



La flexibilidad interna: problemas aplicativos¹

María Luz García Paredes

Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

En la flexibilidad interna, en oposición a la externa, se viene refiriendo toda medida que altera las relaciones laborales sin implicar la extinción del contrato. Estas medidas, por tanto, van a afectar al contenido de las relaciones laborales en su consideración individual o colectivo.

En este marco de medidas, el ámbito y régimen de adopción de las mismas es el elemento primordial. Así, se viene distinguiendo distintas calificaciones de flexibilidad interna a) la **ordinaria** –“aquella ligada al poder regular de dirección del empresario de forma que no se necesitan causas ni procedimientos de consulta o negociación para la adopción de decisiones al respecto”²- b) las que se someten a esas reglas por salir de aquel poder de dirección. En estas encontramos distintos ámbitos de modificación: condiciones de trabajo fijadas en el propio convenio colectivo (**inaplicación por la vía del art. 82.3 ET**), y condiciones de trabajo fijadas en contrato, acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas en virtud de decisión unilateral del empresario (art. 40, 41 y 47 ET) (**la movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, reducciones de jornada y suspensiones del contrato de trabajo**)

Junto a ellas, se suele hablar de flexibilidad interna **extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos** –cuando existen variaciones en las condiciones de trabajo que puede ser de carácter sustancial, pero que, por su carácter temporal, no está incluida en el ámbito el art. 41 ET³,

También se vincula a la flexibilidad interna, el alcance de la ultractividad, en atención a la reforma introducida en lo dispuesto en el art. 86.3 ET, así como las condiciones del convenio colectivo de empresa, en el marco de regulación del art. 84.2 ET.

Como la finalidad de esta exposición es la de tratar las cuestiones que se han suscitado tras la referida reforma, los problemas aplicativos, he considerado oportuno centrarla en la respuesta dada por el orden jurisdiccional, tomando como referencia los pronunciamientos más cercanos en el tiempo.

El esquema de la exposición, por tanto, lo será en el aspectos sustantivo y procesal que afecta a esa materia.

A título indicativo, no ya desde el aspecto aplicativo sino en el marco de la efectividad que la reforma laboral ha podido tener en este espacio temporal que ha transcurrido, es curioso acudir a las estadísticas en donde se pone de manifiesto que, a pesar de que el

¹ M^a Luz García Paredes, Magistrada.

² Art. 22 y 39 ET. Igualmente, podría entenderse en este ejercicio del ius variandi el art. 43.2 nos indica que “en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”

³ Se identifica por tal en la doctrina, v.g. recogida en el art. 39.2 ET



legislador ha pretendido que la flexibilidad interna sea la medida que pudiera contribuir de forma menos traumática a la superación de las crisis empresariales, aquéllas nos ponen de manifiesto, en principio, que esas medidas no son las que han primado o estado a un nivel similar a las de flexibilidad externa⁴

CUESTIONES SUSTANTIVAS

MEDIDAS.

1. Modificación sustancial de condiciones de trabajo:

La problemática que se ha presentado en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, son variadas y la que ha llegado a los tribunales no todas traen causa de las reforma. Así, se podría reseñar como tal la relativa a la determinación de si el cambio es sustancial o meramente accidental – especialmente respecto al tiempo de trabajo –, si determinadas modificaciones en el contrato alteran la naturaleza o modalidad – en la cuantía salarial, en la jornada, etc. Vamos a referir alguna de ellas.

A, Que título sirve para invocar condiciones de trabajo a los efectos del art. 41 ET?

Con cita expresa de la reforma laboral del 2012, y partiendo de la anterior regulación del art. 41 ET, se ha dicho ya por la jurisprudencia, que la misma ha afectado a tres cuestiones. 1. Ámbito de las modificaciones; 2. Contorno de las causas; 3. La instrumentalidad de las modificaciones sobre las causas. Realmente, el contorno de las causas, tal y como esa doctrina lo identifica, las causas siguen siendo las mismas, siendo lo relevante el tercer punto⁵. A ese nuevo contenido se debe unir reglas del procedimiento (v.g. comisión negociadora)

El art. 41.1 E delimita el ámbito de la modificación⁶ y en él la novedad introducida, según ya expone la jurisprudencia, radica en que *“el salario puede ser modificado a la baja por unilateral voluntad del empresario [aunque ya se había admitido en la anterior*

⁴ El Servicio Público de Empleo, en relación con el acceso a la protección contributiva y por tanto, respecto de situaciones que suspenden o incurrir en desempleo parcial y/o extinguen relaciones laborales, al ser estos datos los más específicos que se consignan, recoge la existencia entre enero y febrero de 2014 de altas iniciales que traen causa de suspensión y desempleo parcial (40,552) que contrasta con respecto de los despidos colectivos (13.109),

⁵ Antes de la reforma, el art. 40 y 41 ET indicaban que se entendía que concurrían esas causas cuando *“la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”*, mientras que la reforma señala que *“Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad, u organización técnica o del trabajo en la empresa”*, añadiendo en la movilidad geográfica *“así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial”*.

⁶ *“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 de esta Ley”*. Igual ámbito se recoge en el art. 82.3 con la diferencia de que en éste se incluyen las mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social.



referencia legal al “sistema de renumeración”], con el límite de al retribución prevista en el art. 82.3 ET; o lo que es igual, la exclusiva decisión empresarial únicamente alcanza –en lo que al salario se refiere- a las cuantías que el trabajador perciba como mejora del Convenio”⁷

Pero junto a esa cuestión referida al ámbito de las modificaciones, y sin perjuicio de referirnos más adelante a la instrumentalidad de las modificaciones sobre la causa, entendemos que es interesante resaltar otro aspecto que está vinculado a él como es la fuente de la condición que se modifica.

Esta cuestión se suscita a raíz de la alteración que se produce en el texto legal, a partir del RDL 2012, cuando se identifica en el art. 41.2 ET como condiciones de trabajo las reconocidas a los trabajadores en el contrato sustituyendo el término “a título individual” del texto anterior, y si esa nueva expresión excluye condiciones que no provenga de las fuentes que ese apartado recoge y, en concreto, las condiciones más beneficiosas o mejoras no contractualizadas⁸. Esta cuestión se analiza en reciente sentencia en donde, tras un exhaustivo análisis, incluso histórico, de las condiciones más beneficiosas y la regulación del art. 41 ET, concluye diciendo que *“la modificación de una condición de trabajo vigente, individual o colectiva, con independencia de cuál sea su fuente, no puede ser introducida unilateralmente por la empresa fuera del artículo 41 salvo en los tres supuestos antes señalados: a) Cuando no pueda considerarse sustancial y quede dentro del poder de dirección del empresario; b) Cuando sea estrictamente precisa para dar cumplimiento a una obligación impuesta por una norma de rango superior a aquélla que originaba la condición modificada; c) Cuando se trate de poner fin a una situación de tolerancia o falta de control”* (SAN de 5 de mayo de 2014, D. 63/2014⁹). En definitiva, el texto actual que se ha dado por la reforma laboral al art. 41.2 ET no tiene repercusión alguna modificativa sobre las fuentes de las condiciones laborales que comprende el citado precepto legal.

Igualmente y dentro de esta cuestión relativa a la fuente de la condición de trabajo, se sigue manteniendo la distinción entre modificaciones de condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo estatutario y el extraestatutario, señalando la jurisprudencia que *“c. Con ello olvida nuestra doctrina sobre los acuerdos extraestatutarios y que el artículo 41 del E.T. da un tratamiento diferente en sus números 5 y 6 a las modificaciones contractuales colectivas, según vengán establecidas en convenios colectivos estatutarios (los del Título III del Estatuto de los Trabajadores) o extraestatutarios. Para el primer supuesto debe seguirse el trámite del artículo 82-3 del E.T. y se requiere acuerdo, mientras que en el segundo la modificación la puede acordar el empresario, tras la negociación, aunque esta finalice sin acuerdo”* (STS de 22 de julio de 2013, RC 106/2012).

⁷ STS de 27 de enero de 2014, RC 100/2013, asunto Cortefiel y reducción salarial,

⁸ La cuestión, a nuestro juicio, vendría referida a las condiciones individuales, ya que las colectivas están expresamente reflejadas en el art. 41.2 ET,

⁹ Sentencia en la que se impugna una decisión empresarial para todos sus centros en el territorio nacional en la que unifica el régimen de descaso diario de bocadillo o café indican dique no tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Se acredita que los trabajadores de determinados centros durante años disfrutaron de ese derecho sin recuperar el tiempo mediante prolongación de jornada, siendo conocido por la empresa pero sin reconocimiento expreso salvo en uno de los centros, I recogerse en el calendario laboral de 2010 y 2011.



B. Modificación sustancial de condiciones de trabajo y “rebus sic stantibus”

Aunque en esto no afecta la reforma, conviene recordar que el Tribunal Supremo viene especificando cómo debe entenderse la regla rebus sic stantibus en el marco de las relaciones laborales diciendo que *“la aplicación excepcional de esta regla se halla referida a la modificación de compromisos anteriores por un acto unilateral del deudor –en este caso el empresario- pero quiebra cuanto existe una regla de derecho de origen legal que permite modificar aquellos compromisos cuando concurren determinadas causas en determinadas circunstancias”* (STS 21 de febrero de 2014, RC 186/2013).

C. Modificación sustancial de condiciones de trabajo y actos propios.

Al igual que lo anterior y en el mismo pronunciamiento se recuerda que *“la doctrina de la vinculación a los actos propios como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica que tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce.... Tiene su límite en nuestro derecho en la previsión legal que se contiene en el art. 41.,,en cuanto en él se permite que en determinadas circunstancias, cuando concurren concretas causas allí establecidas y se utiliza un determinado procedimiento pueda modificarse un pacto anterior”* (STS21 de febrero de 2014, RC 186/2013).

D. Determinación de lo sustancial:

Igualmente, y a pesar de no ser controversia derivada de la reforma, sigue siendo objeto de debate la determinación de lo que es sustancial y por eso queremos indicar que el Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, ha venido distinguiendo entre la modificación sustancial y la accidental de condiciones de trabajo. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013, R. 3034/2012, al igual que la de 22 de julio de 2013, R 106/2012 , nos dicen que son modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo *“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 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”... ”.*

En ese sentido *“La doctrina estima que ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental»* (STSJ Aragón, de 19 de febrero de 2014, R. 33/2014, rechaza que sea sustancial el cambio del autobús gratuito por un tren gratuito adaptado al horario de trabajo en el taller, no habiéndose probado que este cambio haga más onerosa la prestación del servicio. Renfe).



Así, el cambio en la normativa en materia de incentivos en elementos esenciales en su determinación, (STS de 23 de enero de 2014, R. 18/2013, caso Sanitas) o el incremento de jornada obligando a recuperar el tiempo de bocadillo (SAN de 5 de mayo de 2014, D. 63/2014). Igualmente, *“alterar los días de descansos de los trabajadores y retrasar la salida y la entrada, porque se pasa de disfrutar del descanso a lo largo de la semana, rotando los días a hacerlo exclusivamente el sábado y el domingo, mientras que se llega a modificar el horario -en algún caso- en noventa minutos (otros son treinta y otros son sesenta minutos, según el quiosco), lo que en una jornada de 690 minutos, representa una modificación del trece por ciento”*¹⁰.

Por el contrario, no se entiende sustancial la modificación de condiciones de trabajo la de los objetivos fijados por la empresa para un determinado año cuando la retribución variable que se abona por ellos está pactada en contrato individual en donde se dice que los objetivos se determinarían por la empresa, además de que los señalados son muy similares a los de anualidades precedentes (STS 25 de marzo de 2014, RC 140/2013). *“ No se trata de una modificación sustancial, sino de una simple modificación del sistema de compensación de los gastos soportados por el trabajador con motivo del trabajo, al cambiarse de un sistema de pago de dieta consistente en cantidad fija con independencia de la cuantía del gasto a otro consistente en el pago, mediante la tarjeta facilitada al efecto, del gasto real soportado por el trabajador, siempre que no se supere un límite, igual al que la dieta tenía antes”*. Este cambio no hace más onerosa la prestación del servicio” (STS de 22 de julio de 2013, RC 106/2012). Tampoco es sustancial el cambio del autobús gratuito por un tren gratuito adaptado al horario de trabajo en el taller, no habiéndose probado que este cambio haga más onerosa la prestación del servicio. Renfe (STSJ Aragón, de 19 de febrero de 2014, R. 33/2014).

E. Ámbito material de las modificaciones sustanciales:

Como la propia regulación indica se trata de regular las condiciones derivadas de la relación laboral por lo que en este régimen no están comprendidas otras condiciones vinculadas, como las que se derivan de los Planes de Pensiones cuya suspensión o modificación se rigen por otras reglas. Así se ha dicho que: *“Es ilícita la medida adoptada de suspender las aportaciones a los planes de pensiones vigentes de las cuatro entidades fusionadas en Liberbank, la cual, por tanto, se anula, porque los planes de pensiones son contratos distintos al contrato de trabajo y sus vicisitudes se rigen por su propia regulación y estipulaciones, que deben ser analizadas en concreto, para ver si permiten su suspensión o modificación y en qué casos. Por otro lado la externalización de los compromisos de pensiones es obligatoria en virtud de la legislación española y europea, como forma de garantizar los derechos de los trabajadores para el caso de insolvencia empresarial, por lo que si se mantienen los compromisos de pensiones no puede pactarse lícitamente la supresión de la garantía de los mismos que exige la Ley a través de planes de pensiones o contratos de seguro”* (SAN 26/05/2014, D 25/2014).

¹⁰ STSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2013, D. 47/2013.



F. Determinación del procedimiento del art. 41.2 ET o del art. 82.3 ET.

Aunque es objeto de otra exposición, en tanto constituye también un procedimiento de modificación de condiciones de trabajo, recordemos que antes del RDL 3/2012, la inaplicación de los convenios colectivos se regía – excepto en materia salarial – por el art. 41 ET, pero a partir de la reforma citada, mantenida por la Ley 3/2012, las modificaciones sustanciales de las condiciones establecidas en convenio colectivo se regula en su conjunto en el art. 82.3 ET, con la novedad de que son materias cerradas y se amplían a las mejoras voluntarias, y el añadido de que las causas se determinan de forma distinta a las contempladas en el art. 41, al definirse como las de art. 51 con la diferencia del periodo de referencia en las causas económicas que, al igual que en el art. 47 ET, es de dos trimestres consecutivos.

Por tanto, es claro que la liberación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea de sector o de empresa, que afecten a determinadas materias, debe articularse por la vía del art. 82.3 ET y no debe confundirse con la del art. 41 ET, tal y como claramente así lo indica este último precepto y lo señala la Sala 4ª del TS en sentencia de 21 de febrero de 2014, RC 186/2013, con cita de la de 30 de octubre de 2013, RC 47/2013. En consecuencia, este procedimiento no debe seguirse cuando la modificación no pretenda inaplicar el convenio colectivo (SAN de 31 de enero de 2014, D. 357/2013).

Pues bien, en la delimitación entre uno y otro procedimiento, se ha dicho que es el procedimiento del art. 82.3 ET es el que debe seguirse aunque *“alguna de las medidas adoptadas pueda tener encaje en el art. 41.2 ET, el conjunto de medidas no puede conllevar –como aquí acontece– la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenio colectivos reglados por el Título III del ET, por cuanto que así se establece expresamente en el apartado 6 del art. 41 ET, remitiendo la modificación que afecte al convenio colectivo de empresa o sector al procedimiento establecido en el art. 82.3 ET”*¹¹ (STS de 11 de diciembre de 2013, RC 40/2013).

2. Movilidad geográfica.

En materia de movilidad geográfica, la reforma laboral también afectó a la instrumentalidad de las modificaciones sobre las causas, en igual medida que en el art. 41 ET así como al procedimiento y al ámbito personal (al introducir como sujetos con protección especial determinados colectivos).

En este ámbito siguen presentándose controversias sobre la determinación de si ese cambio de centro de trabajo “exige cambios de residencia”, al ser éste un concepto jurídico

¹¹ En el recurso de pedía la nulidad de determinadas medidas por suponer una modificación del Convenio Colectivo y Pactos colectivos que se adoptaron en determinados centros y que, según la parte recurrente, tenía valor de convenios colectivos.



indeterminado que requiere la concreción de determinadas circunstancias – distancia entre los puntos de referencia, medios de transportes, infraestructuras de comunicación, tiempo de recorrido etc.-. En definitiva, el carácter sustancial o accidental de la medida de cambio de lugar de trabajo.

a) Concepto y modalidades:

Según la jurisprudencia *“El traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se viene considerando por la reiterada jurisprudencia de esta Sala como una modificación accidental de las condiciones de trabajo y encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario ”*; c) *“ el cambio de centro de trabajo efectuado en el ámbito de una misma localidad ... #no reviste aquella esencialidad, sino cualidad accesorio, porque manteniéndose en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, a excepción del lugar de prestación de servicios, la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria# ” (STS/IV 9-febrero-2010) (STS 27 de diciembre de 2013, R. 3034/2012¹²)*

Como muy bien resumen la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de enero de 2014, R. 366/2012, *“la movilidad geográfica es el cambio de lugar de trabajo, pudiendo distinguirse entre movilidad geográfica sustancial o no sustancial. En cuanto a la primera es la que se produce, a instancia del empresario, que implica cambio de residencia del domicilio habitual del trabajador afectado y la prevista como sanción disciplinaria contemplada en algunos convenios colectivos. A su vez, en la movilidad sustancial se distingue entre traslado, cuando el cambio tiene una vocación de permanencia y, en todo caso, se prolonga durante un período superior a 12 meses en un período de referencia de 3 años o desplazamiento: cuando se acuerda con carácter temporal, sin alcanzar la duración del traslado, siendo elemento consustancial a ambos el cambio de residencia, ya que de no producirse este, los cambios de centro de trabajo que se enmarcan dentro de la denominada movilidad geográfica impropia, débil o no sustancial. Estos últimos cambios no se regulan específicamente y se sitúan dentro del poder organizativo del empresario, el cual puede acordarla libremente, cumpliendo las exigencias que se puedan haber establecido en convenio colectivo o en el contrato individual”¹³.*

¹² Sentencia que resuelve sobre la condición o no de readmisión irregular de la efectuada con traslado del trabajador.

¹³ Dicha sentencia determina la existencia de cambio de residencia cuando *“concurran las siguientes circunstancias: a) Distancia entre el nuevo centro y el domicilio del trabajador (TS 16-4-03; 18-3-03). No se ha establecido legalmente una distancia concreta a partir de la cuál, con carácter general, pueda considerarse que se hace necesario el cambio de residencia. Es norma de referencia, la LGSS art.231.3.3 9); b) Comunicación entre el lugar de residencia y el nuevo centro de trabajo (autovía, carretera de montaña...), medios de transporte disponibles y gasto diario de transporte. Han de valorarse las compensaciones ofrecidas por la empresa en contrapartida al cambio, como p.e., servicio de transporte gratuito.; c) La jornada laboral contratada (TSJ Extremadura 21-1-03)”*



- b) Distinción con el régimen jurídico de las modificaciones sustanciales del art. 41 ET.:

“la materia relativa a traslados - sea configurable o no como modificación sustancial - tiene un régimen jurídico diferenciado y de obligada aplicación, añade que “la movilidad geográfica que disciplina aquel precepto, art. 40, exige cambio de residencia (Sentencias de 14/10/04 ; 27/12/99 ; 18/09/90 ; 05/06/90 ; 16/03/89), hasta el punto de que tal supuesto se ha calificado de ‘elemento característico del supuesto de hecho del art. 40.1 ET ’ (Sentencia de 12/02/90) y de que la movilidad geográfica haya de considerarse ‘débil o no sustancial’ cuando no exige ‘el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET ’ (Sentencias de 18/03/03 ; 16/04/03 ; 27/12/99), con ello resulta obligado colegir que los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio (bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento) están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts 5.1.c) y 20 ET , no estando sujeto a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa (art. 64.1.4º b) ET , para el supuesto de traslado, total o parcial, de instalaciones)” (STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2014, R. 1320/2013, en un caso en que se reclama la compensación por desplazamiento).

- c) Diferenciar el traslado colectivo del individual¹⁴:

Criterio que debe utilizarse para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de diferenciar el traslado colectivo del individual. Así se ha dicho que debe ser el de la empresa en su conjunto, no el del centro de trabajo¹⁵. Así, según dice la **STS de 12 de febrero de 2014**, R. 64/2013, es la empresa en su conjunto y acude a la existencia de dos parámetros o elementos numéricos que han de tenerse en cuenta: 1. número de trabajadores afectados por la medida empresarial, es decir, los trabajadores trasladados. 2. Número de trabajadores que prestan sus servicios en la totalidad de la empresa. En ella se dice que: **“Será “individual”, esto es, sin necesidad de periodo de consultas, si el centro de trabajo en el que se produzcan los traslados ocupa a 5 o menos de 5 trabajadores, aunque el traslado les afecte a todos ellos y, por tanto, lejos de ser realmente “individual” más bien debería calificarse como “plural”. También tiene el tratamiento “individual”, pese a que pueda no afectar, como en el supuesto anterior, a todos los trabajadores de un mismo centro, si en el período de 90 días los traslados no superan los umbrales numéricos, referidos ahora a la totalidad de la plantilla empresarial, previstos en la norma arriba transcrita. Será “colectivo” (con consultas) si el traslado afecta a todos los trabajadores de un mismo centro de trabajo y en él estuvieran ocupados más de 5 trabajadores. También será siempre “colectivo”, sea cual fuere el número de trabajadores afectados por centro de trabajo (aquí carece de importancia el centro), en los**

¹⁴ Aunque en este punto no afecta la reforma laboral de 2012 ni 2013 se recogen los criterios jurisprudenciales recientes.

¹⁵ Se resuelve un supuesto en el que , un número total de 84 trabajadores, integrados en el colectivo denominado “Técnicos Administrativos”, en el período comprendido entre el 26 de octubre y el 14 de noviembre de 2011, fueron “trasladados” (no “desplazados”) a otros centros de trabajo diferentes a aquellos en los que venían prestando sus servicios, contando la empresa demandada con una plantilla de 2.700 trabajadores aproximadamente, aunque en esta materia no afecta la Reforma de 2012 ni 2013



casos en que, en un período de 90 días (cómo se computa o cuál deba ser esa referencia temporal también es un enigma difícil de resolver pero no es el problema que el presente recurso plantea), la empresa en su conjunto (éste sí es aquí el parámetro decisivo) ocupe a un número de trabajadores que supere los umbrales legales”. La sentencia aplica ese criterio al caso y “En otras palabras, en resumen, a los efectos que interesan para la resolución de este litigio, visto que en el caso de autos el traslado no parece haber afectado a todo un centro de trabajo que ocupara a 5 o menos de 5 trabajadores, en cuyo caso ya dijimos que no sería necesario el período de consultas, el parámetro numérico de trabajadores a tomar en consideración en el aquí incuestionado período de 90 días no es ya el de los trabajadores afectados ni el de quienes, entre éstos, estuvieren antes destinados en un solo centro de trabajo, sino, como sostiene con acierto el Ministerio Fiscal, el de la totalidad de los trabajadores empleados por la empresa. Y siendo así, es evidente que, ocupando la empleadora a muchos más de 300 trabajadores (2.700 aproximadamente) y afectando el traslado a bastantes más de los 30 a los que alude el art. 40.2 ET (afecta a 87), nos hallamos ante una decisión de carácter colectivo que requería necesariamente del período de consultas que la empleadora ha obviado”¹⁶. En definitiva, **“hay que entender que, en general, el referente numérico a ese umbral hace alusión a la totalidad de la plantilla de la empresa, no a quienes preste sus servicios en el centro de trabajo concreto al que afecten los traslados.**

Sobre la anterior sentencia cabe decir que ciertamente, el art. 40, refiere el centro de trabajo como elemento que determina una movilidad geográfica colectiva si afecta a toda su plantilla –la del centro de trabajo–, lo que no aparece en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, tal y como ya ha advertido la doctrina judicial (STSJ de Galicia, de 26 de enero de 2014, R. 2649/2013, y las que en ella cita).

d) Distinción del traslado pactado del traslado forzoso:

En los traslados pactados voluntariamente entre empresario y trabajador, con independencia de quien sea el que haya tomado la iniciativa, lo que se produce es una novación contractual por variación de alguna de sus condiciones originarias, novación que no tiene otro fundamento que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Dicho pacto novatorio se regirá por los expresos acuerdos a que hayan llegado las partes, siempre que no supongan renuncia a derechos indisponibles; y no estarán sujetos a las condiciones económicas del artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que por remisión expresa del propio pacto en que así lo estableciera norma convencional. Por el contrario, los traslados decididos unilateralmente por el empresario tienen fundamento en el poder de modificación de la prestación laboral reconocido por el ordenamiento jurídico (artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores) a aquél; sin intervención por tanto de la voluntad del trabajador; y requieren la existencia de razones económicas, técnicas y organizativas o de producción que lo

¹⁶ Se advierte por la Sala que “sin que con ello rectificamos la doctrina de nuestra sentencia del 17-1-2011 (R. 75/2010), en la quiere encontrar sustento la resolución revocada, porque en la nuestra, como resulta fácil comprobar con su somera lectura, ni se resolvía el problema que aquí nos ocupa, siquiera fuera obiter dictum, ni en aquel supuesto ninguno de los 7 traslados a la postre efectuados por la empresa allí implicada afectaba a centro o centros de trabajo con más de 5 trabajadores”



justifiquen; regulándose en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores las condiciones formales y derechos, tanto económicos como impugnatorios, que corresponden a los trabajadores afectados” (STSJ de Galicia, de 27 de enero de 2014, R. 2649/2013).

3. Suspensión de contratos y reducción de jornada.

La reforma afecta al contorno de las causas, al igual que en el despido colectivo y a diferencias de las otras medidas antes referidas, pero diferenciándose de aquel solo en cuanto al punto de referencia temporal en las causas económicas. Igualmente, la reforma alcanza a las reglas del procedimiento

No obstante, el tratamiento de estas causas debe realizarse atendiendo al objeto que con ellas se debe perseguir, como más adelante se indicará al tratar las mismas.

En cuanto al tiempo de aplicación de las medidas de suspensión de contratos y reducciones temporales de jornada hay que tener en cuenta que esas medidas por su propia naturaleza están llamadas a prolongarse durante un cierto tiempo, aunque siempre debe ser *proporcionado a la causa constatada*, que debe ser actual (SAN 26/05/2014, D 25/2014). Esto es y como decía el anterior texto la medida se considera “necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa”.

4. **Ultraactividad y art. 86.3 ET:**

a) Convenios colectivos anteriores con pacto de ultraactividad:

Se mantiene lo pactado por ser criterio preferente. STSJ de Cantabria de 4 de abril de 2014, R. 109/2014, nos dice *“Esta cuestión ha sido abordada en múltiples pronunciamientos judiciales que han admitido la validez y vigencia de pactos semejantes al que ahora nos ocupa, existentes en convenios nacidos antes de la reforma laboral del año 2012. En este sentido se pronuncian las Sentencias de la Audiencia Nacional de 31-1-2014 (Rec. 440/2013), 20-1-2014 (Procedimiento 395/2913), 27-11-2013 (Rec. 315/2013), 19-11-2013 (Procedimiento 395/2013) o 23-7-2013 (Procedimiento 205/2013), así como las SSTSJ de Murcia de 28-10-2013 (Rec. 14/2013), País Vasco de 26-11-2013 (Rec. 43/2013) y 19-11-2013 (Rec. 37/2013), Cataluña de 12-12-2013 (Rec. 65/2013), Madrid de 9-12-2013 (Rec. 1390/2013) y 18-11-2013 (demanda nº 1693/2013) o Galicia 29-10-2013 (demanda nº 48/2013), entre otras..... . La expresión literal “pacto en contrario”, permite considerar incluidas las cláusulas de ultraactividad contenidas no sólo en los convenios colectivos nacidos tras la referida reforma legal, sino también las incluidas en los denunciados antes de su entrada en vigor, pues la exclusión de éstas últimas podría haberse efectuado mediante la correspondiente puntualización a tal efecto. Bastaría, como indica la STSJ de Murcia de 28-10-2013 , haber incluido la frase “salvo*



pacto en contrario alcanzado tras su denuncia" o "tras la entrada en vigor de la L3/2012..... la normativa transitoria nada indica sobre la pérdida de vigencia de las cláusulas de ultractividad del convenio, por lo que entendemos que la interpretación tanto sistemática como literal del precepto, llevan a incluir dentro de la expresión "pacto en contrario", pactos como el presente sobre la ultractividad del convenio colectivo..... las cláusulas de ultractividad pactadas antes de la reforma laboral del año 2012 se encuentran vigentes, son válidas y no se han visto modificadas ni afectadas por la nueva redacción del precepto"¹⁷.

- b) Convenio colectivo en cuya denuncia se acuerda que se mantendrán la vigencia del contenido normativo:

"si las partes pactaron que el convenio mantendría vigente su contenido normativo, la emergencia de la nueva regulación de la ultractividad, contenida en el art. 86.3 ET, así como la DT 4ª de la Ley 3/2012, que se limita a establecer el plazo de aplicación de la nueva regulación de la ultractividad, no permite suponer que el consentimiento, otorgado en el art. 5.4 del V Convenio, haya quedado invalidado por un cambio en el régimen que, tanto antes como ahora, opera sólo por defecto, porque la posibilidad de limitar la ultraactividad a un año siempre ha estado disponible para las partes, y escogieron no establecerla, por lo que mal puede decirse que no era su voluntad desplazar el régimen de ultraactividad anual que el legislador ahora propone de modo subsidiario" (SAN, de 31 de enero de 2014, D.440/2013, sobre el V Convenio colectivo de Empresas de Trabajo Temporal, y 20 de enero de 2014, D. 395/2013, sobre el Primer Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos).

- c) Convenio colectivo en cuya denuncia se acuerda la vigencia de la totalidad (STSJ de Madrid, de 9 de diciembre de 2013, D. 1390/2013, sobre el convenio colectivo de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, (2006-2009)

- d) Convenio colectivo anterior sin pacto:

1. prórroga limitada al año: *"Si no lo hay, antes se preveía la prórroga indefinida del convenio colectivo por encima de su plazo de vigencia natural y ahora se prevé otra cosa, que es la prórroga limitada al año de transcurrir el año natural ulterior al fin de su vigencia natural. Después el convenio colectivo pierde vigencia como tal" (STSJ del País Vasco, de 1 de abril de 2014, D. 9/2014).* Y el siguiente planteamiento que hace la sentencia

2. *¿esa pérdida de vigencia autoriza a la empresa pasar a regular de propia mano los aspectos que regulaba el convenio colectivo?. Entendemos que no, por las razones que exponemos en el fundamento de derecho siguiente, razones que sustancialmente ya expusimos en la sentencia de fecha 20 de febrero de 2014 (demanda 66/2013).... entendemos que la Norma no dice que, si no hay convenio*

¹⁷ sentencias que parten de la existencia de un pacto en el que se acuerda tal prórroga indefinida por encima de la vigencia natural de convenio colectivo y de existencia de convenio colectivo de ámbito superior.



colectivo de ámbito superior, la relación laboral solo se rija por el Estatuto de los Trabajadores y el contrato de trabajo..... cambio tan brusco incidiría de forma importante en principios tales como la cláusula "rebus sic stantibus" como límite al "pacta sunt servanda.... [cuando] haya una remisión expresa en el propio contrato de trabajo al convenio colectivo. Desde luego, si existiese tal remisión literal, habrá de considerarse que se trata de un pacto entre las partes. De no existir, si que debiera especularse cuando menos con la idea de que estaba en las bases de la contratación entre partes que el convenio colectivo de mérito regulaba muchos aspectos sustanciales de la relación laboral y que, sobre lo allí previsto, se acordaban las cláusulas de tal contrato (artículo 1258 del Código Civil).... se está impugnando es una medida empresarial que ya hemos dicho que constituye una modificación sustancial de condiciones, al trocar en concesión unilateral del empresario lo que eran las condiciones sustanciales que regulaba el anterior convenio colectivo y por ello, aunque se mantenga que lo que el artículo 86 número 3 del Estatuto de los Trabajadores lo que dice es que, en el caso allí previsto, no rige el convenio colectivo, ni como norma ni como pacto en forma alguna, lo cierto es que lo que el Estatuto de los Trabajadores no dice es que, en tal caso, el empresario pueda disponer de los extremos de la relación laboral que venían siendo regulados por aquel convenio colectivo que ya no está en vigor a su propia y exclusiva voluntad. No dispone que tales extremos deban ser decididos por el empresario de forma unilateral.

Inciendo tal decisión en materias que han de ser consideradas como sustanciales del contrato de trabajo (artículo 41 número 1) y sin seguir el procedimiento fijado en su punto 4, la calificación que se impondría la calificación de nulidad de la modificación (artículo 138 número 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social)".

- e) En un convenio colectivo provincial¹⁸ que no contiene previsión alguna de ultraactividad y cuya vigencia concluyó antes de la reforma y según ésta el 7 de julio de 2013 se cumplió el plazo de un año, contado desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, existiendo convenio estatal¹⁹

Se ha dicho que: “, parece claro que, en principio, es el clausulado de la norma paccionada de ámbito superior el que se ha de aplicar de manera directa y en su integridad. Sin embargo,... exige deslindar dos situaciones distintas que requieren tratamiento diferenciado...A) La predicable de las materias reguladas en el convenio estatal, respecto de las cuales no se aprecia razón alguna que justifique su inaplicación, a partir del 8 de julio de 2013, a los trabajadores afectados por el conflicto²⁰B) La de aquellas materias que, habiendo sido objeto de regulación en el convenio colectivo provincial, no fueron tratadas en el de ámbito estatal, por decisión voluntaria de los sujetos

¹⁸ El convenio provincial comprendía contenidos normativos no abordados en el estatal

¹⁹ De carácter general que no contiene una regulación cerrada y autosuficiente de las relaciones de trabajo necesitando de otros instrumentos negociales que lo completen (limpieza de edificios y locales)

²⁰ “una vez agotada definitivamente la vigencia de la norma paccionada, de ámbito provincial, su contenido normativo puede y debe ser sustituido por el del convenio colectivo de ámbito superior, conforme preceptúa, en términos imperativos, el artículo 86.3.4º del Estatuto de los Trabajadores”



que lo negociaron, que remitieron su ordenación a las unidades de negociación inferiores.....es evidente que la finalización de la vigencia prorrogada del convenio provincial ha originado un vacío de regulación convencional colectiva.....La solución adoptada consiste en afirmar el derecho de los trabajadores concernidos por este conflicto a conservar las condiciones que tenían reconocidas antes del 8 de julio de 2013 a virtud de lo previsto en el convenio colectivo provincial (excluidas, como ya se ha dicho, las reguladas en el convenio estatal, que se regirán por éste), sin la limitación material y sin el tope temporal fijados por la empresa demandada, en tanto prosigan las negociaciones para la firma del nuevo convenio provincial²¹ (STSJ del País Vasco, de 19 de noviembre de 2013, D. 37/2013)..

f) Convenio colectivo de empresa que se remite en determinadas materias al provincial que ha perdido vigencia: se mantiene el provincial:

- Por otra parte, aún y cuando se considerase que el convenio colectivo provincial no está vigente, esta pérdida de vigencia no incide en que deba seguir aplicándose el mismo por imponerlo así el artículo 3 del convenio colectivo de empresa, conforme lo dicho en el fundamento anterior, al modo en que ha sido tradición de nuestro derecho aplicar las antiguas Ordenanzas Laborales en su día derogadas, cuando los convenios colectivos se remitían a las mismas”, lo que hace innecesario a la Sala de aplicar la doctrina antes recogida.

g) Convenio colectivo extraestatutario:

“...es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas STS 14-05-2013, rec. 285/2011 , que los convenios colectivos extraestatutarios no despliegan ultractividad, de manera que no les es aplicable lo dispuesto en el art. 86.3 ET. Pero ello no impide que “Así pues, acreditada su naturaleza jurídica extraestatutaria, el convenio no despliega efectos normativos, pero si obliga a cumplir en sus propios términos lo pactado por las partes, a tenor con lo dispuesto en el art. 1258 CC . - Por consiguiente, probado que SABICO se comprometió a mantener la vigencia de todos los artículos del convenio hasta que se firme el siguiente, se hace evidente que la comunicación de 3-07-2013, por la que derogó expresamente el convenio, vulneró lo dispuesto en los arts. 1.256 y 1258 del Código Civil , por lo que procede anular la medida y reponer a los trabajadores en las condiciones anteriores a la aplicación de la citada medida” (SAN de 27 de noviembre de 2013, D. 315/2013).

5. Clasificación profesional y grupos profesionales:

²¹ “A la luz de ese principio, y del derecho de libertad sindical en juego, no se puede hacer tabla rasa de la regulación de las condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo finiquitado en su vigencia ultraactividad por imperativo legal -no por voluntad de las partes -, en contra de lo acordado por la patronal del sector, y considerar que esa regulación, a la que se remitieron la demandada y los afectados por el conflicto al formalizar los correspondientes contratos de trabajo, no ha existido y que las relaciones entre ellos inician una nueva etapa marcada por la desvinculación absoluta de la precedente, en la que, salvo en las limitadas materias comprendidas en el convenio estatal, habrá que estar a los mínimos legales, sin que tal novación vaya acompañada de ningún cambio en las obligaciones contraídas por los trabajadores, máxime se tiene en cuenta que se sigue negociando el convenio provincial”.



“el sistema de clasificación profesional, contenido en el convenio colectivo prorrogado, no contradice frontalmente el régimen de clasificación profesional, exigido por el art. 22 ET , aunque continúe utilizando las categorías profesionales como herramienta organizativa.....[no es nula s regulación cuando] las categorías profesionales, pactadas en el convenio prorrogado, se encuadran en grupos profesionales y cumplen básicamente lo exigido por el art. 22.2 ET , por cuanto precisan, con base a las tareas, especialidades, funciones profesionales y responsabilidades desempeñadas por los trabajadores, las aptitudes, titulaciones y contenido general de la prestación. S (SAN de 13 de marzo de 2014, D. 507/2013)

CAUSAS (“RAZONES”) EN GENERAL

Es uno de los puntos sobre los que se han suscitado mayores discrepancias en orden al alcance que el legislador ha querido dar con la reforma. El criterio judicial en respuesta a esa reforma ya encuentra una respuesta unificada dada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo que, en el marco propio de las respectivas modificaciones, viene, a la luz de la exposición de motivos de reforma, a determinar el alcance de la misma.

a) Criterios de enjuiciamiento de las causas.

Con carácter general y en el marco de aplicación de las medidas, el TS sigue manteniendo que *“En el enjuiciamiento de las modificaciones de las condiciones de trabajo y de las medidas extintivas que se relacionan con la situación de la empresa, es necesario distinguir, como ha hecho la doctrina y la jurisprudencia a partir de la sentencia de la Sala de 14 de junio de 1996 , entre los ámbitos de afectación en los que actúan las causas (económico, técnico, organizativo y productivo), la forma de manifestación de éstas medidas extintivas o modificativas (situación económica negativa, necesidad de innovación técnica, organizativa o productiva) y **justificación de estas medidas en el marco de una relación de instrumentalidad o funcionalidad**” (STS de 20 de enero de 2014, R. 56/2013, caso Sanitas, P.DB)*

b) Definición de causas:

Los artículos 40 y 41 ET en su nueva versión facultan a la dirección de la empresa para que acuerde la movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan [probadas] razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose como tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Como dice la Sala 4ª del TS, en relación con el contorno de las causas *“se mantienen los cuatro ámbitos de las causas desencadenantes y que –vid. STS 17/09/12 rcud 578/12- siguen siendo: a) los medios o instrumentos e producción [causas técnicas] [organización*



técnica]; b) *los sistemas y métodos de trabajo del personal [causas organizativas]* [organización del trabajo en la empresa, en los términos del art. 40 y 41 ET y contrataciones referidas a la actividad, para el art. 40 ET]; c) *los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado [causas productivas]* [productividad en la empresa, en los términos del art. 40 y 41 ET]; y d) *los resultados de la explotación [causas económicas, en sentido restringido]* [competitividad]” (STS de 27 de enero de 2014, RC. 100/2013)

Se acude en algún pronunciamiento a identificar las razones de las modificaciones o traslado en las causas definidas en el art 51 ET (STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2014, R. 121/2014²²) pero hay que tener en consideración que ya el TS venía fijando criterios diferenciadores en orden al distinto alcance y contenido de las causas o razones justificativas de los despidos económicos y de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Y así, respecto de las económicas señalaba que “...en el marco de la modificación de las condiciones de trabajo lo decisivo no es exactamente una situación de “crisis” empresarial, sino la “mejora” de la situación de la empresa que se encamine a favorecer su posición competitiva (sentencias de 17 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2011)” (STS de 20 de enero de 2014, R. 56/2013, caso Sanitas, aunque para un supuesto anterior a la reforma, P. DB²³).

Lo mismo se puede decir cuando se trata de suspender el contrato de trabajo. Siendo, en definitiva, medidas de flexibilidad interna, se ha puntualizado por la doctrina judicial diciendo que en estas medidas “*Tratándose de medidas de flexibilidad interna, no es necesario, al igual que en la movilidad geográfica o en las modificaciones sustanciales, que concorra una situación económica negativa, puesto que la promoción de estas medidas tiene por objeto promover una mejor productividad y una mayor competitividad y adecuación de las empresas al necesidades del mercado, por cuanto la adaptabilidad, o lo que es lo mismo, la competitividad de las empresas a las circunstancias cambiantes del mercado constituye, en suma, el bien jurídico protegido, por cuanto es la capacidad de las empresas para competir en el mercado en el que desarrollan su actividad la que les permitirá conservar y generar más y mejor volumen de empleo*” (SAN de 26 de mayo de 2014, D. 25/2014).

En cuanto a la determinación de las causas, en caso de suspensión de los derechos establecidos en convenio colectivo, debe estarse en una Admon Publica, a la D.A. 20ª del

²² Sentencia dictada en proceso de traslado colectivo

²³ En ella se invoca la sentencia de 16 de mayo de 2011, R. 197/2010) en la que claramente se dice que “*La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (“flexibilidad externa” o “adaptación de la plantilla”) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (“flexibilidad interna” o “adaptación de condiciones de trabajo”). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la “libertad de empresa” y de la “defensa de la productividad” reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de “reestructuración de la plantilla”, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional .”.*



ET, que permite la adopción de las medidas en caso de insuficiencia presupuestaria sobrevenida (STSJ de Murcia, de 17 de febrero de 2014, R. 797/2013)

c) Instrumentalidad de las modificaciones sobre las causas (competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa):

Ya la SAN, de 28 mayo 2012 dijo que: "Se ha limitado, aún más el nivel de exigencia de la versión precedente, que admitía la concurrencia de causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, ya que ahora el precepto se limita a exigir la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose como tales las que se relacionen con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa" (en igual sentido STSJ de Canarias, Las Palmas, de 27 de febrero de 2014, Recurso 1189/2013, sobre movilidad geográfica).

"Es cierto que, con la reforma, se introduce una circunstancia más añadida, que es que la medida esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, y que, en virtud de esta circunstancia, se considera que las empresas encuentran mayor facilidad para acordar el traslado o la modificación operada pues se añade una característica que no impone una condición más que cumplir, sino un abanico más amplio de posibilidades para los acuerdos empresariales, pero la Sala estima que, aún así, y siendo cierta la alegación en este sentido que se vierte en el recurso, es necesario vislumbrar que la causa sigue siendo cierta, tiene verosimilitud y es acorde y razonable con la medida empresarial [...]si bien la actual redacción de los artículos 40 y 41 facilita a las empresas la adopción de este tipo de acuerdos si se fundamentan en la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, es evidente que no quiere decir que se exima de esta prueba a la empresa, la competitividad, aunque se pueda suponer, no se presume [.....], pese a la laxitud actual de la ley, que la empresa demandada haya logrado acreditar ese "plus adicional", es decir, que **la decisión de traslado contribuya a mejorar la situación de la empresa, favoreciendo la organización de sus recursos y con ello su competitividad y eficiencia, por cuanto que todas las razones esgrimidas por la empresa no han resultado debidamente probadas**" (STSJ de Galicia, de 30 de diciembre de 2013, R. 3347/2013).

En este sentido se ha pronunciado la Sala 4ª cuando señala que "...a diferencia del texto derogado, en la vigente redacción...basta con que las medidas estén "relacionados" con la competitividad, productividad u organización técnica, Lo que nos sitúa ya en la cuestión realmente decisiva, cual es la del alcance que pueda tener el control judicial de la medida empresarial adoptada" (STS de 27 de enero de 2014, RC 100/2013).



Pues bien, la Sala 4ª del TS, partiendo de que la reforma ya no exigen -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- prevenir evolución negativa o mejorar situación, sino que basta con que las medidas estén “relacionadas” con la competitividad, productividad u organización técnica, entiende que *el alcance del control judicial de la medida, a la vista de tal previsión legal, considera que “aunque a la Sala no le corresponde juicios de oportunidad que indudablemente pertenecen ahora –y antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determina que el acceso a la jurisdicción no puede sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar –si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales”* (STS de 27 de enero de 2014, RC 100/2013)

Sigue diciendo esta sentencia que **“Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de ... trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE (SSTC 28/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4 ; y 13/1998, de 22/Enero , FJ 3. STS 24/06/09 -rcud 1542/08 -)....[....] ha de rechazar .por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines –legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable..o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta ²⁴”**.

d) Alcance de la presunción de las causas cuando existe acuerdo²⁵

²⁴ En ese caso, se reducen las comisiones por ventas en un grupo textil al acreditarse una caída en torno al 30% en el sector y en el grupo empresarial. La medida promueve el incremento de la productividad y competitividad persiguiendo añadir a las ventas por iniciativa del cliente las que incentive o sugiera el vendedor. Se considera justificada la medida. Se advierte que se admite la justificación en tanto afecta a

²⁵ Excepción del traslado.



Una de las novedades de la reforma laboral de 2012, en relación con las causas es la presunción de la concurrencia de las causas cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo (art. 41.4 y 47.1 ET)

1. Acuerdo:

El acuerdo alcanzado **solo podrá impugnarse** por abuso de derecho, fraude, dolo o coacción en su conclusión, de forma que ninguna denuncia de defecto en el procedimiento ni sobre la concreción de las medidas en cuanto al tiempo y la forma en que han de ser aplicadas podrá ser invocada (STSJ de Asturias, de 28 de marzo de 2014, R. 620/2014 STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2014, R. 1614/2013).

Ahora bien, se puede impugnar *“por la indebida afectación de derechos de terceros no negociadores, sin perjuicio de que también pueda denunciarse, obviamente, la ilegalidad del pacto cuando vulnere normas legales de Derecho necesario”* (SAN de 6 de mayo de 2014, D. 89/2014)

Por tanto, existiendo pacto colectivo existe una presunción de que concurre dicha causa *“Así pues, correspondiendo acreditar a los demandantes, que el acuerdo, alcanzado el 27-12-2013 entre los demandados, se realizó en fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho, como viene exigiéndose por la doctrina de esta Sala, por todas SAN 6-09-2013, proced. 204/2012”* (SAN 26/05/2014, D 25/2014.)

2. Decisión empresarial:

La presunción lo es en relación con la causa y cuando existe acuerdo pero ello no exime examinar si la decisión empresarial adoptada lo respeta.

Esto es, el acuerdo alcanzado permite presumir la causa pero no significa que la medida adoptada por el empresario sea justificada si no se somete a lo allí pactado. Por tanto, no debe confundirse la acción contra el acuerdo y la acción contra la decisión empresarial.

Como recuerda la doctrina judicial *“alcanzado acuerdo en el periodo consultivo, el empresario adquiere el compromiso de que la decisión que adopte se corresponda con lo negociado con la representación de los trabajadores. De no actuar así estaría incurriendo en fraude de ley dando lugar a una decisión nula por esta causa (STS 17-2-2014 rec. 142/2013)”* (SAN de 16 de mayo de 2014, D. 500/2013, en materia de despido colectivo).

En este sentido se ha dicho que *“En lo que se refiere al Acuerdo, ciertamente hay que entender que, en general, demuestra que existen en la totalidad de la empresa causas organizativas que justifican que la empresa lleve a cabo hasta un máximo de 850 traslados, pues así lo establece el art. 41.4 in fine del ET al disponer que cuando haya acuerdo en el período de consultas se presumirá que concurren las causas justificativas”*. Ahora bien, ello no implica por sí solo que la medida sea justificada si, como puede suceder, *“la ejecución de esos traslados no es incondicionada sino que el Acuerdo la supedita a*



determinados criterios y limitaciones, es la empresa y no la actora quien debe probar - y más si concurren los citados indicios - que ha llevado a cabo la decisión de traslado con sujeción a lo previsto en el Acuerdo colectivo indicado.la empresa debió acreditar que no existían vacantes más próximas, pues el Acuerdo estipula que siempre que sea posible se tendrá en cuenta la voluntad de la empleada así como la proximidad al domicilio habitual; y que tales vacantes más próximas ... fueron ofrecidas a la actora” (STSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2014, R. 11/2014)

Procedimiento a seguir para adoptar la medida

En relación con el procedimiento a seguir, se advierte que en el procedimiento del art. 40 y 41 ET no hay reglas similares a las que se contemplan para la suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada, cuya regulación se encuentra en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, Por otro lado, la interpretación que se ha dado a los que se contemplan en el art. 47 ET no difiere de la que se ha ido estableciendo respecto de los despido colectivos, en todo aquello que les es común y atiende a similares fines, con lo cual nada novedoso se puede aportar, propio de estas medidas. No obstante, queremos hacer mención de algunos aspectos:

a. No exigencia del procedimiento del art. 41 ET: Cambios impuestos por Ley:

No es necesario acudir al art. 41 ET cuando la modificación no viene impuesta por el empresario unilateralmente sino que deriva directamente y de forma absoluta de la ley, sin que haya intervenido ninguna otra modificación a cargo del empresario, lo cual, por su posición jerárquica desplaza la regulación del Convenio Colectivo, aunque éste sea anterior a la misma (SSTS de 28 de septiembre de 2012, 25 de septiembre de 2013 y 21 de enero de 2014, R. 81/2013, caso de empleador público -Cabildo Insular y supresión de 15 minutos de tolerancia previsto en el Convenio colectivo- y RDL 2011, aunque referida al ámbito del art. 82.3 ET). En el mismo sentido, STS 24 febrero 2014, RC 268/2011).

Otro supuesto, más específico o singular, en el que la jurisprudencia ha establecido que no es necesario acudir a la vía del art. 41 en relación con la modificación de jornada y salario es el del colectivo de profesores de religión Católica por la regulación específica a la que se somete la misma, precisando de propuesta para la docencia, renovación de la misma anualmente y dentro del marco competencial que corresponde a la Administración (STS de 25 de marzo de 2014, R 161/2013 y las que en ella se citan).

b. Ámbito material del procedimiento.

El procedimiento va dirigido a negociar medidas de flexibilidad interna. Lo que no significa que estas medidas no puedan ser tratadas en el procedimiento de despido colectivo en donde la negociación debe ir dirigida a reducir sus consecuencias mediante el



recurso de medidas sociales de acompañamiento. Esto es, el hecho de que las medidas de flexibilidad interna puedan ser adoptadas en el marco de un despido colectivo no hace a este ni a aquéllas nulas. Así lo viene diciendo la doctrina *“Y se concreta en el art. 8 del RD 1483/12 cuando identifica como las medidas sociales de acompañamiento a aquellas que, favoreciendo la flexibilidad interna (entre ellas la modificación de condiciones y la inaplicación de convenios), permitan evitar o reducir los despidos colectivos . Se aprecia que el legislador parte de la necesaria interrelación entre las llamadas medidas de flexibilidad interna y externa, objetivo previsto en el art. 2.2 de la Directiva 1998/59 y que se corresponde con la legislación nacional que se acaba de mencionar .*

Este elenco normativo apuesta a favor del mantenimiento del empleo y para alcanzar este objetivo lógico es que se genere la posibilidad de evitar o reducir los despidos implementando medidas alternativas de flexibilidad interna, lo que sólo es viable si en un mismo contexto negocial todo ello puede llevarse a cabo , lo que impone que todo en conjunto sea debatido en un único periodo de consultas” (SAN de 14 de mayo de 2014, D. 500/2013 y 20 de mayo de 2013 que en la primera se cita).

Ahora bien, el problema que se puede originar será el determinar la vía de impugnación del Acuerdo y decisión empresarial. Y ello porque las vías a seguir en un caso y otro son diferentes. Y es por ello que se ha dicho que si se impugna la decisión extintiva en el proceso judicial de despido colectivo no podrá ser analizadas las otras medidas -medidas de acompañamiento- por no ser objeto de demanda (SAN de 14 de mayo de 2014, D. 500/2013)

c. Legitimación en la negociación

En este punto la reforma laboral de 2012 seguida de la de 2013 ha introducido una serie de criterios a tal fin. Destacamos los pronunciamientos que pueden afectar a la configuración de la mesa de negociación o determinación de los interlocutores.

- Comité Intercentros: Cuando las Secciones Sindicales no cuenta con la representación mayoritaria en los CE o DP de los centros afectados, es el Comité Intercentros el que debe intervenir como interlocutor, cuando tenga atribuida tal función en el convenio colectivo de creación (SAN de 10 de abril de 2014, D. 15/2014, Convenio colectivo del sector de agencias de viajes 2013)
- Indebida configuración de la comisión y conducta empresarial:

Como recuerda la doctrina judicial, a la Comisión que representa al colectivo afectado por la medida *“.... dedica el legislador el art . 51.2 y 41.4 ET .*

Sea cual sea la ruta elegida: sindicatos o representantes unitarios, o en su defecto los llamados "representantes ad hoc" , es evidente que para que la comisión a tal efecto elegida pueda concluir válidamente acuerdos debe conformarse siguiendo las reglas



legalmente establecidas que la cualifican como "representativa" y que se asientan en el principio de proporcionalidad, referido tanto en el art. 41 ET como en el art. 28 del RD 1483/2012 .

Ahora bien que la comisión alcance la cualidad de representativa del colectivo representado y pueda alcanzar acuerdos que les afecten, presupuesto básico del ejercicio del derecho de negociación colectiva, es obligación y responsabilidad de quienes están facultados para la designación de dicha comisión”

“Si la comisión no se constituyera de forma debida no alcanzando por tanto su cualidad de "representativa" del colectivo afectado por la medida empresarial se estaría perjudicando el derecho de ese colectivo a que se alcanzasen acuerdos que paliaran o limitaran los efectos de la medida empresarial, perjuicio que ha de imputarse a sus representantes al no haber actuado respetando el principio de proporcionalidad en la elección de la comisión... Ahora bien, lo que no podría verse afectado por este proceder es la decisión posterior adoptada por el empresario en orden a llevar a cabo la medida adoptada en los términos expresados por él tras la finalización del periodo consultivo y que gozaría de plena eficacia... excluidos aquellos casos en los que incide directa o indirectamente la conducta empresarial en la inadecuada determinación de la comisión representativa, de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 124.11 LRJS que no prevén que la sentencia anule la decisión empresarial por una inadecuada conformación de la misma, tal como reconoce la STS de 17-2-2014 Rec. 142/13 , se debe llegar a la conclusión de que el supuesto descrito no es causa de nulidad de la decisión empresarial. (SAN de 16 de mayo de 2014, D. 500/2013).

La anterior sentencia se hace eco de la STS de 25 noviembre 2013 . RJ 2014\53 que sostuvo la declaración de nulidad de la decisión empresarial por falta de legitimación del Comité Intercentros que había intervenido durante el período de consultas. En aquel caso, una vez comenzado el proceso negociador las partes consideraron oportuno segregar al personal de extinción, con respecto al cual se inició un proceso negociador autónomo en otro expediente de extinción y suspensión de relaciones laborales y reducción de jornada. La nulidad se declaró por la actuación de ambas partes posterior a la constitución de la comisión y durante el periodo de consultas de modo que al haber existido intervención empresarial en la medida que dio lugar a la ruptura de la regla de correspondencia provocó aquella calificación.

En todo caso, se advierte que la nulidad por la indebida configuración de la comisión no podría acordarse cuando el proceso concluye sin acuerdo, diciendo que *“no cabe declarar la nulidad de la medida, porque la comisión negociadora estuviera indebidamente conformada, por cuanto se ha probado pacíficamente que no se alcanzó acuerdo en el período de consultas, de manera que la indebida conformación de la comisión negociadora, que habría provocado inexorablemente la nulidad de la medida, caso de concluir con acuerdo el período de consultas, deviene irrelevante cuando no se alcanza acuerdo, como hemos defendido en SAN 11-11-2013, proced. 288/2013”* (SAN de 24 de febrero de 2014, D.493/2013).



- la sucesión empresas: art. 44.9 ET

La legitimación de la empresa entrante “, *la legitimación de la empresa, nueva adjudicataria, se obtiene del referido precepto, así como el relato de la recurrida, que sin lugar a dudas confiere el efecto de la sucesión de empresas el día 1-10-2013, pero que era conocida y consentida, por los implicados, desde agosto de 2013, cuando se inicia el periodo de negociación para el traslado. Por más que, la espera que pretende la parte recurrente, al día 1-10-2013, para iniciar el periodo negociador [...] Lo que, en relación a lo anteriormente citado art. 44.9 del ET , concede legitimación en la negociación a la nueva adjudicataria del servicio, que a consecuencia de la sucesión de empresa, va a proceder a acordar tales medidas*”) (STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2014, R. 121/2014)

- d. Incumplimiento del procedimiento.

La empresa no ha cumplido el trámite del art. 41 ET ni siquiera tras haber adoptado la medida e iniciar el periodo de consultas en el que no proporcionó información a los representantes de los trabajadores (STS de 23 de enero de 2014, R. 18/2013, caso Sanitas.)

- e. Aportación de documentación:

En el art. 40 como en el art. 41 no se hace referencia a ninguna documentación a entregar por la empresa a los representantes de los trabajadores, no obstante tal exigencia se viene admitiendo porque “*aunque es cierto que el art. 41.4 ET no exige ningún tipo de documentación para acreditar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a las empresas, no es menos cierto que el período de consultas, contemplado en el art. 41.4 ET , constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, que deberá respetar obligatoriamente las exigencias del art. 64.1 ET , por lo que las empresas deberán aportar la documentación precisa para que la RLT tenga conocimiento de la modificación propuesta y pueda proceder a su examen, como presupuesto constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines*” (SAN de 24 de febrero de 2014, D. 493/2013),

Para determinar si la falta de aportación de documentación en el periodo de consultas es causa de nulidad ha de valorarse

- documentación necesaria: la relevancia de la misma para la negociación y

- la conducta de las partes. No puede declararse la nulidad del despido a instancia de una parte porque la empresa no entregara cierta documentación, puesto que la misma no fue pedida por quien reclama ahora la nulidad, sino por otro sindicato que llegó a acuerdo con la empresa en el periodo de consultas.

Del mismo modo, no se puede invocar falta de información o documentación cuando “*no consta que durante el periodo de consultas, según sus actas, el **sindicato demandante reclamase** alguna información, explicación concreta o documentación que*



la empresa se negase a aportar, ...No consta tampoco que haya existido **ocultación de alguna información o documentación** por parte de la empresa. y si el propio sindicato no ha reclamado en el periodo de consultas la documentación o explicaciones que después echa de menos” (SAN de 6 de mayo de 2014, D. 69/2014, en la que se impugna el acuerdo sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo por el cual se establece un nuevo sistema de incentivos en la empresa).

f. Periodo de consultas:

- Correlación entre el periodo de consultas, demanda y hechos nuevos: La cuestión sobre la existencia de grupo es un hecho nuevo, que no se ha planteado en la demanda y ni siquiera en el periodo de consultas (SAN 26/05/2014, D 25/2014)..
- Tiempo: El periodo de consultas puede prorrogarse por encima del máximo legal si existe acuerdo para ello entre los negociadores consultas (SAN 26/05/2014, D 25/2014) . La superación del plazo no lleva anudada ninguna consecuencia negativa en relación con el procedimiento (SAN de 10 de abril de 2014, D. 15/2014, y las que en ella se citan)
- Reuniones *“no se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas, pero sí que se revele « una efectiva posibilidad de que los representantes legales sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo»²⁶ .*

d. Buena fe en la negociación

No buena fe: *“Un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa, como beneficiaria de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados e iniciadora del proceso, no sólo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria, incumbiendo igualmente a la empresa la carga de la prueba de que -como acertadamente señala la resolución de instancia- ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos expuestos, pues de no ser así, se declarará nula la decisión adoptada (artículo 138 de la Ley procesal laboral)²⁷*

Si buena fe: En el periodo de consultas existió una negociación efectiva de la que no se excluyó a ninguna de las partes legitimadas para negociar, sin que pueda estimarse exclusión el que se alcance un acuerdo totalmente concreto en su contenido en la comisión

²⁶ STSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2013, D. 47/2013. La empresa se negó a que los representantes de los trabajadores estuvieran asistidos de asesores externos.

²⁷ STSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2013, D. 47/2013.



negociadora con una parte de los negociadores, al que no se adhieren otros igualmente presentes, y quienes han alcanzado el acuerdo se reúnan para la redacción por escrito del mismo consultas (SAN 26/05/2014, D 25/2014) .

Rebaja en la propuesta empresarial: *“Detallando la evolución del período de consultas, con una propuesta empresarial, que el precepto en todo caso, no obliga a rebajar el efecto de la medida del traslado (cuando el precepto solo alude a su mera posibilidad” [...]Y, probado finalmente que se ha mantenido hasta la fecha de la decisión las condiciones generales sobre las que negociaba, debemos convenir que su negativa a otras medidas, explicada en todo caso durante el período de consultas, y en el momento del efecto de la medida, de ningún modo, las exigencias de buena fe en la negociación colectiva, imponen dejar sin efecto aquella decisión inicial (SAN Sala Social, sec. 1ª, de 20-3-2013, rec. 219/2012), que es la que se acredita como eficaz al referido lícito fin empresarial) (STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2014, R. 121/2014).*

e) Criterios de selección, en suspensión de contrato o reducción de jornada:

- Grado de especificación de los criterios: La omisión es de unos criterios suficientemente específicos de selección de los afectados (a falta de una lista nominativa) es causa de nulidad.

En estas medidas y dado que la regulación en la materia (art. 17.2 e) del RD 1483/2012) es similar a la establecida para los despidos colectivos, se viene aplicando los mismos criterios. En este sentido, la doctrina judicial viene fijando niveles de exigencia al respecto. Así lo recoge la SAN de 26 de mayo de 2014 (D. 25/2014, al folio 50, distinguiendo tres niveles que atiende a la causa y entidad empresarial (puramente privada o no, ex art. 23.2 CE). La precisión exigible a los criterios de selección es en este caso de grado mínimo, dado que la causa es económica y estamos ante una empresa privada.

- Falta de aportación de los criterios: no podría declararse la nulidad de la medida por falta de aportación de criterios durante el periodo de consultas, dado que los aportados por la empresa fueron admitidos, se llegó a un acuerdo y no hubo discrepancia ni discusión sobre los mismos (SAN 26/05/2014, D 25/2014).

f) Tiempo de aplicación de la medida.

Al ser medidas que despliegan sus efectos en un cierto espacio temporal, el tiempo de aplicación de esas medidas debe actuar en función de previsiones futuras que las hagan necesarias, Dichas previsiones deben estar fundadas, técnicamente justificadas y con base



en la situación actual, No deben ampararse en temores de futuro carentes de base técnica sólida de proyección (SAN de 26 de mayo de 2014, D. 25/204, folio 55).

Esta cuestión nos suscita un problema similar al que se ha planteado en otros pronunciamientos en materia de despido colectivo y número de trabajadores afectados. Sería posible aquí adoptar una medida que redujera el tiempo de afectación de la medida, si hubiera elementos de juicio para ello.

g) Acuerdo

El acuerdo alcanzado solo puede ser impugnado por fraude de ley, dolo o abuso de derecho.

El acuerdo alcanzado sin los requisitos que impone el procedimiento, incluido el régimen de mayorías, impedirá aplicar la presunción y tendrá, en definitiva el carácter de no alcanzado (STSJ de Madrid....de Carmen).

h) Falta de acuerdo en la inaplicación del Convenio Colectivo e intervención de la Comisión Consultiva Nacional,

Se ha entendido que admisible tal intervención si bien dotándolo de un contenido estricto, en el que no puede regular condiciones de trabajo sino resolver sobre la inaplicación o no del convenio colectivo que es lo que se interesa, al no asumir aquel organismo función reguladora o normativa propia de los negociadores colectivos (SAN de 11 de febrero de 2014, D. 356/2013).

CUESTIONES PROCESALES

A. PROCESO ESPECIALES

Competencia:

- Incompetencia del juez mercantil para modificar condiciones de trabajo:

Se acuerda por el juez mercantil la rebaja salarial durante un periodo de tiempo en la empresa declarada en concurso que implica la modificación de la tabla salarial del Convenio Colectivo del sector. Ello previa falta de acuerdo con los representantes de los trabajador en tramitación llevada a cabo por el art. 41.1 ET y petición de la empresa al juez del concurso-La Sala deja sin efecto tal decisión porque considera que el descuelge requiere un procedimiento que, en caso de no alcanzar un acuerdo, es necesario acudir a otras vías que



no es la jurisdiccional ni en el ámbito del concurso (SAN de 28 de noviembre de 2012, y STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2014, R. 275/14).

- Competencia objetiva

Es competente la AN para conocer de la impugnación de la decisión empresarial en la que el “tiempo del bocadillo o café” tendrán la consideración de tiempo de trabajo a recuperar, aunque ese régimen fuese seguido en algunos centros del territorio español ya que se pide la nulidad de una decisión que se extiende a todos los centros y trabajadores de diferentes Comunidades Autónomas. (SAN de 5 de mayo de 2014, D. 63/2014).

Bajo la anterior línea, también se ha dicho que, atendiendo a las fuentes generadoras de los derechos afectados por las medidas, la competencia será de la AN si es común para todos los centros de trabajo afectados por las medidas, lo que **no es cuando se han originado en cada centro** (o en centros comunes), no se está ante una modificación única aunque el objetivo y las causas sean comunes, por cuanto que las condiciones de trabajo que se pretenden suprimir y/o modificar no consta que se negociaran unitariamente en los centros afectados, debiendo plantearse ante el Js (SAN 20 de febrero de 2014, D. 297/2013).

Conciliación previa.

El art. 64 LRJS excepciona de la conciliación o mediación previa determinados procesos como los de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, no incluyendo los procesos de conflicto colectivo.

El art. 59 ET al regular la prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo y en el apartado 4 fija el plazo que será aplicable a la acciones de decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica, etc., señalando que se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas.

El art. 40.2 y el art. 41.5 ET disponen que contra la decisión colectiva se podrá reclamar en conflicto colectivo.

El juego de estos preceptos ha sido interpretado por la jurisprudencia en STS de 9 de diciembre de 2013, R. 85/2013, diciendo que no es preceptiva la conciliación previa en esta materia, aunque la decisión empresarial sea colectiva. Se dice que *“el cauce por el que han de discurrir las demandas que versen sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores habrá de ser el del proceso de conflicto colectivo, por exigirlo expresamente el artículo 153.1 de la LRJS, pero naturalmente con las especialidades que para esas acciones se desprende del cuerpo normativo conjunto que regula el ejercicio de tales pretensiones, o, lo que es lo mismo, con observancia de las especialidades que para el ejercicio de tales acciones se desprende de la Ley.*



En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 63 LRJS establece una regla general como requisito previo al proceso de exigir la conciliación previa, sin embargo en el artículo siguiente, el 64.1 LRJS y con absoluta claridad se establecen una serie de excepciones a esa exigencia preprocesal, entre las que se encuentra la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, trámite que, por otra parte, parecería redundante en una materia en la que la impugnación en vía judicial la de la decisión del empresario se ha de llevar a cabo después de agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Además, como se razona en la sentencia recurrida, en las reclamaciones referidas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la idea de celeridad impulsa evidentemente la ordenación procesal que se hace del cauce para impugnarla en un breve plazo de tiempo, lo que además redunda en beneficio de la seguridad jurídica, razones de la regulación del proceso y de la decisión que adoptó la sentencia recurrida que excluyen cualquier planteamiento de vulneración del artículo 24 CE”.

En esta decisión no se advierte, a nuestro juicio, la distinción que la norma procesal realiza en su articulado entre acciones y proceso, siendo el proceso el que está afectado por el agotamiento de la vía previa o conciliación previa administrativa y no la acción. Si el proceso de conflicto colectivo no está exento de esa vía y es éste el que debe articularse cuando la medida es colectiva, no hay razón para que, se aplique el art. 64 que está dirigido al proceso especial. El plazo breve para impugnar la medida, vinculándolo al principio de celeridad no es razón para justificar esa interpretación de la norma cuando el proceso de despido tiene igual régimen de plazo y no está exento de la conciliación. Tampoco es redundante la exigencia, partiendo de que ha existido un periodo previo de consultas porque la norma no distingue entre los que hayan seguido el procedimiento y no, a la hora de acudir a la vía judicial, ni la finalidad de aquel periodo y la de la conciliación previa es la misma, ni se enmarca en el mismo plano.

Ese criterio jurisprudencial es seguido, lógicamente, por la doctrina judicial que, incluso viene a decir que las normas existentes sobre Procedimientos de Solución extrajudicial de conflictos no vienen a alterar tal conclusión en la medida en que se aplican aquellos procesos en los que es necesaria la conciliación previa y no a los exentos²⁸. Al respecto, es conveniente tomar en consideración lo que dispone el art. 10.2 del Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC), de 8 de febrero de 2012, cuando dice que en los conflictos surgidos durante el periodo de consulta de los arts. 40, 41 y 82.3 ET, la intervención de las comisiones paritarias será preceptiva cuando así lo establezca el convenio colectivo de aplicación o, en todo caso, cuando así lo solicite una de las partes y aunque, como ha dicho la doctrina, la Ley 3/2012 no impone la intervención de **las comisiones paritarias** en los arts. 40, 41 ni 47 ET, la misma puede venir justificada con base en lo dispuesto en el art. 85.3 ET, al señalar las funciones atribuidas a dichas

²⁸ STSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2013, D. 47/2013, dicta en conflicto colectivo sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, entiende que no procede conciliación previa y considera que la normativa gallega sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos es aplicable cuando sea necesario u obligado acudir a esa vía pero no cuando se excluye en la norma procesal.



Comisiones – “cuantas otras (cuestiones) les sean atribuidas” por los convenios colectivos

-.

Adecuación de procedimiento:

Ha de estarse a la naturaleza de lo pretendido, de forma que el simple hecho de que se haya formulada la demanda por este proceso especial o por el ordinario, debe determinarse cuál es el que realmente corresponde. En este sentido recordamos la STS de 26 de febrero de 2014, R.652/2013, en la que, habiéndose presentado demanda por el proceso especial, entiende que no se estaba ante un supuesto de traslado sino de impugnación de la reincorporación a la plaza de la que es titular la actora, habiéndose tramitado, además, por ese proceso.

Dentro de esta problemática se puede suscitar otra derivada de medidas cautelares adoptadas en expediente disciplinarios –tales como suspensión de la relación laboral o traslado con atribución de otras funciones y menor salario. La impugnación de esta última medida, aunque no se haya acudido a los trámites del art. 41 ET, es el proceso especial (STSJ de Madrid, 31 de enero de 2014, R. 1103/2013, en donde se declara la irrecurribilidad de la sentencia). Sería cuestionable el razonamiento al no venir determinada la medida por las causas que permite acudir a ese proceso. Así es posible que esas medidas se adopten como sanción disciplinaria y ello sería impugnabile por el proceso de sanción. En este sentido, se ha tramitado por proceso ordinario una restricción casi total de funciones, como reacción a la acción frente a un traslado que se calificó judicialmente como injustificado²⁹

Legitimación activa:

La legitimación para impugnar este tipo de acuerdos y de decisiones empresariales, aunque dicha impugnación se tramite, conforme a las previsiones de la LRJS, por vía de conflicto colectivo, ha de entenderse regulada por idénticas normas que la legitimación para la impugnación de medidas de despido colectivo previstas en el art 124.1 LRJS , puesto que sigue la misma lógica, que no es coincidente con la aplicable a la materia (SAN 26/05/2014, D 25/2014).

La decisión de un comité de empresa de impugnar el acuerdo ha de adoptarse según el régimen de mayorías previsto en sus normas internas de funcionamiento (SAN 26/05/2014, D 25/2014).

No ostenta legitimación activa para impugnar una medida colectiva adoptada en un centro por dos trabajadores de otro centro, de menos de cinco trabajadores, aunque se haya iniciado el procedimiento conjuntamente, ni tampoco tienen acción para impugnar la

²⁹ STSJ del país Vasco, de 3 de diciembre de 2013, R.20482013, en donde no se cuestiona ni la acción ni el acceso al recurso pero la cuestión debatida, en el marco de la garantía de indemnidad, arranca del cambio brusco y sustancial de funciones.



decisión empresarial que afecta al centro al no serle exigible procedimiento alguno para adoptar tal medida (STSJ de Madrid, de 20 de mayo de 2014, D. 124/2014)

Caducidad de la acción:

La acción de impugnación de las medidas está sometidas al plazo de caducidad del art. 138.1 LRJS cuando dice que *“[l]a demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes”*

Este plazo, que es aplicable a todos los procesos de la Sección 4ª del Capítulo V del Título II del Libro II (arts. 138 y ss.) lo es también a los procesos de conflicto colectivo que se incoen en impugnación de las medidas colectiva, en virtud del art. 59.4 ET, (STS de 4 de junio de 2013, RC 249/2011, SAN de 2 de abril de 2014, D. 41/2014), entendiéndose comprendidas la suspensión del contrato y reducción de jornada del art. 47 ET (SAN de 20 de marzo de 2014, D. 472/2013)

La inexigencia de conciliación previa que ha establecido la jurisprudencia para la impugnación de las medidas colectivas en la materia ha venido a dar respuesta a una de las incertidumbres que la normativa presentaba y que ha provocado que algunas acciones no lleguen a prosperar por haber intentado ese acto inexigible y, con ello, superar el plazo para el ejercicio de la acción.

Se aplica dicho plazo aunque no se haya seguido el trámite legal para adoptar la medida, lo que nos lleva a otra cuestión: la de establecer el día inicial del cómputo del plazo que la norma lo fija en la notificación por escrito a los afectados o a sus representantes.

Es por ello que se ha venido diciendo por la doctrina que no opera tal plazo cuando no se ha notificado por escrito a esos sujetos la modificación o medida adoptada diciendo *“Tras la aprobación de la LRJS, la caducidad opera con independencia de si el empresario ha seguido o no las formalidades previstas que permitieran identificar la decisión como propia de alguna de estas previsiones legales. Ahora la caducidad, que afecta no sólo al ejercicio individual de la acción sino a la impugnación de la medida colectiva a través del cauce del conflicto, sólo presenta relevancia cuando y desde el momento en que la decisión empresarial se comunica por escrito. **Por tanto, las modificaciones impuestas de forma verbal, sin notificación escrita a quien las soporta, no estarían sometidas al plazo de caducidad de 20 días, sin perjuicio de que las consecuencias reparadoras que pudieran obtenerse tras un pronunciamiento judicial sí estarían sometidas al plazo prescriptivo del año (ET art.59.2)..... se tratase de dirimir sobre la prescripción de la acción derivada de la modificación sustancial de la condición de trabajo, que no fue adoptada siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el plazo de prescripción fuese el previsto en el artículo 59, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores , esto es, el de un año desde que la acción pudo ejercitarse.”**, doctrina que aplicada al caso de autos comporta en consecuencia que, de haberse apreciado que estamos ante una condición más beneficiosa no resultando acreditada la notificación escrita de la empresa a los trabajadores, no operaría la caducidad de la acción”* (STSJ de Cataluña, de 24 de enero de 2014, D. 67/2013)



La caducidad, en las medidas colectivas, no puede computarse hasta que existe un acuerdo definitivo, en su caso, y es notificado a la representación de los trabajadores (SAN 26/05/2014, D 25/2014).

Se ha dicho, igualmente que ese plazo comienza cuando la comunicación cumple los requisitos legales –indicación clara y explícita de la medida adoptada y efectos- (SAN de 2 de abril de 2014, D. 41/2014)³⁰, aunque no se exprese que es con amparo concreto legal, sin que sea necesario que en ella se indique la vía de impugnación ni plazo para ello, al no ser un acto administrativo (SAN de 6 de febrero de 2014, D. 3/2014).

E incluso en orden a la determinación del día inicial habiéndose seguido el procedimiento, se ha entendido que no sirve como momento la notificación en la que no se indica cual es la decisión empresarial³¹

El medio de comunicación también ha sido objeto de debate, siendo admitido **el email** como comunicación escrita, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 23.3 y 24.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de información y de comercio

³⁰ No es suficiente con que en el Acta final del Periodo de consultas se diga que la empresa va a adoptar la decisión.

³¹ STSJ de Galicia, de 10 de diciembre de 2013, D. 47/2013, en la que se dice que “*sólo se notifica la finalización del periodo de consultas por una serie de reproches a la representación de los trabajadores, mas no se expresa de ninguna forma cuál es la decisión del empresario. Se dice sí -bien resaltado en el texto empleando unas mayúsculas- que «LA EMPRESA DA POR FINALIZADO SIN ACUERDO EL PERIODO DE CONSULTAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 41.4 E.T ., POR LO QUE PROCEDEREMOS DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR EL ART. 41.5 E.T .»;* ahora bien, indicar que se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 ET , que -recordémoslo, se refiere a la notificación de la decisión definitiva- carece de sentido y, sobre todo, de eficacia para arrancar el plazo de caducidad, pues en ese momento y con esa carta no se sabe qué va a hacer el empresario (quien no está obligado a aplicar las modificaciones sustanciales que había inicialmente anunciado, dado que puede alterarlas o, incluso, posponerlas)”.



electrónico (SAN de 6 de febrero de 2014, D. 3/2014)³². Aquí la cuestión estará en la determinación de la recepción de la comunicación electrónica.

Caducidad y proceso abierto como ordinario siendo que corresponde el especial: El problema que surge es el de ¿cómo actuar frente a tal situación si se presenta demanda por proceso ordinario: el problema viene por la aplicación del plazo...y si el juez de instancia ha rechazado la inadecuación de procedimiento y no lo ha aplicado por mantener el proceso ordinario..y por ello ha otorgado recurso. El demandado deberá plantear recurso insistiendo en la inadecuación de procedimiento y, en su caso, el tema de la caducidad de la acción que al ser obstativa del fondo podría solventarse en suplicación.

La STSJ de Extremadura, 18 de marzo de 2014, R. 598/2013, dice que no hay recurso por ser proceso especial y desestima el recurso de las demandantes que vieron desestimada su pretensión. El juez no aprecia caducidad por mantener que es proceso ordinario declara que es justificada la medida, con lo cual, realmente la parte demandada no sufre perjuicio alguno. No obstante, el problema si existiría de haberse estimado la pretensión de las demandantes si la empresa hubiera recurrido. En ese caso, la Sala no podría haber adoptado la decisión de irrecurribilidad por cuanto que siendo una cuestión procesal –tanto la inadecuación de procedimiento como caducidad, debería resolverla y, en su caso, incluso, declarar caducada la acción.

Acumulación de acciones:

No procede acumular a la acción de suspensión del contrato del art. 47 ET la cantidad por daños y perjuicios (STSJ Cataluña, de 28 de febrero de 2014, R. 5992/2013). A tal efecto convendría ver lo dispuesto en el artículo 138.7 LRJS en donde se indica que la

³² La cuestión que puede plantearse en este tema será la acreditación de la recepción por el destinatario. Si se admite el medio con base en la citada normativa, habrá que tener en consideración lo que dispone su art. 28: "1. El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios: a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

- a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
- b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.



sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Así en este sentido parece apuntar la SNA de 5 de mayo de 2014, D. 63/2014, en donde no se hace pronunciamiento de este concepto, en un proceso colectivo, por falta de reclamación en demanda, sin perjuicio de lo que se pueda resolver en demandas individuales

Cuestiones no suscitadas en el periodo de consultas ni en demanda: La cuestión sobre la existencia de grupo es un hecho nuevo, que no se ha planteado en la demanda y ni siquiera en el periodo de consultas (S AN 26/05/2014, D 25/2014³³), como ya hemos indicado anteriormente.

Sentencia

Calificación de nulidad

“No se cuestiona por las partes su naturaleza colectiva, por el número de trabajadores afectados, lo que supone que, en el caso de darse una respuesta afirmativa, procedería declarar su nulidad en aplicación del artículo 138.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, norma que, aunque referida a la impugnación individual, ha de entenderse igualmente aplicable en el caso de la impugnación colectiva por el procedimiento de conflicto colectivo” (SAN de 5 de mayo de 2014, D. 63/2014).

Sentencia en proceso colectivo e individualización de los afectados: La falta en la demanda de datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto, a los efectos del art. 157.1 LRJD, no permite configurar el fallo conforme a las reglas del art. 160.3 LRJS (SAN, de 5 de mayo de 2014, D. 63/2014).

Recurso de suplicación³⁴:

1. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. No procede recurso contra demandas individuales de impugnación de estas medidas individuales no colectivas salvo, claro está, que se denuncie infracciones procesales (STSJ de 17 de enero de 2014, R. 1599/2013).

El TS nos dice que *“3. La modalidad procesal de la sección 4ª del Cap. V del Título II LRJS se caracteriza, entre otras cosas, porque la sentencia está excluida del recurso de suplicación (arts. 138.6 y 191.2 e) LRJS). No obstante, la ley establece una excepción a la regla general de irrecurribilidad de la sentencia cuando se refiere a la modificación sustancial de condiciones que tenga "carácter colectivo de conformidad con el apartado 2*

³³ Contiene Voto particular por entender que la Sala debió apreciar de oficio la existencia de litispendencia por la existencia de una sentencia de la Sala que anuló un pacto de unos meses antes sobre las mismas materias, sentencia que está pendiente de recurso de casación ante el Tribunal Supremo .

³⁴ Los de movilidad funcional no son procesos especiales aunque en orden al recurso el acceso viene determinado por la acción que a él se acumule.



del art. 41 ET "[...]El precepto vigente vincula la recurribilidad, no a la naturaleza colectiva del litigio, sino a la decisión empresarial. Así, siempre que ésta tenga carácter colectivo, cabrá acudir, en su caso, a la suplicación, tanto si la decisión se ataca por los trabajadores individualmente considerados, como si se combate por el cauce del conflicto colectivo por los sujetos legitimados a tal efecto.

4. En consecuencia, aun tratándose de una demanda individual, como el caso presente, la sentencia que resuelve el litigio en instancia es susceptible de ser combatida vía recurso de suplicación si la modificación sustancial con las que se discrepa tenía carácter colectivo con arreglo a la definición que haga el art. 41 ET (bien en atención a la fuente de la que surgía la condición, como sucedía en el texto legal vigente en el caso; bien según el número de trabajadores afectados, como resulta ahora tras la reforma de 2012)". (STS de 22 de enero 2014, R. 690/2013,

2. Movilidad Geográfica: Rige el mismo criterio (STS 26 de febrero de 2014, R.652/2013, aunque concluye que en ese caso no se planteaba una acción de traslado).

3. Recursos y efectos de una Acumulación de otra acción, con base en los arts. 26.2, 178.2 y 184 LRJS incluso aunque " El hecho que se haya acumulado una reclamación de cantidad por el daño sufrido por vulneración del derecho de libertad sindical, no implica que proceda recurso de suplicación, como tampoco la alegación de infracción de algún derecho fundamental pues el legislador no lo ha previsto expresamente en el artículo citado, como ocurre en otras modalidades procesales" (STSJ de Madrid, de 26 de marzo de 2014, R. 1916/2013 y STSJ de Cataluña, de 12 de febrero de 2014, R. 2217/2013). Parece resolver en sentido contrario otras sentencias en las que, en relación con estos procesos especiales individuales y su acceso a la suplicación que entienden que será admisible en los supuestos excepcionales que marca la norma como "los supuestos de naturaleza colectiva prevista en el artículo 51.1 ET , o bien, cuando se ejercite acumuladamente otra acción susceptible de recurso de suplicación" (STSJ de Andalucía, Granada, de 19 de febrero de 2014, R. 121/2014, en materia de suspensión de contrato). ojo repasar para ver si dice eso o solo en relación con la movilidad funcional

Supuesto singular es aquel en el que se dicta sentencia resolviendo dos acciones inacumulables y se quiere recurrir en suplicación, pues bien las reglas que deben determinar el régimen de recursos deben ser analizadas en relación con cada acción dando a la que proceda el recurso (STSJ de Galicia, de 30 de enero de 2014, R. 2876/2013³⁵).

Suspensión del contrato o reducción de jornada: *en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, como ya dispone el art. 191.2 e)*

En un caso de ERTE por causas económica, en el que resultaron afectados tres trabajadores, sobre un total de diecinueve de la empresa, no procede recurso al no estar

³⁵ Se acumuló una acción de movilidad geográfica con clasificación profesional.



**Asociación Nacional
de Laboralistas**

FORELAB
FORO ESPAÑOL DE LABORALISTAS

afectados diez trabajadores (STSJ de Andalucía, Granada, de 19 de febrero de 2014, R. 121/2014).

Cuestiones específicas:

Indemnización de daños y perjuicios en medidas lícitas:

La responsabilidad contractual que genera indemnización por daños y perjuicios requiere, como presupuesto esencial, el incumplimiento de una obligación inherente al contrato. *“la movilidad geográfica ajustadas a las prescripciones del art. 40 ET generan para el trabajador el derecho a percibir una compensación por los gastos que su cambio de lugar de trabajo y residencia le supongan, al tiempo que le permiten optar, si así lo considera oportuno, por la extinción indemnizada de su contrato de trabajo pues la indemnización que en tal caso corresponde no es otra que la prevista expresamente en el art. 40 ET , y no cabe acudir a las reglas civiles de indemnización por daños y perjuicios. Del mismo modo, la modificación sustancial de condiciones de trabajo ajustada a las prescripciones del art. 41 ET da opción al trabajador afectado a extinguir su contrato con una indemnización, siempre que se den una serie de requisitos, entre ellos la acreditación de que la medida le provoca un perjuicio..... La finalidad de la norma es la de evitar la perturbación que la modificación puede producir en el trabajador, facultándole para resolver el contrato, lo que permite situar el fundamento jurídico de la opción de resolución en la excesiva onerosidad sobrevenida y no en el incumplimiento empresarial. En suma, se rechazan las indemnizaciones por daños y perjuicios adicionales a la contemplada ex art. 41.3 ET (STS 22-1-90)”* (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de enero de 2014, R. 2398/2012).