2012, la modificación de la cuantía salarial y la distribución irregular de la jornada laboral. Este trabajo tratará de profundizar en el estudio teórico de los dos preceptos reformados, el art. 34.2 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, y de analizar las primeras sentencias de los tribunales españoles en los conflictos planteados sobre su aplicación. Este análisis jurisprudencial permitirá obtener las primeras respuestas a las dudas generadas en cuanto a la aplicación práctica de los citados preceptos, así como una visión general de la manera en que se están aplicando las reformas más importantes del Estatuto de los Trabajadores introducidas en 2012.

Para alcanzar las pretendidas conclusiones al respecto, se ha comenzado con una extensa búsqueda de información acerca de las principales reformas introducidas en 2012, primeramente por medio del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero y posteriormente en la Ley 3/2012 de 6 de julio. En segundo lugar, se ha procedido a la búsqueda de jurisprudencia en estas materias para, finalmente, poder extraer las ideas principales expresadas por los tribunales españoles y recogerlas a modo de conclusión acerca de la aplicación práctica de las medidas de flexibilización interna estudiadas.

Las fuentes consultadas para llevar a cabo este estudio han sido, en su mayoría, artículos doctrinales elaborados por profesionales del derecho laboral extraídos de Aranzadi Westlaw y de Tirant. Además, dado que se trata de un trabajo orientado al estudio de la jurisprudencia hasta la fecha, se han consultado las sentencias más significativas dictadas desde la puesta en marcha de la reforma.

3. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LAS REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA

La legislación laboral en España ha estado sujeta a continuos cambios desde la década de los 80, a consecuencia de los vaivenes a los que se ha visto sometida la economía española desde entonces. La situación laboral de un país es fiel reflejo de la economía de éste, por lo que el legislador históricamente ha tratado de adaptar la legislación en materia laboral a las necesidades del país en cada momento concreto. Por todo ello, se hace imprescindible a la hora de entender cualquier reforma emprendida en materia laboral, hacer referencia al contexto histórico en el que se enmarca dicha reforma y así poder entender los motivos que la impulsaron (*“Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo”*, 2012)

Cobran especial importancia durante las últimas décadas las reformas de 1984, 1992, 1997, 1998, 2001, 2006 y 2009 (Rojo, 2012). Aunque todas estas reformas tengan distintos contenidos, hay algo que está presente en todas ellas, y es la intención de alcanzar unos objetivos últimos, como son la creación de empleo y la reducción del paro.

En la década de los 80, las reformas laborales se caracterizan por el mayor protagonismo que conceden a la contratación temporal y a la contratación a tiempo parcial. De esta manera, tras una primera reforma del Estatuto de los Trabajadores instrumentada en la Ley 4/1983, de 29 de junio, la jornada laboral máxima queda reducida a 40 horas semanales y se amplía el periodo vacacional anual a los 30 días naturales. Es en este contexto, cuando se aprueba la ley 32/1984 de 2 de agosto con el objetivo de conseguir un mayor ajuste de la demanda a la oferta en el mercado laboral, a la vez que se persigue facilitar la inserción laboral de la población joven y la reinserción de los trabajadores que hubiesen perdido su empleo (*“Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo”*, 2012)

Cuando el paro comienza a subir en 1992, alcanzando cifras cercanas a los 3 millones de personas, representando una tasa del 17,7%, se hace necesaria una nueva reforma para paliar los efectos del aumento del gasto público derivado de las prestaciones por

desempleo. Tanto es así que se aprueba la Ley 22/1992, de 30 de julio, que, si bien no modifica el Estatuto de los Trabajadores, incluye medidas para combatir el fraude en el uso de incentivos para la creación de empleo y para evitar las distorsiones en el uso de contratos formativos, así como una rebaja en las prestaciones por desempleo y en la duración mínima del contrato temporal de fomento de empleo, que pasa a ser de doce meses.

En abril de 1997, se firma entre Gobierno, Patronal y Sindicatos el Acuerdo Interconferencial sobre la estabilidad en el empleo, acuerdo que queda desarrollado por el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Esta reforma persigue los objetivos de favorecer la inserción laboral y la formación teórico-práctica de los jóvenes, aclarar los supuestos de utilización de la contratación laboral y perfeccionar la regulación específica de la contratación a tiempo parcial. (*“Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo”*, 2012)

Entre 2001 y 2004, siguieron produciéndose los cambios en materia laboral, continuando con la línea ya iniciada por las reformas anteriores, destacando la incentivación del empleo por medio de bonificaciones en la seguridad social al haber agotado ya los recursos en materia de contratación temporal.

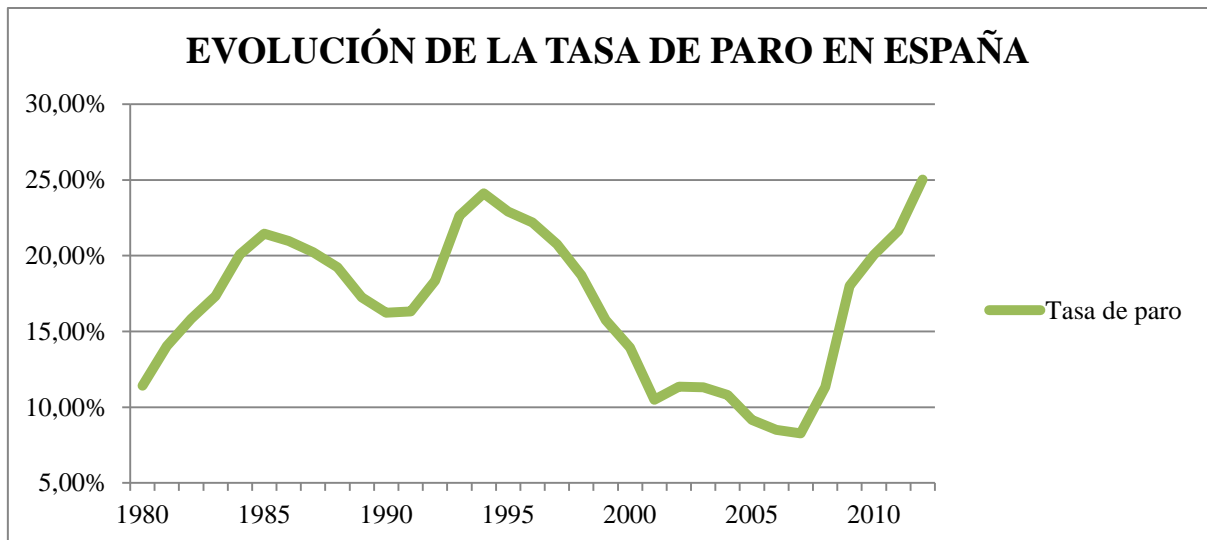
En esta época, el paro se situaba en torno a los 2 millones de personas, representando una tasa del 10,4%, se incrementó el número de inmigrantes en España y se abarataron los despidos a la par que se endurecieron los requisitos y condiciones para acceder a las prestaciones por desempleo. Tanto es así que, primero a través del Real Decreto-ley 5/2001 y posteriormente por medio de la Ley 12/2001, se introdujeron reformas en la forma, duración y modalidades del contrato de trabajo (*“Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo”*, 2012)

Años más tarde, la situación del mercado laboral había cambiado completamente y la tasa de paro se situaba durante el primer trimestre de 2006 en el 9,1%, por debajo del 10% por primera vez desde 1979. Sin embargo, la tasa de ocupación de mujeres y

jóvenes todavía distaba de la media en Europa, lo que impulsó una serie de reformas para corregir esta situación.

El Real Decreto-ley 5/2006 introduce un nuevo Programa de Fomento del Empleo, con el objetivo de fomentar la contratación indefinida por parte de las empresas y se favorece la conversión de empleos temporales en fijos mediante un Plan extraordinario de carácter excepcional y vigencia limitada. Por su parte, el 29 de diciembre se aprueba la Ley 43/2006, cuya nota característica es su intención de aumentar la baja tasa de ocupación y actividad de las mujeres en España, reducir la tasa de paro hasta situarnos en la media europea (siendo visiblemente alta en relación con los jóvenes, las mujeres y los discapacitados) y reducir la elevada tasa de temporalidad en la contratación, la más alta de los países de la Unión Europea. En 2007 se aprueba la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, cuyo principal objetivo es lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. (*“Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo”*, 2012)

Tras la crisis de 2008, el Gobierno continuó la línea reformista ya iniciada en con el objetivo de flexibilizar las relaciones laborales y las prestaciones vinculadas a la protección social. De esta manera surgió el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, que vino a ser confirmada por la posterior Ley 35/2010, de 17 de diciembre, la cual establece un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado y perfecciona la regla establecida en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el INE

Tal y como se puede observar en el gráfico anterior, la tasa de paro en España no fue frenada por la reforma del mercado laboral de 2010, sino que ésta continuó su vertiginoso ascenso hasta llegar al 25% en 2012, lo que no hacía sino adelantar la necesidad de una profunda reforma laboral que levantaría opiniones de diversa índole.

4. LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2012

A grandes rasgos, es importante hacer una primera aproximación a los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2012 con el objetivo de comprender el marco general en el que se han incluido las reformas que serán objeto de análisis en el presente artículo.

En primer lugar, el contexto en el que se enmarca la citada reforma es de precariedad económica generalizada. La crisis económica que llegó a España en 2008 introdujo un cambio sustancial en las reglas del juego que derivó en un aumento progresivo del paro, una bajada constante del producto interior bruto y en un clima de desasosiego moral que se extendió rápidamente entre la sociedad española. Por todo ello, se hacía necesario emprender una reforma de la legislación con el objeto de adaptarla a la situación que se estaba viviendo en el mercado laboral.

En este panorama económico y social, se aprueba el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Tal y como explican las Disposiciones Generales de la citada norma, la crisis económica que asolaba España desde 2008 demostró las debilidades del mercado laboral español, sacando a relucir cifras que invitaban a pensar lo peor. Así, la encuesta de población activa (EPA) de 2012, situaba la cifra de parados en 5.273.600 personas, con un incremento de 295.300 en el cuarto trimestre de 2011 y de 577.000 personas respecto al cuarto trimestre del año precedente. Por su parte, la tasa de paro subía en 1,33 puntos respecto al tercer trimestre de 2011, situándose en el 22,85%.

Tal y como continúa explicando el apartado de Disposiciones Generales del Real Decreto-ley, el colectivo de jóvenes fue el más duramente afectado, alcanzando la tasa de paro de menores de 25 años el 50%. Así mismo, recoge el hecho de que ante la situación de incertidumbre y de falta de seguridad en el mercado laboral español, la población joven y bien formada estaba optando por abandonar el mercado laboral español en busca de oportunidades en el resto de países europeos.

En este contexto, el empleo de larga duración también se situaba en cifras más altas a las del resto de países de nuestro entorno, lo que incidió directamente, no solo en el conjunto de la población, sino en la productividad agregada de la economía española. Según datos de la OCDE, el empleo de larga duración en España en 2010 era de 14,8 meses, frente a una media de 9,7 para los países del G7 (Alemania, Canadá, EEUU, Francia, Italia, Japón y Reino Unido).

La ley se apoya en estos datos para afirmar “los problemas del mercado de trabajo, lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo socio-laboral y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos”.

De esta manera, por medio de datos socioeconómicos, la ley pone de manifiesto la necesidad de emprender esta reforma del mercado laboral español que ayude a aumentar el empleo en nuestro país. La regulación urgente por medio de Real Decreto-ley queda justificada aludiendo al artículo 86¹ de la Constitución Española, por la situación del mercado laboral.

Ya por último, la ley concluye el apartado primero de sus Disposiciones Generales, contando como esta reforma tendrá resultados positivos y como beneficiará no solo a los trabajadores, proporcionándoles seguridad y “altos niveles de protección social”, sino también para los empresarios, los cuales disfrutarán de una mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos de la empresa.

Según fuentes bibliográficas, “[n]os enfrentamos, en este terreno, a un escenario cambiado, en el que existen nuevas posibilidades que abren un campo de actuación mucho más amplio a las medidas de adaptación empresarial ante las modificaciones del

¹ Art. 82 CE: “1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior”.

entorno económico y de la situación competitiva y que pueden, por tanto, contribuir a la preservación del empleo” (Durán, 2012). En su artículo, Federico Durán López, pone de manifiesto como esta reforma no ha significado un cambio radical respecto de la situación anterior, sino que sigue siendo el mismo en esencia, aunque adaptado a las necesidades socio-económicas del momento.

En cuanto a elementos de continuidad en la citada reforma, podemos identificar las modalidades de contratación tradicionales, así como el papel de las empresas temporales, que sigue sin variar, suministrando, temporalmente, mano de obra. “[l]os cambios, acertados, en la regulación del trabajo a tiempo parcial y a distancia, así como en el remozado contrato para la formación y el aprendizaje, permitirán sin duda un uso de estos contratos favorecedor de la contratación y del empleo, pero no nos sitúan en un escenario enteramente distinto” (Durán, 2012)

Por otro lado, de entre los cambios más relevantes que se introdujeron podríamos resaltar la nueva regulación del despido, pasando a tener derecho a 33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades, así como la supresión de los salarios de tramitación.

Se flexibiliza la regulación de las causas de extinción de la relación laboral por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Y, en lo que a flexibilidad interna se refiere, se admite la modificación de la cuantía salarial y se profundiza en la regulación de la facultad empresarial de distribuir de manera irregular la jornada laboral.

Por lo tanto, podríamos concluir este breve análisis de la reforma laboral de 2012 diciendo que los aspectos más importantes y novedosos que introduce en su texto son aquellos que se refieren a la clasificación profesional, a la movilidad funcional, a la negociación colectiva, a la flexibilidad interna manifestada en la posibilidad de no aplicar el convenio colectivo y al repliegue de la intervención administrativa en ciertas materias.

5. LA REGULACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Una de los aspectos más relevantes que introdujo la reforma laboral de 2012 fue la nueva redacción del art. 41.1 ET. En virtud de este artículo, se le permite a la empresa, a consecuencia de la situación de precariedad económica que atraviesa el país a modificar, a demás del sistema retributivo de los trabajadores de la empresa, la cuantía salarial, siempre y cuando se respeten los requisitos que establece la ley.

Si comienza a leerse el art. 41 ET en su nueva redacción, puede comprobarse como el legislador ha introducido una frase adicional a la redacción inicial del artículo. Una vez establecido bajo qué condiciones se le permite a la empresa modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, a saber, “*cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*”, el legislador flexibiliza los supuestos en los que pueden concurrir estas causas, como pueden ser las “*relacionadas con la competitividad, la productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*”. Con la introducción de esa frase, el legislador flexibiliza el entendimiento de las causas que pueden dar lugar a las modificaciones que se especifican a continuación del párrafo primero. Según algunas opiniones, “la técnica utilizada no es la más apropiada para ampliar y facilitar las facultades empresariales, y en su misma generalidad plantea dificultades a la hora de determinar cuando la decisión de la empresa está justificada, al tiempo que introduce inseguridad jurídica desde la perspectiva de la predecibilidad (sic) de la respuesta judicial. Al fin y a cabo se están utilizando conceptos jurídicos indeterminados, a fijar judicialmente «*ad casum*»” (González, 2013)

El apartado concreto al que se remitirá el análisis de este apartado, por ser aquél que ha sido ampliado, será el d), en virtud del cual la empresa podrá modificar sin necesidad de acuerdo con los trabajadores, a demás del sistema de remuneración previsto, la cuantía salarial. En los cuadros adjuntos puede verse la comparativa entre la redacción de este artículo antes y después de la reforma de 2012:

Antes de la reforma	Después de la reforma
<p>Art 41 ET Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo</p> <p><i>1. La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.</i></p> <p><i>Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>a) Jornada de trabajo.</i> <i>b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.</i> <i>c) Régimen de trabajo a turnos.</i> <i>d) Sistema de remuneración.</i> <i>e) Sistema de trabajo y rendimiento.</i> <i>f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.</i> <p><i>Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.</i></p>	<p>Art. 41 ET (tras la reforma) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.</p> <p><i>1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.</i></p> <p><i>Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>a) Jornada de trabajo.</i> <i>b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.</i> <i>c) Régimen de trabajo a turnos.</i> <i>d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.</i> <i>e) Sistema de trabajo y rendimiento.</i> <i>f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.</i>

Del análisis comparativo de este primer apartado del art. 41 ET en su redacción actual y en su versión anterior, se puede apreciar la flexibilización de las causas que permiten a la empresa modificar sustancialmente las condiciones de trabajo pactadas, así como la introducción, en el apartado e) del mismo de una nueva materia sujeta a esta posible modificación, como es la cuantía salarial. Como es de esperar, la nueva redacción del artículo suscitó no pocas reacciones adversas, sobre todo por parte de los trabajadores.

De esta manera, por medio de la nueva regulación, se les permite a las empresas una mayor flexibilidad en la organización de sus recursos y en su proceso de adaptación a la situación de recesión económica que aún hoy perdura. Esto significa, en definitiva, que se les concede a las empresas la facultad de reducir la cuantía salarial de sus trabajadores, no solo el sistema de remuneración, mediante acuerdo unilateral de las mismas. Según avanzamos en la lectura del art. 41 ET vemos cómo se permite la modificación sustancial de las citadas materias tanto a nivel individual (establecidas en los contratos individuales de trabajo) como colectivo (instrumentadas a través de acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores a través de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos) y acto seguido se exponen los requisitos que hacen que una modificación de las condiciones de trabajo explicitadas tenga carácter colectivo o individual.

Por lo tanto, cabría distinguir tres modalidades de modificación de la cuantía salarial percibida por los trabajadores:

- a) Modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en contrato individual con el trabajador (art.41 ET)

Antes de la reforma	Después de la reforma
<p><i>3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.</i></p> <p><i>En los supuestos previstos en los párrafos a),</i></p>	<p><i>3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.</i></p>

<p><i>b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.</i></p> <p><i>Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.</i></p> <p><i>Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.</i></p>	<p><i>En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.</i></p> <p><i>Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.</i></p> <p><i>Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado segundo para las modificaciones colectivas, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.</i></p>
--	---

En virtud de la nueva redacción del apartado tercero del art. 41 ET, en el caso de que la empresa decida alterar las condiciones de trabajo y éstas revistan el carácter de individuales, el periodo máximo de que dispone el empresario para notificar al trabajador la citada modificación se reduce a la mitad, siendo éste de 15 días con antelación a la fecha de ejecución de la medida. Así mismo, es relevante destacar como la reforma amplía los supuestos previstos para los cuales el trabajador tiene derecho, en caso de disconformidad con la medida, a rescindir su contrato y a recibir una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, con un máximo de 9 mensualidades. De esta manera, las modificaciones que puedan dar lugar al ejercicio de la facultad de rescisión del contrato y del derecho a recibir la citada indemnización se amplían a todos los supuestos previstos en el apartado primero, en contraposición a su antigua redacción, en la que solo se le permitía el ejercicio de esta facultad al trabajador que hubiese sufrido una modificación de la jornada de trabajo, del horario y distribución del tiempo de trabajo o del régimen de trabajo a turnos.

- b) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores en virtud de decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos (Art.41 ET)

La distinción entre las modificaciones sustanciales de carácter individual y aquellas de carácter colectivo a partir de la reforma de 2012 estriba principalmente en la “afectación subjetiva y no en el título jurídico del que emana el reconocimiento de la condición laboral que se altera” (González, 2013).

Por su parte, el apartado cuarto del art. 41 ET no ha visto alterada su redacción inicial tras la reforma.

En el caso de que la modificación llevada a cabo por la empresa de estas condiciones de trabajo revista el carácter de colectiva será necesario un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores con un máximo de 15 días que según la redacción del artículo “*versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados*”. La reforma no recoge previsión expresa acerca de la obligación de notificación cuando el

periodo de consultas concluye con acuerdo, sin embargo, parece razonable que la empresa informe a sus trabajadores acerca del acuerdo y las nuevas condiciones en las que se prestarán los servicios (González, 2013). Según la redacción del apartado quinto del citado artículo 41 ET, una vez finalice el periodo de consultas de 15 días y cuando no se haya llegado a un acuerdo, el empresario deberá notificar a los trabajadores la decisión sobre la modificación colectiva de estas condiciones, medida que comenzará a desplegar efectos a los siete días de su notificación. Este plazo se ha visto reducido con respecto al que se contemplaba en la anterior redacción (30 días).

Puede apreciarse claramente el objetivo de flexibilizar y ampliar las facultades de los empresarios de cara a ajustar de una manera más eficiente sus recursos al contexto económico en el que tendrán que desarrollar su actividad habitual.

c) Descuelgue del convenio colectivo (Art. 82.3 ET)

Según establece el apartado sexto del art. 41 ET, se puede modificar cualquiera de las condiciones previstas, sea cual fuere su fuente reguladora, salvo las que tienen su origen en un convenio colectivo estatutario, cuya modificación unilateral queda prohibida, remitiéndose la ley a lo dispuesto en el art. 82.3 ET (González, 2013).

<p>6. <i>Cuando la modificación se refiera a condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III de la presente Ley, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4. Cuando se trate de convenios colectivos de sector, el acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del mismo.</i></p> <p><i>En caso de desacuerdo durante el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos a que se refiere el siguiente</i></p>	<p>6. <i>La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.</i></p>
--	--

<p>párrafo.</p> <p><i>Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.</i></p> <p><i>La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos de sector sólo podrá referirse a las materias señaladas en las letras b), c), d), e) y f) del apartado 1, y deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretenda.</i></p>	
--	--

Este penúltimo apartado del art. 41 ET ha sido ampliamente reformado, mientras que la nueva redacción del artículo remite la regulación de este tipo de modificaciones al art. 82.3 ET, su redacción anterior establecía una serie de puntos importantes a tener en cuenta. Por una parte, las condiciones de trabajo establecidas en los Convenios Colectivos podían ser modificadas siempre por acuerdo, según los requisitos del apartado 4 del citado artículo. En segundo lugar, en caso de desacuerdo, se debía someter el asunto a la Comisión paritaria del acuerdo, que decidiría en el plazo de siete días hábiles. Por último, en caso de que dicha comisión no llegase a ninguna conclusión, se establecían una serie de procedimientos a los que se les permitía recurrir a las partes.

El Estatuto de los Trabajadores, antes de la reforma laboral de 2012 establecía una serie de procedimientos para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de empresa o sectoriales que requerían el acuerdo de las partes por distintas vías. Sin embargo, la situación de inestabilidad

económica que se vivía en España provocó que el legislador regulase estas materias de manera diferente, dotando de una mayor flexibilidad a los empresarios en sus decisiones. Tanto es así que el art. 82.3 ET en su anterior versión solo permitía a la empresa inaplicar *“el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando ésta tenga una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma”*.

Esta redacción ha desaparecido, dando lugar a una nueva versión del art. 82.3 ET en la que se permite a la empresa inaplicar el Convenio Colectivo en todas las materias que se contemplan en el art. 41.1 ET *“cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”*. Como novedad cabe añadir que esta nueva redacción del citado artículo detalla aquellas situaciones de las que puede desprenderse la apreciación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a las que se hace referencia en el texto legal.

6. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL

Una vez realizado el análisis del artículo 41 ET en referencia a la reducción salarial como una de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se tratará de analizar sus repercusiones a nivel práctico. Para ello, habrá que sacar conclusiones a partir de las resoluciones que han dado los tribunales españoles a estos problemas.

6.1. MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL DE CARÁCTER INDIVIDUAL

En primer lugar, con el objeto de analizar la aplicación práctica de la modificación de la cuantía salarial de carácter individual por parte del empresario, haremos referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de noviembre (Sala de lo Social, Sección 1ª) (sentencia núm. 931/2013 (AS 2014\7)).

Esta sentencia analiza la doctrina acerca de lo que se entiende por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, así, en palabras del Tribunal Supremo, “por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial”. Por lo tanto, tal y como explica en su sentencia el TSJ de Madrid, si la modificación no reviste ese carácter de sustancial desde una perspectiva cuantitativa o cualitativa, la empresa podrá realizarla sin someterse a lo explicitado en el art. 41 ET, sino que el empresario las llevará a cabo desde sus facultades de gestión y organización.

La citada sentencia analiza la reforma del art. 41 ET desde la inclusión en éste de la “cuantía salarial como una de las condiciones de trabajo consideradas como sustanciales y sujetas a este artículo”. En los términos de la sentencia “[p]or lo demás, las materias que pueden modificarse son las mismas que se contemplaban en el art. 41 ET, si bien se

añade ahora por la reforma laboral 2012 la referencia a la «cuantía salarial». Lo que se traduce en la posibilidad de justificar la reducción unilateral del salario en la mejora de la competitividad de la empresa, supuesto severamente criticado por un sector doctrinal al darse con ello cobertura normativa al "dumping social", en tanto no cabe calificar de otro modo al incremento de la competitividad de las empresas a partir de la degradación de las condiciones de trabajo, contradiciendo el espíritu del art. 151 TFUE² (RCL 2009, 2300) que establece como objetivo de la Unión Europea y de los Estados miembros "la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso".

La permisión de la modificación de cuantía salarial ha sido objeto de no pocas críticas, en concreto una de ellas ha sido la posibilidad de que las empresas se acojan al artículo 41 para llevar a cabo reducciones de salario individuales bajo el pretexto de una mejora de su competitividad, cuando en realidad no sea necesario llevar a cabo este tipo de modificaciones laborales.

El TSJ de Madrid continúa analizando el marco legal de la reforma haciendo alusión a las condiciones que recoge el Real Decreto-Ley 3/2012 para distinguir entre modificaciones de carácter individual y aquellas de carácter colectivo. "En efecto, el artículo 12 del Real Decreto Ley 3/2012 da una nueva redacción al artículo 41 ET, simplificándose la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas; se incluye la modificación sustancial de funciones y de estructura y cuantía salarial como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización y, la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III del Estatuto de los Trabajadores se reconducen al apartado 3 art. 82 del Estatuto de los Trabajadores".

² Art. 151 TFUE: "La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones."

Tal y como dice la sentencia “[e]stamos con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo ante una manifestación más de flexibilidad interna contemplada para fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa”. Se trata así de un mecanismo más que dota de una mayor flexibilidad a las empresas a la hora de adaptar sus recursos a las condiciones socioeconómicas. Se prescinde del párrafo explicativo de lo que se entiende por modificación sustancial de las condiciones de trabajo que la doctrina calificaba de "barroca interpretación auténtica" y que decía “[s]e entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. Con este párrafo, el legislador de 1994 quería manifestar la falta de necesidad de encontrarse en una situación crítica para realizar estas modificaciones, sino simplemente justificar su necesidad desde una más “adecuada organización de sus recursos”.

La reforma ha introducido, como ya se ha apuntado previamente, una breve referencia de lo que debe entenderse por probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, siendo éstas *“las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”*. En términos de la sentencia analizada “no se piense que con este nuevo panorama se ha eliminado el control judicial de razonabilidad y proporcionalidad, (STS de 8 enero 2000 (RJ 2000, 394)) en un sistema jurídico como el nuestro en el que no hay materias que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que queden exentas de todo control judicial (arts. 24 y 117 CE (RCL 1978, 2836))”. Básicamente el TSJ de Madrid quiere aclarar que esta nueva redacción del artículo no permite a la empresa modificar libremente estas condiciones, sino que tienen que existir una serie de razones y además “estar relacionadas con la situación concreta en que prestan servicios los trabajadores afectados”. Por último, cabe añadir que no corresponde a los jueces determinar si las medidas llevadas a cabo son “suficientes, o podían haberse adoptado otras de mayor calado y solución”, pero sí valorar su legalidad y adecuación a derecho “razonando sobre la determinación de su posibilidad, proporcionalidad, lógica interna, coordinación

o razones que condicionaran su fijación, que no su éxito" (STSJ País Vasco de 16 noviembre 2006 (AS 2007\869)).

En lo que al carácter individual o colectivo de la modificación se refiere, con anterioridad a la reforma de 2012 se consideraba individual la modificación de "*aquellas condiciones disfrutadas a título individual*", mientras que la nueva redacción del artículo 41 ET se refiere únicamente a criterios basados en el número de trabajadores afectados por la medida, sin tener en cuenta la naturaleza individual o colectiva de la modificación, "por lo que resulta irrelevante el origen individual o colectivo del acuerdo o pacto en el que se contenga dicha condición". De esta manera, simplemente habrá que estar a los requisitos que fije la ley para calificar como individual una modificación de este tipo. Es, por lo tanto, individual la modificación que en un periodo de noventa días no afecte a:

1. Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
2. El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
3. Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Como expresa la norma "*[l]a decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad*". Hay que matizar que, al tratarse de un plazo sustantivo y no procesal, se entienden quince días naturales.

Aunque la norma no precise nada al respecto, la notificación debe realizarse por escrito, a tenor de la interpretación conjunta de los arts. 41.3 y el 8.5 ET acerca del deber de información del empresario "precisándose en dicha comunicación la concreta causa en que se funda la decisión empresarial, poniéndose en conocimiento del trabajador cuales son las circunstancias que configuran la situación empresarial en que se apoya la causa económica, técnica, organizativa o de producción que se invoca, así como su relación "con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la

empresa””. Hay que añadir que este aspecto no se cumple con una mención generalizada a las citadas causas, sino que el trabajador debe tener pleno conocimiento de la causa que motiva la decisión empresarial para así poder ejercer su derecho a impugnarla.

Una vez notificado el trabajador, puede optar por rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, sin perjuicio de que, si la modificación sustancial se ha llevado a cabo sin respetar el contenido del art. 41 ET y dañando la dignidad del trabajador, éste tendrá derecho a percibir una indemnización de 33 días de salario por año trabajado.

Una segunda opción de que dispone el trabajador sería la de, en caso de que no haya rescindido su contrato, impugnar la decisión ante la jurisdicción social, cuya sentencia declarará la modificación justificada o injustificada. En éste caso, la sentencia “reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como el abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos, para lo cual es necesario acreditar los daños y perjuicios que la medida haya irrogado así como la concurrencia de los presupuestos constitutivos del derecho a la indemnización solicitada. Si la sentencia declara justificada la modificación reconocerá "el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo" en los supuestos previstos en el apartado 1 del art. 40 y en el apartado 3 del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días. (Art. 138.7 LJS³)”.

³ Art. 138.7 LJS: *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 justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días.*

La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.

Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108”.

6.2. MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL DE CARÁCTER COLECTIVO SEGÚN EL ART. 41 ET

En este apartado se analizará la modificación de la cuantía salarial, cuando dicha decisión tenga consecuencias en el colectivo de los trabajadores de la empresa, aunque sin llegar a afectar a aquellas condiciones contenidas en convenio estatutario.

Para llevar a cabo dicho estudio, la sentencia de la Audiencia Nacional, de 7 diciembre (Sala de lo Social, Sección1ª) (núm.160/2012 (AS 2013\214)) aportará el punto de vista de vista práctico acerca de esta modalidad de modificaciones de carácter sustancial.

En esta sentencia, la Federación de Industria de Comisiones Obreras demandó a GEA Refrigeration Ibérica como consecuencia de la notificación a los representantes de los trabajadores de que se iban a realizar una serie de modificaciones en las condiciones de trabajo. El motivo principal de la demanda y la postura que sostienen los demandantes es que la medida acordada por la empresa no se llevó a cabo según el procedimiento establecido expresamente en el art. 82.3 ET relativo a aquellas modificaciones sustanciales que suponen un descuelgue del Convenio Colectivo. Sin embargo, en este aspecto, la sala de los social de la Audiencia Nacional le da la razón a la empresa, pues se trataba de una modificación que, por sus características no afectaba a los mínimos establecidos en el citado convenio, con lo que el procedimiento para llevar a cabo la medida empresarial debe ser el establecido en virtud del art. 41.4 ET. Cabe destacar que el tribunal ofrece una justificación a la aplicación del art. 41 ET y no la del 82.3 ET sobre la base de que la parte demandante en ningún momento mencionó problema alguno en este sentido en las reuniones que mantuvieron los representantes de los trabajadores con la directiva de la empresa, así “[q]uereamos destacar, en todo caso, que en las actas del período de consultas los representantes legales de los trabajadores, muy activos durante todo el proceso, jamás pusieron sobre la mesa que la medida supusiera la inaplicación del convenio, lo que sería impensable si su ejecución hubiera supuesto efectivamente que los trabajadores percibieran cuantías inferiores a las allí pactadas”. Por lo tanto, más allá de que la medida empresarial respete los mínimos del convenio, la falta de aplicación por parte de la empresa del procedimiento regulado en el art. 82.3 ET

habría sido tan significativa que en las reuniones habría sido asunto casi obligado de debate.

En segundo lugar, la parte demandante alega falta de aplicación del procedimiento establecido en el art. 41.4 ET “porque la empresa no aportó la documentación exigible, lo que provocó total indefensión a la RLT”. A este aspecto cabe destacar que el procedimiento de modificación sustancial colectivo carece de desarrollo reglamentario y si bien hay otro tipo de procedimientos, como pueden ser la suspensión de contrato, la reducción de jornada o el despido colectivo que sí disponen de este tipo de regulación en la que se concreta la documentación necesaria para cumplir con el deber de información.

Sin embargo, en el art. 41.4 ET no se precisa la documentación necesaria que debe proporcionar la empresa a los trabajadores, por lo que “debemos aplicar las reglas generales, sobre información y consulta, contempladas en el art. 64.1 ET⁴, en las que se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, entendiéndose por consulta el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”. Por lo tanto, en aplicación de estos criterios, los trabajadores deberán contar con la información necesaria que les permita realizar el examen de la cuestión planteada por la empresa. Sin embargo, este artículo tampoco cita cuales serán los documentos concretos que deberá aportar la empresa, así que corresponderá a los tribunales determinar si ésta es o no suficiente para que se cumpla con el deber de información que requiere el procedimiento de modificación sustancial colectiva.

⁴ Art. 64.1 ET: “1. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo. Se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”.

A estos efectos, el tribunal se pronuncia “[a] nuestro juicio, consideramos buena práctica en modificaciones por causa económica, porque la misma despejará cualquier duda sobre la documentación necesaria, que las empresas aporten la documentación, regulada en los arts. 6⁵ y 7⁶ RD 801/2011, aunque consideramos también, que no cabe una respuesta mecánica, por lo que habrá de estarse a las causas concretas en cada caso, si bien será necesaria toda la documentación, que permita alcanzar los fines propuestos en el período de consultas”. En este caso en concreto, los representantes, en la primera reunión disfrutaron de balances, documentos de evolución de la plantilla y otros informes económicos y, posteriormente, de información adicional. En definitiva, aunque la parte demandante alegó una vez falta de información, sin especificar de qué información concreta se trataba, esto no les impidió seguir negociando ni mucho menos fue, en opinión de tribunal, causa de que las negociaciones no llegasen a buen fin.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en varias sentencias (STS 30-06-2011 (RJ 2011, 6097 y 18-01-2012 (RJ 2012, 3623) , rec. 139/2011) , rec. 173/2010, tiene que cumplirse el requisito de la negociación efectiva, y que ésta no se haya visto limitada por falta de información, aunque haya sido objeto de algún pequeño debate al principio de las negociaciones. De esta manera, si se cumplen estos aspectos y se constata la concurrencia de ofertas y contraofertas, queda cumplido el requisito de información contemplado en el art. 41.4 ET.

Como todas las sentencias dictadas sobre la base del reformado art. 41 ET, se examina la exigencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se compara con su redacción anterior, en la que se establecía “*la concurrencia de causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”. Por el contrario, ahora el precepto establece que estas causas serán aquellas relacionadas con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, limitando aún más las exigencias a la hora de apreciar las citadas causas. Tanto es así

⁵ Artículo 6 RD 801/2011. Documentación en los despidos colectivos por causas económicas.

⁶ Artículo 7 RD 801/2011. Documentación en los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción.

que la jurisprudencia estableció que la modificación sustancial, al contrario que la extinción por causas económicas no exigía que la empresa estuviese en pérdidas, sino que mediante tal decisión la empresa pudiera mejorar su posición competitiva, o la eficacia del servicio que vinieran prestando. Tal y como mantiene la jurisprudencia (STS 17-05-2005 (RJ 2005, 9696), rec. 2363/2004) “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»)”. Esta interpretación jurisprudencial basada en la mejora de la posición competitiva de la empresa y no en la crisis empresarial como criterio para permitir la aplicación del art. 41 ET ha sido mantenida por posteriores sentencias (TS 2-03-2009 (RJ 2009, 1719) y 16-05-2011 (RJ 2011, 4876)).

A la empresa se le exige la prueba de esas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación concreta con las razones de competitividad, productividad y organización técnica del trabajo “lo que le exigirá utilizar herramientas de ponderación, que se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promover una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como una mejor organización de sus sistemas de trabajo”.

En el caso concreto sobre el que versa la sentencia analizada, la empresa demuestra el descenso que ha sufrido en su facturación, lo que le permite al tribunal constatar que la empresa tiene “un serio problema de competitividad”. En segundo lugar, se prueba la razonabilidad de la medida, pues ese descenso en la facturación justifica la reducción de salarios de manera proporcional a los ingresos de cada grupo de trabajadores, respetando los mínimos del convenio. En último lugar, la proporcionalidad de la medida queda demostrada por cuanto la reducción salarial es de corta duración, pues solo se aplicará durante tres meses.

7. DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA LABORAL

En la reforma del ET emprendida por el Gobierno a través del Real Decreto-Ley 3/2012, uno de los cambios más polémicos a nivel social fue la nueva redacción del art. 34 ET en su apartado segundo.

La redacción inicial del citado apartado, contemplado en la sección quinta de la Ley, “tiempo de trabajo”, decía así: “[m]ediante 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 períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley”.

Como puede desprenderse de la lectura de este artículo, era necesaria la regulación de este mecanismo para distribuir los tiempos de trabajo por parte del empresario, por medio de convenio colectivo o acuerdo con los representantes de empresa. Sin embargo, el panorama económico que motivó la introducción de la reforma laboral de 2012 obligó a configurar un artículo que permitiese a los empresarios una mayor flexibilidad a la hora de adaptar el horario de sus trabajadores a las necesidades productivas de la empresa, sin tener que acudir al mercado laboral a contratar más personal o tener que recurrir a las horas extraordinarias, opciones ambas que supondrían un mayor coste para la empresa, lo que se volvería insostenible en el actual panorama económico.

El art. 34 ET ha sido sometido a tres reformas consecutivas, en primer lugar, el Real Decreto-Ley 3/2012, posteriormente la Ley 3/2012 y, en último lugar, el Real Decreto-Ley 16/2013 introdujo un párrafo adicional a la redacción original del artículo.

La primera reforma fue aquella emprendida por el Real Decreto-Ley 3/2012, a partir de cuya regulación, el art. 34 ET establecía que “[m]ediante 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. **En defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo.** Dicha distribución deberá respetar en

todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley".
(énfasis añadido)

La nueva redacción respetaba la anterior, salvo por la inclusión de la cláusula según la cual el empresario podrá disponer de la facultad de distribuir irregularmente la jornada en caso de que el convenio colectivo no dispusiese nada o que no se alcanzase pacto con los representantes de los trabajadores. En virtud de este apartado, el empresario podía distribuir irregularmente un 5% de la jornada laboral de sus trabajadores.

Como se desprende del análisis previo de esta medida flexibilizadora, puesta a disposición del empresario para hacer frente a la crisis económica que atraviesa el país, se trata de un instrumento para distribuir las horas anuales de trabajo de sus empleados para adaptarse a las épocas del año en las que la productividad de la empresa sea mayor o menor. De esta manera, la empresa podría prescindir de contratar más personal para las épocas de mayor actividad o de utilizar el recurso de las horas extraordinarias, opciones ambas que suponen un mayor desembolso. Con la aplicación de esta medida, el empresario podría descargar de trabajo a sus empleados en las épocas menos activas y cubrir con horas ordinarias las necesidades laborales en las épocas de mayor actividad en la empresa.

Meses más tarde, la Ley 3/2012 de 6 de julio estableció una nueva redacción del art. 34 ET, ampliando el porcentaje máximo de distribución unilateral de la jornada por parte del empresario en defecto de pacto con los trabajadores e incluyó una garantía adicional, previendo un periodo mínimo de preaviso al trabajador de cinco días.

Sin embargo, la reforma regulatoria de esta medida de flexibilización interna no acabó ahí; “[s]i bien, esta regulación ya había sido modificada en las anteriores reformas llevadas a cabo como consecuencia de la crisis, supone una notable novedad con respecto a la normativa anterior, ya que duplica el porcentaje en el que el empresario puede organizar unilateralmente el tiempo de trabajo de su plantilla –pasando del 5 al 10%” (Pérez Sánchez, Pedro José; 2012). Esto se debe a la entrada en vigor de una nueva normativa, el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Éste

real decreto-ley modifica nuevamente el apartado dos del artículo 34 ET, quedando su redacción:

*“2. 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. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el **diez por ciento** de la jornada de trabajo.*

*Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y **el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla.***

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.”
(énfasis añadido).

A simple vista puede verse como la reforma introducida por este nuevo decreto es más extensa que la anterior, modificando ya no solo el porcentaje de la jornada de trabajo que podrá distribuir irregularmente el empresario a falta de pacto, el cual queda duplicado, pasando del 5% al 10%, sino que el precepto continúa regulando el procedimiento y las consecuencias de llevar a cabo esta medida. Se establece un periodo de preaviso mínimo de cinco días para conocer el día y la hora en que el trabajador desarrollará esta prestación, en aplicación de la distribución irregular de su jornada laboral. Esto supone la garantía de una mayor seguridad jurídica a la hora de llevar a cabo este mecanismo por parte del empresario, puesto que en la anterior regulación no quedaba fijado ningún plazo mínimo de antelación en el cual el trabajador tuviese derecho a conocer que iba a desempeñar más horas de trabajo que las habituales. En último lugar, este nuevo apartado segundo del art. 34 ET establece una nueva garantía según la cual se regula la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto

entre la jornada realizada y la jornada ordinaria máxima. De esta manera, las compensaciones que tengan lugar por este motivo se regirán según lo dispuesto en el convenio colectivo, en su defecto por acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario y, en defecto de pacto, esta compensación deberá producirse en los doce meses siguientes a su generación.

Tal y como explica el Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, la reforma laboral de 2012 “ha favorecido la adopción de medidas de flexibilidad interna por las empresas, impulsado la formación dual y la contratación indefinida por las pequeñas y medianas empresas (PYMES), a la vez que ha dinamizado la negociación colectiva en un marco más equilibrado de relaciones laborales. Todo ello ha contribuido a frenar el ritmo de destrucción de empleo, ahorrando miles de despidos, y a la moderación salarial que ha dado lugar a una recuperación de la competitividad esencial de nuestra economía”. Aun así, el crecimiento previsto en el mercado laboral sigue siendo moderado, y para justificar esta afirmación, el citado real decreto-ley apunta los datos aportados por el gobierno, anexos a los Presupuestos Generales del Estado (PGE), en los cuales se prevé un crecimiento del empleo del 0,2% en 2014. Con el propósito de continuar con esta evolución positiva, el gobierno considera necesario seguir introduciendo medidas de flexibilización laboral para impulsar la “contratación estable y la empleabilidad de los trabajadores”.

Llegados a este punto, pueden plantearse diversas cuestiones en cuanto a la regulación de esta medida de flexibilidad interna. En primer lugar, surge la duda de si es necesario el cumplimiento de algún requisito objetivo por parte de la empresa, o si se precisa justificar la concurrencia de alguna necesidad empresarial. Cavas Martínez (2012) desarrolla este tema argumentando que en virtud de lo dispuesto en el reformado art.34 ET, sobre una jornada anual de 1826 horas, la empresa puede distribuir de manera irregular en un año unas 182 horas. Al no haberse modificado el apartado tercero del citado artículo, la utilización de este mecanismo debe respetar, en todo caso, la duración máxima de la jornada laboral de 9 horas, al igual que el descanso diario y semanal mínimo.

Según Cavas Martínez (2012), no se requiere la “concurrencia de ningún requisito o causa justificativa”, al contrario de lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva

2003/88/CE⁷, que sí establece la necesidad de “razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo” para que las empresas puedan programar regímenes de jornada promediables cada doce meses. Sin embargo, en virtud de la norma que nos ocupa no se requiere ningún tipo de justificación ni razón objetiva, con el único límite de la prohibición del abuso de derecho contenida en el artículo 6.4 CC⁸.

Por su parte, será necesario examinar lo que dice la jurisprudencia acerca de cómo deberá llevarse a cabo este mecanismo, despejando las dudas que surjan en cuanto a la cómputo de la jornada a la que hace referencia el citado precepto, ya que a priori el artículo no explicita si ese porcentaje debe aplicarse a la jornada mensual, a la semanal o a la anual.

Respecto al periodo de preaviso que establece el reformado art. 34.2 ET (cinco días, estableciendo el día y la hora), no se hace mención alguna en lo que a su incumplimiento se refiere. En palabras de Calvo Martínez (2012) “cabe entender que el trabajador no vendrá obligado a trabajar fuera del horario establecido si la empresa no es diligente en el cumplimiento de la obligación que la ley le impone”, por lo que no recibirá sanción alguna por el incumplimiento de la orden empresarial. Sin embargo, podría considerarse el supuesto en que la falta de preaviso por parte del empresario se vea justificada por una situación de fuerza mayor y quede debidamente acreditada por la empresa.

⁷ Se trata de una directiva dictada por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo el 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁸ Art 6.4 CC: “Los actos realizados al amparo del texto 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”.

8. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL

En este apartado se analizarán algunas de las cuestiones contempladas en el párrafo segundo del reformado art. 34 ET que han sido objeto de debate jurisprudencial y sobre los que ya pueden sacarse las primeras conclusiones acerca de cómo aplicar la facultad unilateral de distribución irregular de la jornada laboral con un límite máximo del 10% que se concede al empresario.

8.1. NECESIDAD DE NEGOCIACIÓN PREVIA

En primer lugar, ya ha habido sentencias en cuanto a si la facultad unilateral por parte del empresario de distribuir irregularmente el 10% de la jornada laboral de los trabajadores exige pacto previo con éstos, o al menos negociación en este aspecto. En lo que a este asunto se refiere, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 17 de julio (Sala de los Social, Sección 1ª) (sentencia núm. 347/2013 (AS 2013\2646)) resuelve un caso en el cual uno de los aspectos a tratar era la inclusión unilateral, por parte de una empresa del sector siderometalúrgico del “derecho unilateral de la empresa a distribuir el 10% de la jornada de trabajo según necesidades y legislación vigente” en el calendario laboral de 2013, entregado a sus trabajadores. La parte actora de este caso, el presidente del Comité de Empresa, solicitó que se anulase la facultad empresarial de distribuir irregularmente el 10% de la jornada laboral, la cual se había plasmado en el calendario laboral de 2013; sin embargo, el juzgado de lo social núm. 2 de Burgos estimó justificada dicha inclusión en el calendario por parte de la empresa.

El juzgado de lo social que estimó conforme a derecho la inclusión en el calendario laboral de 2013 de esta facultad de la empresa entendía, por lo tanto, que conforme al art. 34.2 ET “la facultad de distribuir la jornada irregularmente hasta un máximo del 10% se sitúa dentro de las facultades empresariales atribuidas legalmente sin necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores, que sólo operará en lo que exceda de dicho porcentaje”. Como puede verse, ya surge una primera interpretación jurisprudencial del reformado apartado segundo del art. 34 ET en virtud de la cual el

empresario tiene atribuida legalmente la facultad de distribuir irregularmente la jornada de sus trabajadores en un 10%, y solo en el caso de que dicha distribución exceda del porcentaje indicado, será necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Para abordar este tema, el tribunal analiza por un lado el precepto objeto de discusión⁹ y, por otro, el art. 40 del Convenio Colectivo de la Industria de la Siderometalúrgica, en cuyo penúltimo párrafo dispone que “se podrá acordar entre ambas partes en el seno de las empresas la distribución irregular de la jornada”.

Es preciso destacar que la doctrina sobre la elaboración del calendario laboral¹⁰, coincidiendo con el Tribunal Supremo, dispone que, en interpretación del art. 34.6 ET¹¹ “la elaboración del «calendario laboral» -que puede o no incluir el horario de trabajo, tras la derogación del RD 2001/1983 (RCL 1983, 1620): SSTS 18/09/00 (RJ 2000, 8297) rcud 4240/99 y 24/01/03 (RJ 2003, 3202) rco 175/01 - corresponde en principio a la empresa; y si bien la fijación inicial del horario de trabajo se atribuye también en principio al poder de dirección del empresario”, añade que “ello ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en «los convenios colectivos o contratos de trabajo» [art. 34.1. ET], o de la exigencia de convenio colectivo o acuerdo de empresa para «la distribución irregular de la jornada a lo largo del año»”.

En definitiva, si bien corresponde a la empresa, en principio, la fijación del calendario laboral anual, esto no significa que el empresario no deba atenerse a lo dispuesto en los convenios colectivos y contratos de trabajo.

En el análisis del apartado segundo del art. 34 ET que realiza la sala de lo social de este tribunal, destaca la relevancia, dentro de su redacción, de la expresión “*en defecto de pacto*”, la cual supone que “el art. 34.2 ET no desliga la posibilidad de distribuir

⁹ Art.34.2 (Ley 3/12 (RCL 2012, 945) “*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. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo*”

¹⁰ En concordancia con la jurisprudencia, STS de 17 de mayo de 2011 (Sala Cuarta) (RJ 2011, 4979) (Rec. 147/2010)

¹¹ Art. 34.6 ET “*Anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo*”.

irregularmente la jornada de trabajo de la necesidad de concurrencia de convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sino que, al igual que la redacción anterior de dicho precepto a la entrada en vigor de la Ley 3/12, condiciona dicha posibilidad a la existencia de los presupuestos antedichos”. Por lo tanto, solo en aquellos supuestos en los que no concorra pacto, podrá el empresario distribuir unilateralmente el 10% de la jornada de sus trabajadores. Tal y como argumenta el tribunal “[I]a introducción de un nuevo párrafo en el precepto transcrito respecto a su redacción anterior, no comporta la inclusión de facultad omnímoda e incondicionada reconocida al empresario sino que mantiene la necesidad de negociación entre las partes implicadas, y que sólo en su defecto, revierte en la posibilidad de fijar unilateralmente el empleador la distribución irregular de la jornada”.

En conclusión, puesto que no se tiene constancia de que en este caso se haya producido negociación alguna en el seno de la Comisión Paritaria del Convenio¹², se declara no ajustada a derecho la inclusión de la facultad unilateral de la empresa de distribuir unilateralmente el 10% de la jornada laboral.

8.2. PREAVISO MÍNIMO

Sobre el preaviso mínimo que dispone el art. 34.2 ET también hay jurisprudencia. En este caso, es interesante analizar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 7 de junio (Sala de lo Social, Sección 1ª) (sentencia núm. 281/2013 (AS 2013\2860)). El asunto fue planteado por la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Aragón contra la empresa Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, motivado por la disposición convencional que recogía un periodo de preaviso de 24 horas.

Por lo tanto, el principal problema que se plantea es en palabras del tribunal “determinar si el plazo de preaviso de 24 horas previsto para el caso de distribución irregular de la jornada en el último párrafo del art. 25 del Convenio Colectivo del “Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA en Aragón” (BOA de 2-3- 2012) es ilegal por vulnerar el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores”

¹² Art. 9 del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Burgos.

Tal y como quedaba recogido en el art. 25 del convenio colectivo de empresa, “[l]a empresa podrá flexibilizar la jornada de forma irregular en el 5% de la misma, lo que supone 89 horas al año en contratos a tiempo completo o los que proporcionalmente se correspondan con la jornada pactada. En virtud de la autonomía de las partes, estas horas deberán ser preavisadas con un mínimo de 24 horas y la jornada podría ser ampliada al trabajador con el máximo de 9 horas diarias y durante un máximo de 14 días al mes. En todo caso se respetará el descanso de doce horas entre jornadas, y las horas de descanso semanal. La compensación de las horas realizadas como consecuencia de la flexibilización se realizará en los tres meses anteriores o posteriores a su realización”.

En este caso, la labor del tribunal se ciñe a comparar ambos presupuestos y determinar su compatibilidad. Con el fin de llevar a cabo este análisis, el tribunal compara la evolución de la regulación de la distribución irregular de la jornada laboral en el art. 34 ET, destacando el párrafo añadido por la Ley 3/2012 de 6 de julio en el cual se hace referencia al periodo mínimo legal de preaviso¹³.

Por su parte, el tribunal destaca que, atendiendo al tenor literal de la norma, existen dos requisitos que la facultad de distribución irregular de la jornada laboral debe cumplir. En primer lugar, “respetar el descanso legal mínimo diario y semanal” y en segundo “preavisar al trabajador con cinco días de antelación, al menos”. Tal y como aclara este tribunal, “[l]a finalidad de este preaviso es que, si el empleador ejercita su derecho a la distribución irregular de la jornada de su trabajador, éste disponga tiempo para organizarse antes de su incorporación al puesto de trabajo, compatibilizando la vida personal y familiar con las exigencias laborales. Así, si tiene que cuidar a un menor o familiar enfermo, el preaviso le permitirá buscar a alguien que lo cuide mientras él está trabajando en un periodo temporal que en principio no estaba previsto pero que se le ha ordenado realizar en virtud de la distribución irregular de la jornada”.

¹³ “Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella”.

A efectos de cumplir con la citada finalidad, el precepto estatutario exige ese preaviso mínimo tanto en los casos en los que no haya acuerdo con los representantes de los trabajadores como en los casos en los que no exista tal. En este aspecto, el tribunal señala que, aunque el párrafo en cuestión comience con “*dicha distribución*”, el legislador hizo referencia a ambos casos, exista o no acuerdo con los representantes de los trabajadores, y no solo en el caso de su ausencia ya que en tal caso, lo dispuesto en cuanto al descanso diario y semanal tampoco sería de aplicación a los supuestos en los que se haya alcanzado un acuerdo. Y como establece esta sala “no ofrece duda (así lo reconoció el Abogado de la empresa) que el descanso diario (de doce horas, art. 34.3 ET) y semanal (de día y medio ininterrumpido, art. 37.1 ET) es aplicable en todo caso: sea cual sea el origen de la distribución irregular de jornada”.

Aunque esta facultad empresarial se pacte mediante negociaciones con los representantes de los trabajadores o esté recogida en el convenio colectivo aplicable, no deja de ser una “distribución irregular de jornada decidida por el empresario en su interés” que implica una prestación de servicios por parte del trabajador en un momento en el que inicialmente no estaba prevista dicha prestación, por lo tanto será siempre necesario garantizar un periodo de preaviso para que el trabajador pueda organizarse.

En último lugar, la empresa alega que el art. 34 ET se trata de una norma disponible¹⁴ y que en el acuerdo, ambas partes han cedido, si bien se ha pactado un límite menos para la distribución irregular de la jornada laboral (un 5% en lugar de un 10%), han reducido el periodo de preaviso de cinco días a 24 horas.

En la sentencia, el tribunal establece que el art. 34.2 ET permite la distribución irregular de la jornada a través de acuerdo o convenio colectivo en el porcentaje que se desee, operando así el límite del 10% únicamente en defecto de pacto.

Sin embargo, el citado artículo recoge las dos garantías mínimas, el periodo de preaviso y el respeto al descanso diario y semanal, en un párrafo aparte, siendo ésta una norma

¹⁴ Se entiende por norma de derecho disponible, aquella respecto de la cual se puede establecer algo distinto por acuerdo entre las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, operando únicamente en caso de que no se pacte nada.

de derecho necesario relativo¹⁵, “tiene la naturaleza de norma mínima, que puede ser mejorada por las partes desde el punto de vista de los trabajadores”. Por lo tanto, el acuerdo o convenio podría establecer un descanso diario y semanal y un periodo de preaviso mayores, pero nunca menores, ya que bajo ningún concepto podrán empeorarse estas condiciones laborales.

Tanto es así que el tribunal termina fallando a favor del demandante, argumentando que el art. 25 del citado convenio vulnera el contenido del art. 34.2 ET.

8.3. PROHIBICIÓN EXPRESA EN CONVENIO COLECTIVO DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA DE CIERTA CLASE DE TRABAJADORES

En este apartado se analizará la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre 2012 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (RJ 2013/1758), cuyo contenido versa acerca de la facultad de la empresa de distribuir de manera irregular la jornada de los trabajadores a tiempo parcial con una jornada inferior a 30 horas semanales, cuando expresamente se ha prohibido esta facultad en el convenio colectivo.

En el supuesto que se presenta, las partes llegan al acuerdo de que los trabajadores con una jornada inferior a las 30 horas semanales tienen que tener una jornada regular, si bien existe discrepancia en “si se puede variar su jornada diaria o hay que considerarla semanal, mensual o anualmente”.

La pretensión de la empresa se basa en que, dada la naturaleza del sector en el que opera, podría ocurrir que un monitor estuviese a determinadas horas en el centro deportivo sin dar clases por falta de demanda y que, a determinadas horas no hubiese

¹⁵ Se entiende por norma de derecho necesario relativo aquellas “que pueden ser moduladas por la voluntad de las partes, normalmente mediante la negociación colectiva, siempre que respeten el mínimo establecido por la norma de rango superior” (Escudero Alonso).

monitor disponible, por lo que argumenta la contrariedad de esta situación con lo dispuesto en el art. 1284 CC¹⁶.

En primer lugar, el Tribunal Supremo analiza lo dispuesto en el art. 26 del citado Convenio Colectivo para proceder a analizar el argumento de la empresa. Desde su posición, la empresa alega que la parte del texto del art. 26 del citado convenio que dice “*no obstante, no podrá*”, no hace referencia a la frase inmediatamente anterior, “*la jornada anual pactada*”, sino al párrafo del comienzo del artículo “[*d*]urante la vigencia del Convenio la jornada de trabajo en cómputo anual será de 39 horas de media semanal de jornada efectiva para los años 2010 y 2011 y de 38 horas de media semanal de jornada efectiva para el año 2012; lo que equivale, respectivamente a 1755 horas para los años 2010 y 2011 y 1710 horas anuales para el año 2012”. Por lo tanto, en virtud de esta interpretación, las partes estarían haciendo referencia en todo momento a la jornada semanal o anual, pero en ningún momento a la diaria.

Sin embargo, el Tribunal Supremo establece que la literalidad de la norma “no deja lugar a dudas acerca de cual es el tratamiento dispensado a los trabajadores a tiempo parcial con jornada inferior a las 30 horas semanales, a los que de modo terminante excluye de la norma general de distribución irregular de la jornada, aplicable al resto de los trabajadores siendo indiferente su duración, salvo, precisamente que sea inferior a 30 horas semanales, exactamente el supuesto que reivindica la demanda de aplicación del convenio”.

Tanto es así que, citando la doctrina del propio Tribunal Supremo¹⁷, “el carácter mixto del convenio, en su doble vertiente de norma de origen contractual, pero con eficacia normativa, determina que su interpretación haya de acomodarse tanto a las reglas que se refieren a las normas jurídicas (art. 3 y 4 del Código Civil), como a aquellas otras relativas a los contratos (artículos 1281 a 1289 del Código Civil (LEG 1889, 27))”. Además, la citada doctrina añade que el primer criterio de interpretación es el “sentido propio de sus palabras” y en los contratos “el sentido literal de sus cláusulas” y que, por lo tanto, sólo se aplicarán los preceptos del código Civil acerca de la interpretación

¹⁶ Art. 1284 CC “*Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efecto*” .

¹⁷ STS de 27 de Julio de 2010 (RJ 2010, 7293).

contractual de manera subsidiaria. Posterior doctrina¹⁸ del propio tribunal establecía la prevalencia del criterio interpretativo de los Tribunales de instancia sobre el del recurrente, “salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”.

Aún así, aunque el Tribunal Supremo no considera el argumento de la empresa como irrazonable, hay que resolver la cuestión atendiendo en primer lugar a la literalidad de lo pactado, por lo que ninguna interpretación fuera de aquella “puede contradecir una terminología tan clara como la exhibida por el convenio, al oponer a la previsión general una prohibición expresa”.

.

¹⁸ STS de 2 de Diciembre de 2009 (rec. 66/09).

9. CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis de la reforma laboral introducida en primer lugar por el Real Decreto-Ley 3/2012 y posteriormente por la Ley 3/2012, es preciso hacer una serie de valoraciones acerca de las medidas reformistas en general y las medidas de flexibilización en particular. A pesar de la juventud de la reforma, ya se han podido ver las primeras sentencias resolviendo cuestiones acerca del funcionamiento e implantación de las medidas de flexibilización más importantes.

Como se ha visto a lo largo del trabajo, ésta no fue la primera, ni será la última de las reformas que se verá obligado a soportar el mercado laboral. La evolución de la línea reformista de la regulación laboral en España ha demostrado que las reformas laborales han tenido lugar por dos motivos principales: los vaivenes políticos durante las últimas décadas y la evolución del panorama económico del país. Tanto es así que la crisis económica global llegó a España en 2008 y propició, en primer lugar el cambio político en el gobierno y acto seguido, la reforma del mercado laboral que aquí nos ocupa.

La reforma laboral que se ha analizado dio comienzo en 2012 con la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. El gobierno llevó a acabo una reforma del mercado laboral de gran calado, modificando los artículos más representativos del Estatuto de los Trabajadores, con la visible intención de otorgar un papel más importante a las empresas y a la figura del empresario en el funcionamiento del mercado laboral español. Con estos cambios, el gobierno logró adaptar los requisitos legales de las medidas de flexibilización laboral puestas a disposición del empresario a la situación económica que un año después todavía sigue siendo representativa en España.

Las novedades más importantes, y que supusieron un cambio o ruptura respecto de la anterior regulación (Durán, 2012), que introdujo esta reforma fueron las relativas a la clasificación profesional, a la movilidad funcional, a la negociación colectiva, a la flexibilidad interna (permitiendo el descuelgue el convenio colectivo) y al repliegue de la intervención administrativa.

Poco después de la tramitación parlamentaria del citado real-decreto, “en el BOE del 7 de julio posterior apareció la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945), con igual nombre que la disposición originaria, contenido muy similar y alguna extensión adicional (79 páginas de BOE; 45.013 palabras; 283.340 caracteres)” (Sempere, 2012). La promulgación de esta ley supuso algunos cambios respecto de los ya introducidos en el Real Decreto-Ley 3/2012. De entre estos cambios, podemos destacar en materia de negociación colectiva, los descuelgues; en la clasificación de los contratos, la regulación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, el contrato de formación y aprendizaje, el contrato a distancia, y la suspensión temporal del encadenamiento de contratos temporales; la formación laboral; las medidas de flexibilidad interna; la jubilación y el despido.

El análisis de la reforma laboral de 2012 que se ha realizado en este trabajo ha versado acerca de las medidas de flexibilidad interna a disposición de los empresarios. En concreto, la modificación de la cuantía salarial prevista en el art. 41 ET y la nueva regulación de la distribución irregular de la jornada laboral contenida en el art. 34.2 ET han sido el eje central de este trabajo, comparando la actual redacción de los artículos con la anterior y analizando la jurisprudencia existente en estos casos. A partir de este análisis, se permite un mayor entendimiento del precepto en su dimensión teórica, amén de la resolución práctica de los problemas de aplicación que se generan.

El Real Decreto-Ley 3/2012 llevó a cabo una modificación del art. 41 ET en la que añadió una definición de lo que tendría que entenderse por condiciones técnicas, económicas, organizativas o de producción, y se eliminó el párrafo que acotaba los supuestos de modificaciones sustanciales del empresario, abriendo mucho el abanico de posibilidades para que las empresas puedan hacer uso del mecanismo que pone a su disposición la ley. Por su parte, los cambios en este apartado uno del artículo terminan con la inclusión dentro de las posibles modificaciones sustanciales de la “cuantía salarial”.

El apartado dos del citado artículo también fue reformado, agilizando la redacción del mismo y limitando la distinción entre modificaciones de carácter individual o colectivo a la concurrencia de los mismos requisitos que ya contemplaba su antigua redacción.

En lo que al apartado tres se refiere, la reforma reduce el plazo de preaviso mínimo al trabajador, en caso de modificación sustancial individual, de treinta a quince días y se amplían los supuestos en los que se le permite al trabajador rescindir el contrato y pedir una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, comprendiendo todos los supuestos (a), b), c), d) y f)) del apartado uno.

En su apartado quinto, la redacción actual del art. 41 ET establece un plazo marcadamente inferior para que la medida de modificación colectiva de condiciones de trabajo comience a surtir efectos tras su notificación, una vez no se haya alcanzado el acuerdo con los representantes de los trabajadores. De esta manera, este periodo de preaviso se ve ampliamente reducido, pasando de treinta a siete días.

Por último, el reformado apartado sexto del art. 41 ET remite la regulación del procedimiento que deberá seguirse para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo al contenido del art. 82.3 ET.

En el poco tiempo en el que la reforma de 2012 lleva funcionando, ya han podido verse las primeras consecuencias prácticas. Los problemas interpretativos y conflictos de intereses que han ido surgiendo en torno a la nueva configuración de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Como se ha visto en la sentencia núm. 931/2013 de 22 noviembre del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1ª (AS 2014\7)), el legislador ha querido con esta nueva redacción del apartado primero del art. 41 ET, flexibilizar las situaciones ante las que el empresario pueda realizar este tipo de modificaciones, no exigiendo un estado crítico, pero sin estar exento de un examen de proporcionalidad y razonabilidad que someta estas decisiones a un cierto control. Cabe destacar que según los órganos jurisdiccionales, el plazo señalado por la norma de 15 días de preaviso al trabajador, es un plazo sustantivo y no procesal, por lo que se entenderán 15 días naturales. Por último, la interpretación judicial concluye que la notificación al trabajador dispuesta legalmente debe realizarse por escrito, en interpretación conjunta de los arts. 41.3 y 8.5 ET.

En lo que a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo se refiere, una de las cuestiones que se suscita en la sentencia núm.160/2012 de 7 diciembre (AS 2013\214) de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección1ª) es la de determinar qué documentación debe proporcionar la empresa a los representantes de los trabajadores durante las negociaciones, puesto que el art. 41 ET no lo precisa. En este aspecto, el tribunal hace referencia a las reglas generales del art. 64.1 ET, concluyendo que la representación laboral debe contar con la información necesaria para poder realizar el examen de la cuestión planteada por la empresa. Por lo tanto, el tribunal afirma que la documentación que deberá aportarse será, con carácter general aquella establecida en el los arts. 6 y 7 RD 801/2011, si bien corresponderá a los tribunales interpretar si la información es suficiente o no para que la representación laboral pueda examinar la cuestión planteada por la empresa.

El requisito de negociación efectiva que exige el precepto quedaría demostrado mediante la concurrencia de ofertas y contraofertas entre empresario y la representación laboral. Por su parte, los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad de la medida quedarían probados en este supuesto por el descenso de la facturación de la empresa y por la corta duración de la aplicación de la medida, tan solo durante tres meses.

En la segunda parte del trabajo, se ha realizado un análisis de la reforma del art. 34.2 ET, introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012 en primer lugar, vuelto a reformar por la Ley 3/2012 y finalmente reformado por el Real Decreto-Ley 16/2013. En la primera versión de la reforma, el citado precepto introdujo una frase intermedia según la cual, en defecto de pacto, la empresa tenía la facultad de distribuir irregularmente a lo largo del año el cinco por ciento de la jornada laboral de sus trabajadores. Sin embargo, poco tiempo más tarde, con la aprobación parlamentaria de la Ley 3/2012, se amplió el porcentaje en el doble, de un cinco a un diez por ciento y el posterior real decreto-ley introdujo un periodo mínimo de cinco días de preaviso para que el trabajador conociese el día y la hora de la prestación de esos servicios.

Como se ha podido ver, este nuevo precepto ha generado conflictos judiciales entre las empresas y los trabajadores, de las que se han podido obtener las primeras respuestas a su aplicación práctica.

En primer lugar, los tribunales han establecido la necesidad de que exista negociación colectiva previa a la facultad individual del empresario de distribuir irregularmente la jornada laboral de los trabajadores en un 10% a lo largo del año (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª) (sentencia núm. 347/2013 de 17 de julio. AS 2013\2646)).

En segundo lugar, el preaviso mínimo de cinco de días exigido por la el art. 34.2 ET debe entenderse, en virtud de la interpretación realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Sentencia núm. 281/2013 de 7 de junio (AS 2013\2860)), tanto en el caso en el que se haya alcanzado un acuerdo respecto de la distribución irregular de la jornada laboral como aquellos casos en los que exista “defecto de pacto”, por lo que ni los convenios colectivos ni los acuerdos alcanzados con la representación laboral podrán establecer un periodo de preaviso inferior a aquél fijado por la ley.

En último lugar, se realiza un análisis de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) (Sentencia de 17 de diciembre 2012. RJ 2013/1758), la cual, puesto que existe un convenio colectivo aplicable, se limita a interpretar la disposición convencional y aplica los criterios de interpretación tanto legales como contractuales, dada la doble naturaleza de los convenios colectivos. Por lo tanto, en aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre este asunto, el primer criterio interpretativo será siempre la literalidad de la disposición convencional.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. ARTÍCULOS

- “*Las reformas laborales en España y su repercusión en materia de contratación y empleo*”, 2012. Informe Fundación 1º de mayo.
- Azagra Solano, Miguel, 2013. “*Modificación sustancial de condiciones de trabajo y extinción contractual*”. Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2013 parte Comentario.
- Cavas Martínez, Faustino, 2012. “*Preguntas sobre la reforma laboral 2012*”. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 5/2012 parte La reforma laboral.
- Durán López, Federico, 2012. “*Reforma laboral. Continuidad y ruptura*”. Reforma Laboral 2012. La ley y manual práctico. Págs. 7-10.
- González González, Carlos, 2013. “*Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio*”. Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2013 parte Comentario.
- Igartua Miró, María Teresa, 2012. “*Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio*”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2012 parte Estudio.
- Martín Jiménez, Rodrigo, 2012. “*El Real Decreto-Ley 3/2012, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: impresiones generales*”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2012 parte Comentario.
- Pérez Sánchez, Pedro José, 2012.
- Poquet Catalá, Raquel, 2012 “*La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012*”. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2012 parte Estudio.
- Sempere Navarro, Antonio V. 2012. “*Presentación del Real Decreto-Ley 3/2012*”. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 11/2012 parte Tribuna.
- Sempere Navarro, Antonio V. 2012. “*Versión 2.0 de la Reforma Laboral de 2012*”. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 5/2012 parte La reforma laboral.

10.2. LIBROS

- Rojo Tordecilla, Eduardo, 2012. *“Treinta años de reformas laborales en España”*.

10.3. LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código Civil.
- Constitución Española.
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
- Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Ley de Jurisdicción Social.
- Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.
- Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

10.4. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 noviembre (Sala de lo Social, Sección1ª) (sentencia núm. 931/2013 (AS 2014\7)).
- Sentencia de la Audiencia Nacional, de 7 diciembre (Sala de lo Social, Sección1ª) (núm.160/2012 (AS 2013\214)).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 17 de julio (Sala de lo Social, Sección 1ª) (sentencia núm. 347/2013 (AS 2013/2646)).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 7 de junio (Sala de lo Social, Sección 1ª) (sentencia núm. 281/2013 (AS 2013/2860)).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre 2012 (Sala de lo Social, Sección 1ª) (RJ 2013/1758).