



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

**MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE
TRABAJO, ESPECIAL MENCIÓN A SUS TIPOS Y CAUSAS**

**SUBSTANTIAL MODIFICATION OF JOB CONDITIONS,
SPECIAL REFERENCE TO THEIR TYPES AND THEIR
CAUSES**

AUTOR: SAMUEL OTEO TRUEBA

**DIRECTOR: D. FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE
MIRANDA**

Resumen: encendemos la televisión y escuchamos constantemente referencias a las reformas laborales que se han producido en los últimos años. Concretamente, en 2010 y 2012. La crisis económica y financiera que hemos atravesado en la primera década del 2000 ha provocado dichas reformas con el propósito de fomentar la flexibilidad interna sobre la flexibilidad externa.

El objetivo de este trabajo es la flexibilidad interna: la movilidad funcional y, especialmente, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, un recurso para las empresas que ha creado controversia, ya que la legislación laboral no es clara al respecto. Haremos un especial detenimiento sobre las causas que ha de alegar el empresario para que pueda acudir al procedimiento del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y cómo deberá actuar éste dependiendo de si la modificación sustancial afecta a un determinado número de trabajadores u otro.

Abstract: we turn on the television and we listen constantly to references to the labor reforms that have occurred in recent years. Particularly, in the years 2010 and 2012. The economic and financial crisis that we have traversed in the first decade of 2000 provoked such reforms in order to foment internal flexibility over external flexibility.

The objective of this work is the internal flexibility: functional mobility and the substantial modification of working conditions, which is a resource for companies that have created controversy because labour legislation is not clear. We will take a special look at the causes of the employer when he can go to the procedure of the article 41 Workers' Statute and how he should act depending on whether the substantial modification affects a certain number of workers or it affects an another number of workers.

ÍNDICE

1. Introducción – pág. 4
2. Evolución histórica de la modificación sustancial de condiciones de trabajo – pág. 5
3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo – pág. 9
 - 3.1 Concepto – pág. 9
 - 3.2 Movilidad funcional en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores – pág. 12
 - 3.3 Causas de modificación sustancial de condiciones de trabajo – pág. 19
 - 3.4 Listado de materias modificables según el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores – pág. 23
 - A) Jornada de trabajo – pág. 24
 - B) Horario y distribución del tiempo de trabajo – pág. 25
 - C) Régimen de trabajo a turnos – pág. 26
 - D) Sistema de remuneración y cuantía salarial – pág. 27
 - E) Sistema de trabajo y rendimiento – pág. 29
 - F) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores – pág. 30
 - G) Otras materias no mencionadas en el artículo 41 – pág. 30
4. Procedimiento en las modificaciones individuales y colectivas – pág. 31
 - 4.1 Modificaciones individuales – pág. 33
 - 4.2 Modificaciones colectivas – pág. 35
 - 4.2.1 Período de consultas – pág. 35
 - 4.2.2 Constitución de la comisión negociadora – pág. 36
 - 4.2.3 El acuerdo – pág. 38
5. Modificaciones que afecten a condiciones laborales del Convenio Colectivo – pág. 38
6. Conclusiones – pág. 39
7. Bibliografía – pág. 40
 - 7.1 Jurisprudencia consultada – pág. 40
 - 7.2 Monografía – pág. 41

7.3 Legislación – pág. 42

8. Anexos – pág. 44

8.1 ANEXO I. Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (Estatuto de los Trabajadores).

8.2 ANEXO II. Artículo 39. Movilidad funcional (Estatuto de los Trabajadores).

8.3 ANEXO III. Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

8.4 Anexo IV. Artículo 26. Protección de la maternidad (Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

1. Introducción

El siglo XX fue un período de constantes cambios en España, pero son las reivindicaciones sociales por unas mejores condiciones de trabajo las que marcaron gran parte de estos 100 años. Y es en uno de los momentos de mayor incertidumbre en la historia de nuestro país, la Transición, cuando se produce la aparición de un texto fundamental. La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, resultó ser, según las palabras de Jesús Caldera Sánchez-Capitán¹ en un libro publicado por el aniversario número 25 del ET², <<un instrumento que democratiza las relaciones laborales individuales y colectivas en nuestro país, regulando su evolución y su desarrollo>>.

El ET es un texto increíblemente ambiguo, con múltiples escenarios posibles en el derecho laboral. Es un apartado concreto y a la vez uno de los más controvertidos del texto el tema central de este Trabajo de Fin de Grado: la modificación sustancial de condiciones de trabajo, redactada en el art. 41 ET.

Con respecto a los aspectos concretos sobre los que he decidido trabajar, el trabajo se divide en tres apartados. El primero de ellos es una contextualización histórica de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Recorreremos el siglo XX para hablar de algunas de las leyes que mayor influencia han tenido en la modificación sustancial tal como la entendemos ahora. Desde la Segunda República Española hasta la Transición.

La segunda parte del trabajo es muy extensa y, a su vez, muy variada. Empezando por otorgar un concepto a la modificación sustancial, posteriormente haré una comparativa con otro artículo que siempre ha dado muchos problemas a los juristas: la movilidad funcional, en el art. 39 ET, y su relación con el art. 41 ET. Después de esto, un breve, pero detallado estudio, sobre las causas en las cuales el empresario puede alegar que nos encontramos ante una modificación sustancial. Por último, qué modificaciones

¹ Jesús Caldera Sánchez-Capitán fue Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales desde el 2004 hasta el 2008.

²RUESGA BENITO, S., VALDÉS DAL-RE, F. Y ZUFIAUR NARVAIZA, J.: A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores (2005). Madrid, España: Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

serán consideradas como sustanciales dependiendo de la materia que se altera.

En último lugar, en la tercera parte, comentaré la diferencia entre la modificación sustancial individual y la modificación sustancial colectiva, haciendo hincapié especialmente en ésta última por su especial complejidad en el proceso. Además, un breve comentario acerca de las modificaciones que afecten a condiciones laborales del Convenio Colectivo.

Como reflexión personal previa a la realización del trabajo sé que, debido a la dificultad y la extensión de este concepto, es muy probable que deje muchos aspectos sin tratar. Viendo el lado positivo a esto, deberé seleccionar la información, lo que me permitirá recorrer muchos puntos diferentes sobre el tema y clasificar dicha información por su importancia. La elección de este tema viene motivada por la realización de las 'Prácticas Integradas' (asignatura del Grado en Relaciones Laborales) en un sindicato, concretamente en la Unión General de Trabajadores. La modificación sustancial ha sido algo citado constantemente en papeletas de conciliación en las que he podido intervenir. Además, considero que se trata de un tema bastante complejo y, como vengo diciendo, muy difícil de entender en comparación con otros temas del propio ET.

2. Evolución histórica de la modificación sustancial de condiciones de trabajo

Previamente al ET.

Aunque la modificación sustancial de condiciones de trabajo no viene regulada hasta la publicación de la Ley 8/1980³, bien es cierto que durante los años de la Segunda República Española, el período franquista y la etapa preconstitucional, se empezaron a observar algunas aproximaciones a la idea que hoy tenemos de una modificación sustancial. En referencia a estos períodos, claramente diferentes en cuanto a aspectos políticos y económicos, debemos hacer especial hincapié en tres textos.

³ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

El primero de estos textos es la Ley de Contratos de Trabajo (1931)⁴. Esta ley fue aprobada durante la presidencia de Manuel Azaña en la Segunda República Española. En su art. 77, la Ley de Contratos de Trabajo explica en qué situaciones el trabajador deberá <<prestar mayor trabajo u otro del acordado>>. Además, añade en qué casos será una obligación para el trabajador: <<constituirá un deber para el obrero cuando le sea atribuido con verdadera equidad y a condición de que le sea indemnizado, de acuerdo con las disposiciones legales o normas complementarias>>. Según San Martín Mazzucconi⁵, se introduce por primera vez la unilateralidad de los cambios en la prestación, los cuales otorgarán un derecho de indemnización al trabajador afectado.

El segundo texto es la Ley de Contrato de Trabajo (1944)⁶, aprobada en los primeros años del franquismo. En su art. 9 explica que el contrato de trabajo se regulará, entre otras formas, por la voluntad de las partes. Además, <<sin que en ningún caso puedan establecerse, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o pactos contrarios a las normas legales>>. A pesar de esto, el texto prevé el supuesto de la modificación, siempre que sea de carácter temporal y urgente (art. 64)⁷.

El último de estos textos previos a la aparición del ET es la Ley 16/1976⁸. Aprobada por Juan Carlos I, en su art. 24⁹ está la primera aparición, en un texto legal, de la modificación sustancial citada textualmente. Esta breve cita va

⁴ Ley de Contratos de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931.

⁵ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El Régimen Jurídico de la Modificación Sustancial de las Condiciones de trabajo (1999). Pamplona, España: Ed. Aranzadi.

⁶ Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.

⁷ <<El trabajador prestará la clase y extensión de trabajo que marquen las leyes, la reglamentación del trabajo, el contrato y, en su defecto, los usos y costumbres. Normalmente, sólo se prestará el trabajo corriente. No obstante, pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo del acordado, a condición de indemnizarle, de acuerdo con las disposiciones legales>>

⁸ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

⁹ <<La dirección de la Empresa, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas, de acuerdo o previo informe preceptivo de los representantes sindicales a que se refiere el párrafo uno de este artículo y con la aprobación de la autoridad laboral, podrá modificar el horario de trabajo establecido, poniéndolo en conocimiento de los trabajadores con quince días de antelación. El trabajador, si se considerase perjudicado por una modificación sustancial de aquél, tendrá derecho, dentro del mes siguiente a la implantación del nuevo horario, a rescindir su contrato laboral y percibir una indemnización de al menos quince días de salario real por cada año trabajado, hasta un máximo equivalente al salario de tres meses. (...)>>

ligada al horario de trabajo. El texto informa de la posibilidad que tiene el trabajador de rescindir su contrato laboral, indemnización incluida, si se siente perjudicado por la modificación de su horario de trabajo por probadas razones organizativas, técnicas o productivas. San Martín Mazzucconi cree, además, que en el art. 18.1¹⁰ aparece por primera vez el carácter sustancial en la modificación del contenido <<de las relaciones individuales de trabajo>>. El establecimiento de estos cambios necesita una autorización administrativa previa.

Publicación del ET y reformas hasta 1995

Llegamos entonces al 10 de marzo de 1980, fecha en la que se publica la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores. Se introduce por primera vez la modificación sustancial de condiciones de trabajo. El legislador de 1980, según San Martín Mazzucconi, tomó como referencia la Ley de Relaciones Laborales para establecer, con carácter general, un régimen modificativo sustancial de condiciones de trabajo. En esta primera redacción del art. 41 ET, si las modificaciones sustanciales no son aceptadas por los representantes legales de los trabajadores <<habrán de ser aprobadas por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo>>.

Con las reformas de 1984¹¹, de 1988¹² y de 1992¹³ no se modifica el art. 41 ET, pero sí con la reforma de 1994¹⁴. En esta reforma, el art. 41 ET sufre importantes cambios. Además de añadir una materia modificable (<<Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley>>), se añade que la modificación sustancial se podrá producir cuando <<la adopción de las medidas propuestas contribuya a

¹⁰<<La suspensión y, en su caso, la extinción de las relaciones individuales de trabajo fundadas en causas tecnológicas o económicas, así como las modificaciones sustanciales de su contenido, requerirán la previa autorización del Ministerio de Trabajo, precedida del trámite legal que proceda, en el que se recabará siempre el informe previo de la Organización Sindical y del Jurado de Empresa o de los Enlaces sindicales cuando no exista Jurado (...)>>

¹¹ Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹² Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

¹³ Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

¹⁴ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos>>. Con esta medida, se pretende introducir la posibilidad de un control judicial de la causa y la relación entre la medida que se pretende llevar a cabo y el efecto que se busca. Otro cambio, de carácter temporal, es la obligación del empresario de notificar la modificación, con una antelación mínima de 30 días, al trabajador y a los representantes legales de los trabajadores. Se incorpora también la diferencia entre los procesos que se inicien de manera individual y aquellos que se inicien de manera colectiva, donde debe existir un período de consultas. Se proporcionan los parámetros para determinar cuándo estamos ante una modificación sustancial colectiva:

<<- Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

- El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

- Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores>>.

A partir de 1995

En 1995¹⁵ se aprueba la nueva redacción del ET, momento en el cual el art. 41 ET no sufre cambios, pero es redactado con todas las reformas que se produjeron hasta ese año. Con las posteriores reformas (1997¹⁶, 1998¹⁷, 2001¹⁸ y 2006¹⁹) tampoco se modifica nada en referencia a este artículo.

En 2010, se lleva a cabo una nueva reforma²⁰. Destaca de esta reforma que, en el apartado b, se añade (junto al horario) la distribución del tiempo de trabajo.

¹⁵ 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.

¹⁶ Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

¹⁷ Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

¹⁸ Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹⁹ Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

²⁰ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Con un Real Decreto-ley en 2011²¹, se modifica el art. 41 ET. En caso de que surjan discrepancias en el período de consultas, se acudirá a la Comisión paritaria. Además, se incluye un nuevo párrafo: <<La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal>>.

La más significativa de las incorporaciones ha sido, en la reforma laboral de 2012²² la relativa a la posibilidad de modificar, a través del art. 41 ET, la cuantía salarial, incluida en el apartado d (junto al sistema de remuneración).

La versión actual del art. 41 ET se recoge en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²³.

3. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

3.1 Concepto

Con la referencia de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en los siguientes párrafos haremos comparaciones entre la situación legal del art. 41 ET previamente al año 1994 y posteriormente a éste.

Para poder proporcionar un concepto correcto, es necesario que observemos detenidamente el art. 41 ET. En primer lugar, nos situamos en la noción de <<condiciones de trabajo>> como parte de una modificación sustancial. La modificación de condiciones de trabajo equivale a una modificación objetiva de la relación jurídica. San Martín Mazzucconi hace referencia al problema que hubo previamente a la reforma de 1994 del art. 41 ET. Surgió un debate sobre si el art. 41 ET incluía o excluía el contenido de las funciones concretas dentro de la prestación laboral. Los órganos jurisdiccionales y gran parte de la doctrina determinaron que las modificaciones funcionales también se incluían. Con la

²¹ Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

²² Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²³ Al final del TFG se incorpora un anexo con el artículo 41 ET actual.

reforma de 1994 se terminó por resolver esta duda: las funciones, cuando excedan los límites del art. 39 ET “Movilidad funcional”, estarán incluidas en el art. 41 ET.

Otro problema que surgió previamente a la reforma de 1994 hacía referencia a las dudas existentes sobre la naturaleza que debían tener las condiciones de trabajo: ¿normativa, contractual o ambas? Por un lado, parte de la doctrina consideraba que las condiciones de trabajo reguladas por norma no debían considerarse parte del art. 41 ET. Su argumento se basaba en que no era posible modificar lo prefijado en una norma con carácter imperativo, ni por la autoridad administrativa ni por los representantes legales de los trabajadores. Otra parte de la doctrina consideraba que sí era posible modificar determinadas normas, aunque debían respetarse las incorporadas a la ley porque poseían un rango similar al art. 41 ET. Incluso algunos autores²⁴ consideraban que los convenios colectivos sí podían modificarse por la vía del art. 41 ET.

En este tema, la jurisprudencia estaba dividida por aquel entonces. El Tribunal Central de Trabajo, un órgano ya extinto, entendía que las condiciones del convenio colectivo podían ser modificadas por el art. 41 ET. Mientras, el Tribunal Supremo consideraba en muchas de sus sentencias que el art. 41 ET solo podía incidir en las modificaciones de carácter contractual y, por tanto, el convenio colectivo no estaba dentro de este ámbito. El Tribunal Constitucional confirmaba muchas de las sentencias del Tribunal Supremo y consideraba que la modificación (autorizada por la administración) de las condiciones pactadas en convenios colectivos, no se ajustaban a la legalidad. Tras la reforma de 1994 estas preguntas encontraron una respuesta. Concretamente el art. 3.1²⁵ ET es quien confirma cuáles son las fuentes modificables sustancialmente por

²⁴DURÁN LÓPEZ, F y SAÉZ LARA, C.: Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo (1991). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer. Pgs. 119 y ss.

²⁵<<Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:
a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
b) Por los convenios colectivos.
c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.
d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.>>

la vía del art. 41 ET. Con la excepción del apartado a) del art. 3.1 ET (<<por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado>>) y el b) del propio art. 3.1 ET (<<por los convenios colectivos>>), el resto de fuentes citadas se encuentran dentro del ámbito del art. 41 ET.

Otro de los aspectos que creó problemas a la hora de interpretar el art. 41 ET previamente a la reforma de 1994 fue si estas modificaciones sustanciales podían afectar a una persona (individual) o a varias (colectiva). Como en los puntos anteriores, se dieron varias tesis. Por un lado, autores como Manuel Alonso García creían que la modificación sustancial solo podía ser de carácter colectivo. Parte de sus argumentos se basaban en que la mayoría de materias del art.41 ET solo podían tener una repercusión colectiva y, por tanto, <<no eran concebibles desde un punto de vista individual>>, como apunta San Martín Mazzucconi. Por otro lado, otros autores como Alfredo Melgar Montoya²⁶ consideraban que la modificación sustancial también podía ser aplicada sobre un solo individuo. Sus argumentos, entre otros motivos, se basaban en que la norma no se refería solo al carácter colectivo de la aplicación, y no era posible limitar su aplicación. Además, un argumento de bastante peso decía que, si llevásemos a cabo una aplicación restrictiva, el art. 41 ET podría realizar modificaciones sustanciales que no estaban reguladas o que, en algún caso, las condiciones de trabajo no se pudiesen modificar. Después de la reforma de 1994 y gracias a la inclusión expresa de las modificaciones de carácter individual, el texto estableció dos vías distintas para aplicar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo: la individual y la colectiva, que veremos más adelante.

Tras lo expuesto en este apartado, debemos hacer referencia a la doctrina del Tribunal Supremo²⁷ para conseguir una definición lo más cercana posible a la modificación sustancial. En la jurisprudencia se alega que, a pesar de que una modificación pueda afectar a una de las materias del art. 41 ET, no siempre tendrá carácter sustancial, puesto que, según el Tribunal Supremo, <<no puede

²⁶ Alfredo Montoya Melgar nació en Madrid, en 1937. Catedrático de Derecho del Trabajo, es actualmente Magistrado del Tribunal Constitucional. Elegido para tal puesto en 2017, es el nombramiento de mayor edad de un Magistrado del Tribunal Constitucional.

²⁷ STS 628/2017 de 24 de enero de 2017.

acudirse simplemente a la lista que dicho precepto incorpora y que es ejemplificativa y no exhaustiva>> porque dicha lista <<no atribuye el carácter de sustancial a toda modificación que afecte a alguna de las condiciones listadas>>.

Para calificar una modificación como sustancial o no, tomaremos como base parte de la doctrina jurisprudencial²⁸ que ha hecho hincapié en este tema. <<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 art. 41.2 ET 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 tanto, en las modificaciones deberemos observar aspectos tales como la propia modificación, su carácter temporal y las compensaciones que se hayan podido pactar, pues así entenderemos que las nuevas modificaciones impuestas al trabajador son sustanciales o, en cambio, accidentales. Así continúa la sentencia afirmando que la modificación sustancial <<es un concepto jurídico indeterminado>> siendo imposible <<trazar una noción dogmática>> del mismo.

A modo de resumen, decimos que las <<modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio>>.

3.2 Movilidad funcional en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores

La movilidad funcional incluida en el art. 39 ET (incluido en el Anexo II) constituye una decisión unilateral de la empresa o un acuerdo convencional de modificación de funciones. Todos aquellos cambios de funciones no incluidos en los supuestos previstos del art. 39 ET deberán ser acordados por las partes o, como indica el propio art. 39 ET, con el <<sometimiento a las reglas

²⁸ SSTs de 11 de diciembre de 1997, rec. 1281/1997, de 10 de octubre de 2005, rec. 183/2004 y de 10 de noviembre de 2015, rec 261/2014.

previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo>>.

Para analizar la relación de la movilidad funcional con la modificación sustancial de condiciones de trabajo es importante tener en cuenta los textos de Toscani Giménez²⁹. Según este autor, la modificación unilateral del empresario puede ser de seis tipos, encontrando una clara diferencia entre algunas de ellas. Por un lado, están aquellas que se producen dentro del grupo profesional, fuera del grupo profesional y aquellas que son catalogadas como extraordinarias. Por otro lado, tenemos otros supuestos de cambio de funciones, que pueden subdividirse en aquellas que se producen por voluntad del trabajador, las que se dan por razones objetivas y las que se llevan a cabo por un previo y mutuo acuerdo entre empresario y trabajador.

Movilidad funcional dentro del grupo profesional

En este tipo de movilidad, el empresario debe concretar las funciones y las variaciones de las mismas dentro del propio grupo profesional, respetando siempre las titulaciones académicas o profesionales y la dignidad del trabajador, como indica el art. 39.1 ET. Tras la reforma de 2012³⁰, se elimina la justificación por motivos perentorios o imprevisibles de la actividad laboral, pero debiendo respetarse el principio general de la buena fe contractual y el principio específico de la igualdad y no discriminación incluidos en el texto.

Este precepto no señala si dicha modificación ha de ser temporal o puede ser permanente, pero sí que deben respetarse las titulaciones académicas o profesionales. Por tanto, si éstas son exigidas para desarrollar una determinada función, constituirán también un límite para la movilidad funcional.

²⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: La modificación unilateral de las condiciones de trabajo por el empresario (2012). Madrid, España: Ed. Grupo Francis Lefebvre.

³⁰ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Con respecto a la dignidad del trabajador, la doctrina³¹ afirma que <<cualquier trabajo que se pueda contratar lícitamente, por su propia naturaleza, no puede ser indigno. De tal forma que, la raíz del menoscabo se debe buscar en el elemento intencional, detrás de la decisión empresarial, que va dirigido a ofender o vejar al trabajador. Por lo tanto, el criterio debe ser comparativo, si el cambio de funciones provoca un agravio en comparación con el resto de los trabajadores que no han visto modificadas sus funciones>>. Por tanto, para comprobar si se respeta este precepto deberemos observar la intencionalidad del empresario, es decir, si éste con sus acciones pretende vejar la dignidad del trabajador. Obviamente se ha de decir que no es posible llevar a cabo una movilidad funcional como represalia por el ejercicio de acciones judiciales, como señalan algunas sentencias³². Tampoco puede utilizarse como medida antihuelga³³.

Por último, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que realice. Con respecto a esto debemos decir que, en el caso de que se realicen funciones superiores, el trabajador tendrá derecho tanto al salario base como a los complementos salariales de dicho puesto. Por otro lado, si las funciones realizadas son de inferior categoría, la jurisprudencia afirma que la garantía de mantener la misma retribución está en el salario base, pero no así en los complementos salariales recibidos en el puesto anterior. Los complementos salariales serán los vinculados al nuevo puesto de trabajo, aunque estos sean inferiores³⁴.

Movilidad funcional fuera del grupo profesional

Siempre que sea por razones organizativas o técnicas, el empresario puede variar el grupo profesional. Además de los límites establecidos en la movilidad

³¹ CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo (2011). Madrid, España: Ed Tecnos. Pág. 324

³²STC 128/2002 de 3 de junio. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce la represalia empresarial, en forma de movilidad funcional, a causa de una anterior reclamación de cantidades por parte de una trabajadora.

³³STC 123/1992 de 28 de septiembre. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce que se ha vulnerado el derecho a huelga con la sustitución de los trabajadores que secundaron la huelga por aquellos que no lo hicieron.

³⁴ STS de 25 de febrero de 1999.

funcional dentro del grupo profesional, específicamente tenemos también otros dos límites más.

El primero de ellos es un límite de causa, ya que pertenece al empresario la tarea de justificar las causas técnicas u organizativas para dicha movilidad funcional fuera del grupo profesional. No es necesaria para la asignación de funciones inferiores una justificación por aquellas razones determinantes o imprevisibles de la labor del trabajador. El segundo límite es temporal, ya que la movilidad funcional en este caso sólo puede ser llevada a cabo durante el período imprescindible y, cuando se produzca la desaparición de las causas, el trabajador deberá volver a su puesto anterior. Por tanto, esta modificación sustancial no podrá ser, en ningún caso, de carácter indefinido o permanente, como sí sucedía en la movilidad funcional dentro del grupo profesional.

Cabe destacar que el empresario deberá comunicar su decisión a los representantes de los trabajadores, alegando las causas que le han llevado a ello. En caso de no llevar a cabo esta acción, la movilidad funcional no queda invalidada, sino que tan solo se produce una sanción administrativa³⁵.

Movilidad funcional extraordinaria

Se da en aquellos casos en los cuales hay una atribución de funciones que comporta un cambio de grupo profesional. No es posible aplicar el régimen del art. 39 ET, pero se encuentra sujeta a las exigencias de causa de dicho artículo.

Si las modificaciones de funciones van más allá del límite del art. 39 ET, es una modificación del contrato que exige un pacto entre trabajador y empresario o se regula mediante el procedimiento de modificación sustancial del art. 41 ET.

³⁵ El artículo 7 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social dice lo siguiente: <<La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos>>.

Movilidad funcional por voluntad del trabajador

Para este supuesto, debemos hacer referencia al art. 24³⁶ ET, que es el que establece los ascensos que se producen dentro del sistema de clasificación profesional y se producirán conforme al convenio o al acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Estos ascensos se deben producir de manera que sean acordes a la formación, a la antigüedad y a los méritos del trabajador.

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es que en los ascensos y la promoción profesional se debe garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres. Por tanto, es un aspecto de programa y no se puede aplicar directamente, teniendo como finalidad que se desarrolle de un modo totalmente objetivo y que, si el trabajador no supera la prueba con esas nuevas funciones, será devuelto a sus funciones originales.

En estos supuestos, el ascenso siempre debe poseer el carácter voluntario del trabajador y, por tanto, el empresario no podrá imponerlo.

Movilidad funcional por razones objetivas

Para hablar de este tipo de movilidad funcional debemos citar los artículos 25 y 26 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL de ahora en adelante). El art. 25 LPRL (se incluye en el Anexo III) determina que los trabajadores no podrán ser empleados en puestos en los que, por sus características personales, estado biológico o discapacidad (física, psíquica o sensorial), debidamente reconocida, pueda poner en peligro a los demás trabajadores o a él mismo. Es por ello que estos cambios de puestos de trabajo serán exclusivamente facultad de la dirección de la empresa.

³⁶<<**Artículo 24. Ascensos.**

1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.

2. Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.>>

Por otro lado, en el art. 26 LPRL (se incluye en el Anexo IV) se habla de los casos en los cuales una trabajadora embarazada o durante el período de lactancia natural de un menor de nueve meses tenga que cambiar de puesto de trabajo. Se produce en aquellos casos en los que las condiciones de su puesto actual influyesen de forma negativa en su salud, la del feto o la del menor de nueve meses, certificado por la Seguridad Social o la Mutua (dependiendo de con quién tenga concertada la empresa la cobertura de riesgos profesionales) y con el informe médico del Servicio Nacional de Salud. En estos casos, la trabajadora deberá desempeñar un puesto compatible con su estado.

Este puesto y otros exentos de riesgos deberán ser determinados por el empresario, con previa consulta de los representantes de los trabajadores. Estos supuestos seguirán las reglas de la movilidad funcional y tendrá efectos solo hasta el momento en el que se pueda reincorporar la trabajadora a su anterior puesto. Si se diese el caso en el cual aun aplicando las reglas anteriores la trabajadora no pueda ser destinada a un puesto de su categoría equivalente, ésta conservará el derecho a la retribución de su puesto de origen.

Con respecto a las enfermedades profesionales, las normas reglamentarias³⁷ establecen que el trabajador puede ocupar un puesto de trabajo distinto del habitual siempre que éste le ocasione perjuicios fisiológicos.

En cuanto a los trabajadores nocturnos, que se rigen por el art. 36.4³⁸ ET, el trabajador nocturno tendrá derecho, cuando se le diagnostiquen problemas en su salud por el trabajo que desarrolla en horario nocturno, a cambiar su

³⁷ Decreto de 13 de julio de 1961, art. 24 y art. 25, y Orden de 9 de mayo de 1962 por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril, art. 43 y art. 45.

³⁸ <<**Artículo 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo.**

(...)

4. Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, y equivalente al de los restantes trabajadores de la empresa.

El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su estado de salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos establecidos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en sus normas de desarrollo. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 41, en su caso, de la presente ley.

(...)>>

situación y que le sea otorgado un puesto de trabajo diurno, siempre que sea apto para ello y sin que de forma obligatoria deba ser del mismo grupo profesional.

En los casos en los que un trabajador tiene una disminución de su capacidad de trabajar por motivo de una enfermedad o accidente, el artículo 1 del RD 1451/1983 establece un cambio de funciones que se adapten a su situación. Este caso presenta especialidades, ya que el empresario y el trabajador estarán ligados a lo que establezca el convenio colectivo para ver si existe tal derecho u obligación para el empresario. Además, también se deberá observar si existe o no obligación de mantener sus retribuciones básicas en su puesto de origen.

Movilidad funcional por mutuo acuerdo

Como el art. 39 ET solo se aplica en los supuestos de movilidad funcional aplicada unilateralmente por el empresario y no por aquellos acuerdos entre las partes, como establece parte de la jurisprudencia³⁹, no existe ninguna norma de carácter imperativo que establezca lo que libremente puedan establecer las partes en cuanto a la modificación de funciones. Las partes solo estarán sometidas a las reglas generales de contratación.

No obstante, es necesario hacer hincapié en que el empresario no puede influir en la voluntad del trabajador para modificar sus funciones y, por supuesto, tampoco puede presionarlo de forma indirecta o solicitar formalmente un cambio de funciones.

Diferencia entre la movilidad funcional y la modificación sustancial de funciones

La diferencia entre el art. 39 ET, movilidad funcional, y el art. 41.1 f) ET, modificación sustancial de funciones, es la siguiente. Ambos comparten que debe existir un límite causal para el empresario. Por el contrario, la principal diferencia está en que las causas que alega el empresario en el art. 41.1 f) ET deben poseer carácter sustancial, es decir, que alteren y transformen los

³⁹ STS de 5 de marzo de 1985.

aspectos fundamentales de la relación laboral y pasen a ser otros de una forma notoria.

3.3 Causas de modificación sustancial de condiciones de trabajo

<<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 considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa>>. Esto son las causas que el art. 41 ET permite para que se produzca una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Pero, ¿cuándo podemos alegar que se dan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción? Eso analizaremos en este apartado, apoyándonos en la jurisprudencia y en la doctrina.

En su redacción anterior a la reforma de 2012, el art. 41 ET exigía <<probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción>> para justificar la modificación sustancial. Para San Martín Mazzucconi, estas cuatro causas <<se caracterizaban por su objetividad, no respondiendo a la mera conveniencia particular del empresario>>⁴⁰.

Situándonos en el período posterior al año 2012, es decir, en lo que significan ahora las causas del art. 41 ET, debemos decir que ahora basta con que las modificaciones <<estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica>> y de que la decisión favorezca la posición competitiva de la empresa. Por tanto, no será necesario que se demuestre que los vicios negativos han sido superados, como señala parte de la jurisprudencia⁴¹. Debemos hacer hincapié en esto, ya que parte de la doctrina constitucional considera que las definiciones de <<razones económicas, técnicas, organizativas o de producción>> pueden ser tomadas de otros artículos del ET, concretamente de tres: art. 47.1 ET, art. 51.1 ET y art. 82.3 ET.

⁴⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art.41 del ET (2009). Madrid, España: Ed. Aranzadi. Revista Aranzadi Doctrinal.

⁴¹STS (7790/2012) de 16 de noviembre de 2012.

CAUSAS ECONÓMICAS: <<Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.>>

CAUSAS TÉCNICAS: <<Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.>>

CAUSAS ORGANIZATIVAS: <<(…) causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción (…)>>

CAUSAS PRODUCTIVAS: <<(…) causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.>>

Estas definiciones poseen solo un valor meramente informativo, pero tienen la solidez para ser elementos que proporcionen un efectivo control judicial. El Tribunal Constitucional ve el art. 41 ET como <<una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos>> que el artículo menciona.

Con respecto a las causas económicas, la jurisprudencia⁴² señala que la empresa no puede utilizar el argumento de la dinámica del *low cost* o utilizar la memoria de la empresa para alegar la situación negativa de ésta si, en este caso, la empresa sigue teniendo beneficios.

⁴² STS (1249/2016) de 16 de febrero de 2016

Para parte de la doctrina, la Ley 3/2012 puede llevar, en este aspecto concreto que estamos tratando, a una interpretación errónea. Es Lousada Arochena⁴³ uno de los Magistrados a quien no le convence esta actualización de la legislación laboral. Para él, esta modificación supone un fortalecimiento de <<los poderes empresariales>> y, además <<desincentiva la impugnación judicial>>. Sáez Lara⁴⁴ coincide con Lousada Arochena. La reforma de 2012 <<se formula en términos muy genéricos>> y está <<desprovista de toda justificación finalista>>.

Además, Sáez Lara incide en las diferencias que existen entre el art. 41 ET previo a la Ley 3/2012 y el art. 41 ET posterior a ésta. <<Desaparece la exigencia de la finalidad de la medida en función de la cual se valore judicialmente su procedencia o improcedencia>>. Este cambio afecta al control judicial sobre la causa que se alega en la modificación y no posee <<un parámetro legal de justificación>>. Por tanto, el control judicial acaba siendo menos estricto y es más fácil, para el empleador, justificar las razones. Esta nueva redacción del art. 41 ET <<sitúa “materialmente” la decisión de modificación sustancial del contrato en el ámbito del poder directivo ordinario>>.

Toscani Giménez cree también que con el nuevo art. 41 ET <<se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad>>. Esto quiere decir que el control del poder judicial queda mermado y solo debe verificar que las causas que el empresario alega están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa que señala el artículo, a diferencia de lo que éste exigía previamente a la reforma de 2012. Es decir, <<a que la medida adoptada sea una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa>>.

Por último, haremos una breve comparación con respecto al despido colectivo (art. 51 ET) y la inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo

⁴³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial (2014). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer.

⁴⁴ SÁEZ LARA, C.: Medidas de flexibilidad interna, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (2012). España: Ed. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Págs. 221-248.

(art. 82 ET). La jurisprudencia no ha sido muy clara al respecto, pero en ambos supuestos no se exigen causas <<que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa>> como sí que se exigen en el art. 41 ET. Las causas coinciden con las de la modificación sustancial (económicas, técnicas, organizativas y productivas) pero en ambos casos no se entienden por igual.

Causas económicas

- art. 41 ET: relaciona las causas económicas con la competitividad.
- art. 51 ET y art. 82 ET: <<cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas>>. Para el art. 51 ET, el límite temporal es <<durante tres trimestres consecutivos>>. Para el art. 82 ET, únicamente dos trimestres consecutivos.

Causas técnicas

- art. 41 ET: relaciona las causas técnicas con la productividad.
- art. 51 ET y art. 82 ET: <<cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción>>.

Causas organizativas

- art. 41 ET: vincula las causas organizativas a la organización técnica.
- art. 51 ET y art. 82 ET: <<cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción>>.

Causas productivas

- art. 41 ET: une las causas productivas a la organización del trabajo de la empresa.

- art. 51 ET y art. 82 ET: << cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.>>

Como reflexión final, cabe añadir que la doctrina jurisprudencial es más estricta en cuanto a las causas que se aleguen en el despido colectivo y en la inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo con respecto a la modificación sustancial, ya que las primeras suponen un agravio mayor para el trabajador y deben ser controladas.

3.4 Listado de materias modificables según el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores

El art.41 ET ha variado notablemente con respecto a las materias modificables. La primera redacción del ET, en 1980, solo incluía como materias modificables la jornada de trabajo, el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y el sistema de trabajo y rendimiento. Con la Ley 11/1994, se añadieron las modificaciones en las funciones, siempre que <<excedan los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39>> del ET. En el 2010, con el Real Decreto-ley 10/2010, también hay una variación en el art. 41 ET. Al horario, en el apartado b, se le suma la distribución del tiempo de trabajo. En la última modificación, con la reforma de 2012, se añade un aspecto muy importante. En el apartado d, junto al sistema de remuneración, se suma la cuantía salarial como materia modificable.

Como podemos observar, el artículo 41 es bastante completo, pero posee un carácter abierto a otras modificaciones que puedan darse en otras materias y tengan carácter sustancial. Por las palabras <<entre otras>>, incluidas en el art. 41 ET, podemos decir que es un *numerus apertus*, es decir, una lista abierta.

A modo de breve comentario, debemos hacer una pequeña referencia a las condiciones de trabajo más beneficiosas. Según Lorente Rivas, son aquellas <<concedidas por el empresario a un trabajador individual o a un grupo de

trabajadores>> por medio de una <<concesión, pacto individual o colectivo o usos o prácticas de empresa>> que se encuentren por encima de las condiciones que les serían de aplicación de un modo convencional o legal.

Al formar parte del contrato del trabajador, se convierten en obligatorias para las partes. Además, estas condiciones más beneficiosas pueden ser individuales o colectivas. Como puede referirse a cualquier aspecto de la relación laboral, la condición más beneficiosa podrá ser modificada en algunos supuestos por el procedimiento del art. 41 ET.

Por tanto, las modificaciones que sean calificadas como sustanciales, aunque se traten de condiciones más beneficiosas, estarán previstas según lo dispuesto en el art. 41 ET.

A) Jornada de trabajo

La variación de la jornada del trabajo que, en la mayor parte de los casos, resulta ser en forma de reducción de jornada, está regulada por el art. 41 ET y el art. 47⁴⁵ ET.

Lo expuesto en el art. 41 ET con respecto a la jornada de trabajo, fuera de los límites del art. 47 ET, viene muy bien expuesto en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional⁴⁶. Dice lo siguiente:

<<(…) a raíz de la nueva regulación del contrato a tiempo parcial introducida en el art. 12 LET por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, dejó de ser posible al amparo del art. 41 LET una reducción de la jornada de trabajo en más de un tercio de su duración impuesta al trabajador en contra de su

⁴⁵<<**Artículo 47. Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.** (…)

2. La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un diez y un setenta por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.>> (…)

⁴⁶ STC 213/2005 de 21 de junio de 2005.

voluntad, dado que una tal reducción de jornada implicaría la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato “a tiempo parcial” y tal conversión “tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador, y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo” [art. 12.4 e) LET] (...). Más aún tras la última reforma de la definición legal del contrato a tiempo parcial operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, a partir de la cual cualquier reducción de jornada por debajo de la ordinaria implica la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial y, por lo tanto, conlleva necesariamente la exigencia de voluntariedad en la reducción y la exclusión de la aplicación del art. 41 LET>>.

Lo que afirma el Tribunal Constitucional en esta sentencia es que las reducciones de la jornada de trabajo superiores a más de un tercio de su duración, no estarán sometidas a lo dispuesto en el art. 41 ET. Y, por tanto, deberán estar sometidas al consentimiento del trabajador, es decir, al principio de voluntariedad⁴⁷ que el art. 12.4 e) ⁴⁸ ET exige.

B) Horario y distribución del tiempo de trabajo

El artículo no hace una diferencia expresa entre el horario y jornada y la jurisprudencia no siempre es clara en este aspecto. Partiendo de la base de que la jornada es un aspecto cuantitativo y el horario un aspecto cualitativo, una sentencia⁴⁹ de 2005 hace referencia a esta diferencia. <<Los conceptos de jornada y horario laboral, aunque conceptualmente distinguibles, se entremezclan, sin embargo, en orden a su tratamiento y ponderación jurídica, toda vez que la jornada, ya sea, anual, mensual o diaria, se compone, en todo

⁴⁷ Los cambios que se produzcan en el contrato a tiempo parcial no estarán afectados por el principio de voluntariedad.

⁴⁸ <<**Artículo 12. Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo.**

(...)

e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

(...)>>

⁴⁹ STS 2462/2005 de 21 de abril de 2005.

caso, de un número de horas determinado y cuando este último se altera esto puede repercutir, sin duda alguna, en la propia jornada laboral establecida>>.

Para Rodríguez Pastor⁵⁰, el horario de trabajo podemos entenderlo como <<la distribución de los períodos de trabajo y descanso de la jornada laboral con indicación de las horas de principio y fin de la jornada>>. Aunque los horarios pueden fijarse a través del convenio colectivo (en algunos sectores se regula el tipo de jornada, si partida o continuada, y los turnos de trabajo), no debería ser así debido a las <<peculiaridades de cada empresa>>, como explica Lorente Rivas⁵¹. Una vez los horarios estén fijados y los trabajadores tengan conocimiento de ello, las modificaciones que se lleven a cabo deberán ser cubiertas por el art. 41 ET. Dependiendo, obviamente, del número de trabajadores afectados, se procederá de una manera u otra, como veremos en el apartado 4.

El art. 41 ET es aplicable en los casos en los que las variaciones inciden en la distribución del tiempo de trabajo, sin afectar a su cantidad. Como la regulación exige cuarenta horas en cómputo anual y, puede existir una distribución irregular del tiempo de trabajo, si ésta distribución irregular se materializa a través de un convenio colectivo estatutario, no podrá ser modificada por la vía del art. 41 ET. En los demás supuestos, sí es posible. En el contrato individual se puede pactar una distribución irregular de la jornada, siempre y cuando se respeten los límites de 9 horas diarias y 40 horas semanales en cómputo anual.

Además, como veremos en el siguiente apartado, el 41.1 b) incluye también las modificaciones que se producen en los turnos fijos, pero no así en los turnos variables.

C) Régimen de trabajo a turnos

Podemos apoyarnos en el art. 36.3 ET para dar una definición al trabajo a turnos: << Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo

⁵⁰ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: Modificación de horario de trabajo (1998). Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch. Págs. 46 y 47.

⁵¹ LORENTE RIVAS, A.: Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo (2009). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer.

en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas>>. Como habíamos dicho previamente, el 41.1 c) no es aplicable para los turnos fijos. Sí lo es para los turnos variables. El principal motivo es que la jurisprudencia⁵² ha considerado que estas modificaciones de los turnos variables suponen algo diferente a los horarios. Por un lado, parte de la doctrina⁵³ considera el cambio de horario como el cambio de turno fijo de tarde a mañana o de mañana a tarde. En sentido contrario, otra parte de la doctrina jurisprudencial considera una modificación de turnos como un cambio de tres turnos a la semana por un turno consistente en trabajar 24 horas y descansar 3 jornadas completas.

D) Sistema de remuneración y cuantía salarial

El 4.1 d), hasta el 2012, solo regulaba el sistema de remuneración. Con la reforma de 2012 se introdujo también la cuantía salarial. Sistema de remuneración es una expresión equivalente a sistema salarial. Hace referencia, según palabras de Lorente Rivas, a los diferentes <<procedimientos de cuantificación del montante salarial>>. Estos son, entre otros, los <<el que toma como referencia la unidad de tiempo>> y el <<que parte de la unidad de obra, salario a comisión, etc>>.

Por su parte, Pérez de los Cobos⁵⁴ ubica dentro del sistema de remuneración los cambios del sistema salarial. Estos cambios son los que <<se introduzcan en los criterios tomados en consideración para retribuir el trabajo efectivo: el tiempo de trabajo, el resultado obtenido con el trabajo o una combinación de ambos>>.

Por tanto, cualquier modificación del sistema de cálculo salarial o, lo que es lo mismo, cualquier cambio del sistema de salario por tiempo a otro, o viceversa, podrá ser una modificación sustancial del sistema de remuneración.

⁵² STSJ 513/2000 de 25 de abril de 2000 (Baleares).

⁵⁵ STSJ 16638/1999 de 27 de enero de 1999 (Andalucía).

⁵⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo (1996). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer.

Independientemente de <<la mayor o menos repercusión monetaria que tenga>>, como apunta Lorente Rivas. Además, la creación de un incentivo nuevo, aunque sea en forma de mejora salarial para el trabajador, tiene una incidencia directa en el rendimiento que se le exige al trabajador y, por tanto, como apuntan algunas sentencias⁵⁵, también se puede considerar una modificación del sistema de remuneración.

Por otro lado, las modificaciones que afecten a la estructura salarial también son consideradas sustanciales. La estructura salarial se refiere a <<la distribución del salario entre sus diferentes componentes, como son el salario base y los diversos complementos salariales aplicables>>, según Lorente Rivas. Para su cálculo, estos componentes están sujetos a cualquier sistema salarial, ya sea por obra o por tiempo.

Por tanto, determinamos así que dentro del 41.1 d) deberemos incluir los cambios que se produzcan en los sistemas salariales y en las estructuras salariales, pues son considerados una modificación del sistema de remuneración.

Al introducir, en el 2012, la cuantía salarial también dentro del 41.1 d), también debemos hacer especial hincapié en ella. Especialmente, porque ha sido la última en ser incluida en el art. 41 ET y ha creado confusión. Aunque nos ceñiremos exclusivamente a este artículo, cabe mencionar que el salario también puede ser modificado por la vía del art. 82.3⁵⁶ ET, pero

⁵⁵ STSJ 10892/1998 de 26 de octubre de 1998 (Andalucía).

⁵⁶ **Artículo 82 Concepto y eficacia**

3. Los Convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.

necesariamente debe afectar a un convenio colectivo estatutario (más tarde incidiremos en ello). Por tanto, el 41.1 d) serán las modificaciones de salario de los demás supuestos: contrato de trabajo, convenio colectivo extraestatutario, pacto de empresa o decisión unilateral del empresario.

Cuando el 41.1 d) se refiere a la cuantía salarial no queda claro a qué se refiere exactamente. Para Gala Durán⁵⁷, << las percepciones extrasalariales también son susceptibles de modificación por esta vía, especialmente las mejoras voluntarias>>. Al igual que en el art. 82.3 ET es necesaria una situación económica negativa, en el 41.1 d) la cuantía salarial puede ser reducida si la objetiva tiene solo como objetivo ser más competitiva o productiva.

En todo caso, la decisión del empresario de modificar la cuantía salarial tiene como límite <<el salario previsto en el convenio colectivo estatutario>> salvo que se haya procedido a aplicar, previamente, el art. 82.3 ET. Si no existe convenio en vigor, el límite estará en el salario mínimo interprofesional.

E) Sistema de trabajo y rendimiento

Refiriéndose a la modificación sustancial del sistema de trabajo y rendimiento el art. 41 ET, según Lorente Rivas, lo considera una modificación de <<los sistemas de medición de los rendimientos de los trabajadores>> algo que incide en la <<posible percepción de incentivos>>.

Junto a dichas técnicas de organización del trabajo, para Lorente Rivas existen otras denominadas como neutras porque <<no tienen repercusión directa sobre el rendimiento tipo o normal>>. Ejemplos claros son las técnicas de planificación y control de la producción o los estudios de tiempos de trabajo. A

c) Régimen de trabajo a turnos.

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

e) Sistema de trabajo y rendimiento.

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley.

g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

⁵⁷ GALA DURÁN, C.: Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (2012). Barcelona, España: Ed. La Ley. Actualidad Laboral, N.º 11, Quincena del 1 al 15 Jun. 2012, Tomo 1.

partir de estas técnicas neutras se implantan los cambios de los sistemas de trabajo y rendimiento, que sí están incluidos en el 41.1 e).

Por ello, la aplicación de estas técnicas de estudio no suponen de por sí una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. <<Aplicar las técnicas de estudio y mejora de sistemas de trabajo y rendimiento hasta las últimas consecuencias>> sí que supone una modificación sustancial encajada en este apartado, apunta Lorente Rivas. La modificación del sistema de trabajo y rendimiento deben ir unidas, porque <<podría establecerse un nuevo sistema de trabajo sin alteración del sistema de rendimiento, o viceversa>>.

F) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores

En el punto 3.2 nos referimos a un tipo de movilidad conocida como movilidad funcional extraordinaria. Este tipo de movilidad exige un pacto entre trabajador y empresario o se regula mediante el procedimiento de modificación sustancial del art. 41 ET.

En estos supuestos hay una atribución de funciones que comporta un cambio de grupo profesional. Aunque existe un límite causal (que se dé una de las causas del art. 41 ET), no existe un límite temporal para tales supuestos. Esa es la principal diferencia con la movilidad funcional que regula el art. 39 ET. Deberá seguir los procedimientos del art. 41 ET, dependiendo de si esta modificación es individual o de si es colectiva.

Al trabajador se le atribuye eficacia resolutoria (art. 41.3 ET) en estos supuestos.

G) Otras materias no mencionadas en el artículo 41

Por las palabras <<entre otras>>, incluidas en el art. 41 ET, determinamos que el artículo es un *numerus apertus*, es decir que, a parte de las materias mencionadas, pueden existir otras que, en este caso, los órganos jurisdiccionales deberán determinar. Este procedimiento se seguirá para cada

caso en concreto, para así determinar si estamos ante una modificación sustancial o no.

Al no poder referirnos a todas aquellas que han sido consideradas como modificación sustancial de condiciones de trabajo, expondremos algunos ejemplos de sentencias que sí las han reconocido como tal, recogidas en el Memento 2017. Son las siguientes:

- mejoras voluntarias de la Seguridad Social (STSS 414/2003 de 27 de enero de 2003 y 2183/2001 de 19 de marzo de 2001).
- suspensión de aportaciones a un plan de pensiones (STS 5664/2015 de 18 de noviembre de 2015).
- ayuda de comida (STS 3998/1999 de 7 de junio de 1999).
- utilización de vehículos de empresa (STSS 5354/1999 de 22 de julio de 1999 y 8029/1997 de 29 de diciembre de 1997).

Por otro lado, también hay casos en los cuales la sentencia no ha considerado una situación como una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos ejemplos son:

- cambio de ruta de un transportista (STSJ 1799/2006 de 13 de junio de 2006, en Castilla la Mancha).
- alteración de los criterios que distribuyen el incentivo variable que percibe el trabajador en cada año en concreto (STS 4164/1998 de 22 de junio de 1998).

4. Procedimiento en las modificaciones individuales y colectivas

La normativa hace una especial diferencia entre los procesos de modificación individual y los procesos de modificación colectiva. Con anterioridad a la reforma de 2012, las reglas para la modificación eran complejas. El art. 41 ET consideraba la modificación de carácter individual aquella que afectase a las condiciones que se disfrutaban a título individual y la modificación de carácter colectivo aquella que afectase a condiciones reconocidas a los trabajadores por pacto colectivo o decisión unilateral del empresario con efectos colectivos.

Ahora, tras la reforma de 2012, es más sencillo determinar cuándo estamos ante una modificación de carácter individual y cuándo se trata de una modificación de carácter colectivo. Dependerá del número de trabajadores afectados, aunque las modificaciones afecten a condiciones reconocidas de reforma colectiva.

El art. 41 ET establece claramente esta diferenciación:

<<Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas>>.

A priori, la modificación sustancial individual y el despido individual y la modificación sustancial colectiva y el despido colectivo comparten umbrales numéricos. Al respecto, la jurisprudencia⁵⁸ es tajante en este tema y no cabe interpretación alguna con respecto a los umbrales. <<La conjunción de los artículos 51.1 y 52.c) no deja lugar a la duda: cuando el empresario procede a efectuar despidos en número superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 ET estamos en presencia de un despido colectivo y hay que seguir los trámites y procedimiento que la ley ha previsto para la tramitación de tales extinciones colectivas, y cuando es inferior, habrá de acudirse al despido individual>>.

⁵⁸ STS 3906/2017 de 10 de octubre de 2017.

Además, aunque el legislador no concreta, debe considerarse que los umbrales numéricos vienen referidos al ámbito de la empresa y no al centro de trabajo⁵⁹ en el caso de la modificación sustancial. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial⁶⁰ ha considerado que en el caso del despido colectivo y el despido objetivo se refiera al centro de trabajo y no necesariamente a la empresa.

Para evitar posibles fraudes del empresario que intente evitar el procedimiento colectivo, cuando la empresa lleve a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos continuados de noventa días en número inferior a estos umbrales, sin que concurren causas nuevas, estas modificaciones serán declaradas nulas, en fraude de ley y sin efecto. Si la empresa alegase causas nuevas, no habría que sumar los trabajadores afectados, aunque sea en período de 90 días. Si pasados 90 días la empresa alega las mismas causas, tampoco habría que sumarlos.

La carga de probar la realidad y la proporcionalidad de las causas alegadas es del empresario, según García-Perrote⁶¹. Además, afirma que debe haber relación causal entre los motivos que se alegan y las medidas que se quieren adoptar. Es necesario añadir que en el caso de que haya acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, las causas serán irrelevantes y no será necesario aportarlas.

El art. 41 ET incluye las modificaciones que no derivan de un convenio, pero sí de un pacto o acuerdo colectivo. El art. 82 ET es aquel que regula todas las modificaciones de condiciones reguladas por convenio, tema del que hablaremos más adelante.

4.1 Modificaciones individuales

Aunque el tratamiento es el mismo, realmente existen dos tipos de modificaciones individuales. Las <<individuales puras>> y las <<individuales

⁵⁹ STSJ 4974/2003 de 2 de octubre de 2003 (Galicia) y STSJ 395/2007 de 17 de enero de 2007 (Cantabria).

⁶⁰ STS 848/2016 de 17 de octubre de 2016 y STJUE de 18 de febrero de 2016. Asunto C-49/14.

⁶¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y CRUZ VILLALON, J.: Comentario al Estatuto de los Trabajadores (2014). Valladolid, España: Ed. Thomson Reuters (Legal) Limited. 3ª edición.

plurales>>, como apunta Cruz Villalón en sus textos. Las <<individuales puras>> son aquellas que, según el art. 41.2 ET, <disfrutaban los trabajadores a título individual>>. Las <<individuales plurales>> se rigen por dos criterios. El primero de ellos, que la modificación afecte a las funciones y el horario de trabajo. El segundo criterio, cuantitativo, es que no se superen los umbrales del art. 41.2 ET.

Las modificaciones individuales son llevadas a cabo de forma unilateral por el empresario. Éste estará obligado a notificarlo al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación de 15 días a la fecha en la que tendrá afecto (previamente a la reforma de 2012, eran necesarios 30 días). Los días deben considerarse naturales y el cómputo debe iniciarse el día siguiente al de la notificación. Si no se produce esta notificación, la LISOS regula en su artículo 7.6⁶² la no notificación a los representantes como una falta grave.

El ET no pide ningún requisito de forma, pero la jurisprudencia y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, LRJS en adelante, han exigido la forma escrita. Podemos decir que la jurisprudencia se apoya en el art. 8.5 ET, que en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, dice que <<el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito>>. En caso de ausencia de forma escrita, corresponde al empresario la carga de la prueba⁶³. El incumplimiento del plazo de preaviso, según parte de la doctrina, como San Martín Mazzucconi, no genera el deber de obedecer la medida y, por tanto, ésta no es ejecutiva.

Además de alegar las causas de la modificación sustancial, el empresario deberá informar sobre los cambios que se llevarán a cabo, sobre qué condiciones opera y la fecha de la notificación, así como la fecha en la que

⁶² << La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, según lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores>>.

⁶³ STSJ 7/1996 de 18 de abril de 1996 (Castilla La-Mancha).

tendrá efecto. A diferencia de las modificaciones colectivas, en este caso no es necesario el período de consultas.

4.2 Modificaciones colectivas

A grandes rasgos, el art. 41.4 ET regula las modificaciones colectivas que no derivan de un convenio, pero sí de un pacto o acuerdo colectivo. Es el art. 82 ET el que se encarga, junto al descuelgue salarial, de las modificaciones de las condiciones reguladas en el convenio colectivo.

Como habíamos dicho al principio de este apartado, las modificaciones colectivas tienen un carácter cuantitativo. Deben afectar, en un período de 90 días, a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

El procedimiento de la modificación colectiva es bastante más complejo que el de la modificación individual. En primer lugar, se celebrará un período de consultas no superior a 15 días. Este período de consultas tratará la posibilidad de evitar o reducir los efectos de la modificación y se tratarán las causas que el empresario alega. En caso de no existir representación legal de los trabajadores, se constituirá una comisión negociadora. Más tarde incidiremos en estos aspectos.

El período de consultas puede finalizar con acuerdo o sin él. <<Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presume que concurren las causas justificativas>>. Entonces, <<solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho>>, establece art. 41.4 ET en su último párrafo.

4.2.1 Período de consultas

Aunque antes la duración debía ser no inferior a 15 días, con la reforma de 2010 se puso este plazo en un máximo de 15 días improrrogables. Toscani Giménez considera que el legislador, con esta reforma, pretende <<reducir el tiempo del procedimiento haciendo más flexible la gestión de la mano de obra>> en aquellas situaciones en las que se requieran <<respuestas inmediatas>>. La urgencia, para Toscani Giménez, hace que sea <<más improbable que se llegue a un acuerdo en un plazo tan corto>>. Autores como San Martín Mazzucconi consideran que este carácter improrrogable no impide un período de consultas más largo, ya que ambas partes pueden <<pactar una mejora de la ley>>.

Durante este período de consultas, es obvio que las partes deben negociar de buena fe, pero no existe un contenido concreto para las reuniones entre las partes, ni tampoco un número mínimo o máximo de reuniones. Sin embargo, la jurisprudencia⁶⁴ considera que se ha cumplido el período de consultas si la empresa convoca dos veces al comité y este no asiste a las reuniones. También ha considerado⁶⁵ cumplido el período de consultas cuando empresa y representación de los trabajadores han intercambiado escritos pese a que no se haya producido ninguna reunión. El legislador no ha establecido toda la documentación que debe aportarse, pero sí que será necesario un documento que acredite las causas.

A partir de la comunicación empresarial, habrá un plazo máximo de 7 días para constituir la comisión representativa de los trabajadores. Este plazo será de 15 días en los centros de trabajo en los cuales no existan representantes legales de los trabajadores.

La representación legal de los trabajadores y el empresario podrían acordar la sustitución del período de consultas por la aplicación de un procedimiento de arbitraje o mediación que sea aplicable en el ámbito de la empresa, pero celebrado también durante un plazo máximo de 15 días.

⁶⁴ STSJ 4652/2005 de 18 de noviembre de 2005 (Canarias).

⁶⁵ STSJ 4251/2006 de 6 de julio de 2006 (Comunidad Valenciana).

4.2.2 Constitución de la comisión negociadora

Para constituir la comisión negociadora, debemos tener en cuenta que este proceso dependerá del número de centros de trabajo afectados y de si existe o no representación legal de los trabajadores.

Los miembros de la comisión negociadora serán los miembros de las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden y tengan representación mayoritaria en los comités de empresa. Otra opción es que sean los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, representando así a todos los trabajadores de los centros afectados. Si no nos encontramos ante ninguno de estos dos casos, pueden darse las siguientes situaciones:

- si el procedimiento afecta solo a un centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. Si no existiese representación legal de los trabajadores, estos podrán elegir una comisión *ad hoc* de un máximo de tres miembros. Podrá estar integrada por trabajadores de la propia empresa que sean elegidos de forma democrática o bien designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuviesen legitimados para formar parte de la comisión negociadora del Convenio Colectivo de aplicación.
- si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, los interlocutores podrán ser los miembros del comité intercentros siempre que exista o, si no, una comisión representativa. En este caso, si todos los centros afectados cuentan con representantes legales de los trabajadores, éstos formarán la comisión. Si, por el contrario, alguno de los centros no cuenta con representantes legales y otros sí, la comisión estará formada por los representantes legales de los centros que cuenten con dichos representantes. Los centros sin representación legal podrán designar una comisión *ad hoc* y el número de representantes será una mezcla de ambos, siempre en proporción al número de trabajadores que representen.

- si afecta a más de un centro de trabajo y ninguno cuenta con representantes legales de los trabajadores, se designará una comisión *ad hoc*.

En todos estos supuestos, el número de representantes no podrá ser superior a 13. En los supuestos de comisión *ad hoc*, no podrá ser superior a 3, pero obviamente tiene que ser de al menos 2 trabajadores.

4.2.3 El acuerdo

Celebrado el período de consultas, puede terminar con o sin acuerdo.

Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores.

Si el período de consultas termina con un acuerdo, se presume que concurren las causas justificativas y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social en caso de que exista fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Se entenderá que concurren las causas justificativas, pero los trabajadores tendrán derecho a <<a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses>>, como apunta el párrafo segundo, del apartado 3, del art. 41 ET. Obviamente debe existir concordancia entre lo negociado en el período de consultas y lo acordado por el empresario. En aquellos casos en los cuales lo implementado por la empresa se aleje de lo negociado en el período de consultas, la jurisprudencia⁶⁶ ha acordado que la modificación será nula.

Si no existiese acuerdo, el empresario puede, de forma unilateral, adoptar las medidas cumpliendo el trámite del período de consultas. Deberá ser notificado por el empresario a los trabajadores. El plazo de preaviso será de 7 días en las modificaciones colectivas. La notificación irá dirigida a los trabajadores y no a

⁶⁶ ST Audiencia Nacional 2763/2013 de 20 de junio de 2013.

sus representantes, ya que estos ya poseen la información por haber participado en el período de consultas anterior, ha señalado la jurisprudencia⁶⁷.

5. Modificaciones que afecten a condiciones laborales del Convenio Colectivo

Como sabemos, es el art. 41 ET el que regula las modificaciones colectivas que no derivan de un convenio. Por tanto, el artículo que se encarga de regular estas modificaciones de condiciones reguladas por convenio es el art. 82 ET. Este procedimiento aparece con la reforma laboral de 2012.

El art. 82.3 ET dice lo siguiente: <<cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa>>. Por tanto, empresa y representantes de los trabajadores podrán negociar esta inaplicación. Las materias son prácticamente similares a las del art. 41 ET: únicamente se añaden las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Como sucede con la modificación sustancial de condiciones de trabajo, el período de consultas puede terminar con o sin acuerdo.

Si existe acuerdo y, al igual que sucede con el art. 41 ET, <<se presumirá que concurren las causas justificativas>> y, en ese caso, <<solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión>>. Las nuevas condiciones de trabajo tendrán vigencia hasta que un nuevo convenio colectivo sea aplicado sobre la empresa.

Si no existiese acuerdo, <<cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de

⁶⁷ STSJ 596/1999 de 16 de abril de 1999 (Navarra).

siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada>>. Si este procedimiento no fuera aplicable <<o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos>>.

6. Conclusiones

Primero. Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo serán aquellas que alteren la relación laboral de una forma notoria. Un concepto jurídico indeterminado que prevé una lista *ad exemplum* en el art. 41.2 ET.

Segundo. La movilidad funcional es la decisión unilateral del empresario de variar las funciones de los trabajadores. La variación puede ser dentro del grupo profesional o fuera de él. En este último caso, existe un límite causal y un límite temporal. Por tanto, deberá ser justificada y por un período determinado.

Tercero. Las causas que se han de alegar para una modificación sustancial deberán estar relacionadas con la productividad, la competitividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa y podrán ser de 4 tipos: económicas, técnicas, organizativas o productivas. La prueba de que existen estas causas recae sobre el empresario.

Cuarto. La modificación sustancial podrá afectar a materias como la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento y las funciones, entre otras, al encontrarnos ante una lista *ad exemplum*.

Quinta. Las modificaciones sustanciales pueden ser de carácter individual o de carácter colectivo. Para diferenciarlas, hay que observar el número de trabajadores afectados en el plazo de 90 días. Los procedimientos en ambos supuestos son diferentes, si bien el procedimiento en las modificaciones

colectivas requiere de la constitución de una comisión negociadora y la celebración de un período de consultas.

7. Bibliografía

7.1 Jurisprudencia consultada

- 1) Rec 1281/1997 de 11 de diciembre de 1997.
- 2) Rec 183/2004 de 10 de octubre de 2005.
- 3) ST Audiencia Nacional 2763/2013 de 20 de junio de 2013.
- 4) STC 123/1992 de 28 de septiembre de 1992.
- 5) STC 128/2002 de 3 de junio de 2002.
- 6) STC 213/2005 de 21 de junio de 2005.
- 7) STJUE de 18 de febrero de 2016. Asunto C-49/14.
- 8) STS 1249/2016 de 16 de febrero de 2016.
- 9) STS 2183/2001 de 19 de marzo de 2001.
- 10) STS 2462/2005 de 21 de abril de 2005.
- 11) STS 3906/2017 de 10 de octubre de 2017.
- 12) STS 414/2003 de 27 de enero de 2003.
- 13) STS 4164/1998 de 22 de junio de 1998.
- 14) STS 5527/2015 de 10 de noviembre de 2015.
- 15) STS 5527/2015 de 10 de noviembre de 2015.
- 16) STS 628/2017 de 24 de enero de 2017.
- 17) STS 7790/2012 de 16 de noviembre de 2012.
- 18) STS 8029/1997 de 29 de diciembre de 1997
- 19) STS 848/2016 de 17 de octubre de 2016.
- 20) STS de 25 de febrero de 1999.
- 21) STS de 5 de marzo de 1985.
- 22) STSJ 10892/1998 de 26 de octubre de 1998 (Andalucía).
- 23) STSJ 16638/1999 de 27 de enero de 1999 (Andalucía).
- 24) STSJ 1799/2006 de 13 de junio de 2006 (Castilla La-Mancha).
- 25) STSJ 395/2007 de 17 de enero de 2007 (Cantabria).
- 26) STSJ 4251/2006 de 6 de julio de 2006 (Comunidad Valenciana).
- 27) STSJ 4652/2005 de 18 de noviembre de 2005 (Canarias).

- 28) STSJ 4974/2003 de 2 de octubre de 2003 (Galicia).
- 29) STSJ 513/2000 de 25 de abril de 2000 (Baleares).
- 30) STSJ 596/1999 de 16 de abril de 1999 (Navarra).
- 31) STSJ 7/1996 de 18 de abril de 1996 (Castilla La-Mancha).

7.2 Monografía

- 1) BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: Reducción de jornada ex arts. 41 y 47 ET: una conversión del contrato a tiempo parcial ilegal (2013). Barcelona, España: Asociación Catalana de Iuslaboralistes.
- 2) CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo (2011). Madrid, España: Ed Tecnos.
- 3) DURÁN LÓPEZ, F y SAÉZ LARA, C.: Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo (1991). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer.
- 4) GALA DURÁN, C.: Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (2012). Barcelona, España: Ed. La Ley. Actualidad Laboral, N.º 11, Quincena del 1 al 15 jun. 2012, Tomo 1.
- 5) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y CRUZ VILLALON, J.: Comentario al Estatuto de los Trabajadores (2014). Valladolid, España: Ed. Thomson Reuters (Legal) Limited. 3ª edición.
- 6) LORENTE RIVAS, A.: Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo (2009). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer.
- 7) LOUSADA AROCHENA, J.F.: Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial (2014). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer.
- 8) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo (1996). Madrid, España: Ed. Wolters Kluwer.
- 9) RODRÍGUEZ PASTOR, G.: Modificación de horario de trabajo (1998). Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch. Págs. 46 y 47.
- 10) RUESGA BENITO, S., VALDÉS DAL-RÉ, F. Y ZUFIAUR NARVAIZA, J.: A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores (2005). Madrid, España: Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- 11) SÁEZ LARA, C.: Medidas de flexibilidad interna, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (2012). España: Ed. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Págs. 221-248.
- 12) SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El Régimen Jurídico de la Modificación Sustancial de las Condiciones de trabajo (1999). Pamplona, España: Ed. Aranzadi
- 13) SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art.41 del ET (2009). Madrid, España: Ed. Aranzadi. Revista Aranzadi Doctrinal.
- 14) TOSCANI GIMÉNEZ, D.: La modificación unilateral de las condiciones de trabajo por el empresario (2012). Madrid, España: Ed. Grupo Francis Lefebvre.

7.3 Legislación

- 1) Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.
- 2) Orden de 9 de mayo de 1962 por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril.
- 3) Ley de Contratos de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931.
- 4) Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.
- 5) Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
- 6) Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales
- 7) Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.
- 8) Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.
- 9) Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.
- 10) Decreto de 13 de julio de 1961.

- 11) Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
- 12) Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- 13) 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.
- 14) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- 15) Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.
- 16) Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- 17) Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
- 18) Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- 19) Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- 20) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- 21) Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

8. Anexos

ANEXO I. Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (Estatuto de los Trabajadores).

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 considerarán tales las que estén

relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.

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 quince días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, 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 periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

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.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado 2 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.

4. Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que 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 consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros

afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados.

En defecto de lo previsto en el párrafo anterior, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:

a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:

En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1.^a Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2.^a Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

3.^a Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de

representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser

impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3.

5. La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

6. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.

7. En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40.

ANEXO II. Artículo 39. Movilidad funcional (Estatuto de los Trabajadores).

1. La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.

2. La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional solo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de esta a los representantes de los trabajadores.

En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años,

el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer periodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes.

3. El trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.

4. El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo.

ANEXO III. Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

2. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

Anexo IV. Artículo 26. Protección de la maternidad (Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora

embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

Párrafo 1.º del número 2 del artículo 26 redactado por el apartado dos de la disposición adicional duodécima de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres («B.O.E.» 23 marzo). Vigencia: 24 marzo 2007

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo

certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

5. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.