

MODIFICACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Mayo 2007

Índice

- 1.- La pluralidad de intereses en juego
- 2.- Modificaciones pactadas colectivas
- 3.- Modificaciones autorizadas
 - 3.1. Autorizaciones administrativas
 - 3.2. Autorizaciones judiciales
- 4.- Modificaciones pactadas individuales
- 5.- Modificaciones unilaterales empresariales
 - 5.1. Modificaciones accesorias
 - 5.2. Modificaciones sustanciales colectivas consultadas
 - 5.3. Modificaciones sustanciales individuales
- 6.- Modificaciones unilaterales del trabajador
 - 6.1. Modificaciones cuasi unilaterales
 - 6.2. Modificaciones unilaterales en sentido estricto

1.- La pluralidad de intereses en juego

A pesar de la tendencia a precisar con notable rigor el régimen jurídico del tiempo de trabajo, tanto en la normativa estatal como en la negociación colectiva, se advierte como los fenómenos de modificación de condiciones que afectan a la jornada y al horario de trabajo están constantemente presentes en el desarrollo de las relaciones laborales, lo sean en su vertiente individual o en la colectiva. Es probable que incluso sea debido, entre otras razones, a ese esfuerzo de concreción de los diferentes aspectos concurrentes en la regulación del tiempo de trabajo, tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa, que se hace preciso acudir de forma reiterada a cambios en esta materia para adaptarlas a hechos sobrevenidos de muy diversa naturaleza.

Pero, sobre todo, resulta imprescindible llamar la atención sobre la circunstancia de que es justamente en las vicisitudes de las condiciones de trabajo que repercuten sobre el tiempo de ejecución de la prestación de servicios donde con mayor evidencia se exterioriza la contradicción de intereses entre los trabajadores y empleadores a los efectos de adecuar las condiciones de trabajo a sus respectivas expectativas.

A nadie se le escapa que en el marco de una organización de la actividad productiva cada vez más flexible, de atención inmediata a los requerimientos del mercado, las empresas sitúan en la adaptación del tiempo de trabajo uno de sus intereses más relevantes en orden a disponer de una fuerza de trabajo lo más alterable posible conforme a sus intereses productivos y de maximización de los beneficios de su actividad empresarial. Tan influyente resulta esta lógica en el debate cotidiano, que en

ocasiones el debate sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo y, en particular, en lo relativo al tiempo de trabajo, se centra exclusivamente en esta perspectiva de la toma en consideración de los mecanismos ofrecidos por nuestra legislación laboral para atender a las necesidades de flexibilidad productiva de las empresas.

No pretendemos por nuestra parte, ni mucho menos, poner en duda la realidad de estos requerimientos empresariales de flexibilidad, ni que los mismo se presentan en los últimos tiempos más intensos a resultas de los cambios en los sistemas de producción y de organización de la actividad económica y social en general.

Más aún, en reiteradas ocasiones, al menos por lo que afecta al debate en nuestro país, se llama la atención sobre la circunstancia de que en ciertos ámbitos, sectores o profesiones, es aconsejable facilitar un uso más intenso de los procedimientos de modificación del régimen del tiempo de trabajo, en la medida en que ello puede presentarse como alternativa a la excesiva rotación en la contratación laboral, a las elevadas tasas de temporalidad en nuestro mercado de trabajo. Dicho de otro modo, siempre es preferible facilitar las fórmulas de movilidad interna como vía alternativa a los mecanismos siempre más perjudiciales de la movilidad externa; la movilidad interna puede favorecer tanto una reducción en el uso desmedido de la contratación temporal como evitar situaciones más traumáticas de reducción brusca del empleo fijo. Los propios interlocutores sociales en nuestro país se decantan claramente por esta opción y, a nuestro juicio, lo hacen con todo fundamento. Así, por aludir al texto más influyente al efecto, baste con mencionar los compromisos asumidos por ellos a través de los sucesivos Acuerdos Interprofesionales de Negociación Colectiva; en el último de ellos, el correspondiente al año 2007, expresamente se declara que “La estabilidad del empleo debe seguir presente en la negociación colectiva, sin perjuicio de mantener un marco de contratación temporal que permita responder a las necesidades coyunturales de producción de bienes y servicios, y de articular instrumentos de flexibilidad, entre ellos las nuevas formas de organización del trabajo, y tener en cuenta que los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de empleo. En este contexto se debe perseguir el adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores”¹.

Eso sí, la puesta en el centro del debate sobre las modificaciones del tiempo de trabajo de las exigencias empresariales de flexibilidad no puede hacer pensar que ello constituye el único punto de mira posible, ni que conforma el interés exclusivo en juego. Frente a ello, han de tenerse en cuenta en igual medida las expectativas de los trabajadores y no al caso en estos debates siempre se recuerda que el reto viene a ser el de lograr el adecuado equilibrio entre la flexibilidad para las empresas y la seguridad de los trabajadores. A tal efecto, lo habitual es situar el interés de los trabajadores por la seguridad en el logro de fórmulas que garanticen su estabilidad en el empleo, en clave tal que la continuidad como ocupado en el mercado de trabajo se coloca como objetivo preferente de los trabajadores, con lo cual implícitamente se daría a entender que pasa a segundo plano la defensa de fórmulas rígidas por lo que refiere al tiempo de trabajo. Si eso fuera realmente así, la cuestión se presentaría lineal, simple y sobre todo unidireccional, pues procederíamos a aislar la materia relativa a las modificaciones del tiempo de trabajo, concluyendo que en este asunto lo único que ha de preocuparnos es

¹ Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007, de 6 de febrero de 2007 (BOE 24 de febrero).

garantizar al máximo las expectativas empresariales de flexibilidad, pues ello redundaría en beneficio conjunto de unos y otros, en la medida en que con ello también a los trabajadores se les garantiza su estabilidad en el empleo que se presupone es su interés por excelencia.

Ahora bien, las cosas aquí no son tan fáciles, y prueba de ello es que, sin desmentir el interés preferente de los trabajadores por la estabilidad en el empleo, ello no reduce el contraste de intereses por lo que afecta al tiempo de trabajo. Al final, resulta impracticable el aislamiento de la materia en los términos antes referidos, y la prueba más elocuente de ello es que ésta es una cuestión en constante fricción hoy en día en cualquier empresa, manifestada en muchas facetas, pero particularmente constatable en los procesos de negociación colectiva y en conocidos asuntos que han tenido plasmación en cierta litigiosidad judicial recurrente.

Para empezar, el tiempo de trabajo no es ajeno en absoluto a las expectativas de estabilidad en el empleo de los trabajadores. En efecto, una alteración en clave de reducción intensa de la jornada de trabajo, al extremo de convertir el empleo en casi marginal, con paralela reducción de la retribución, acaba necesariamente influyendo negativamente sobre el empleo mismo del trabajador. Precisamente por ello los procedimientos de reducción de la jornada de trabajo en el contexto de atención a las situaciones de crisis empresariales han estado tradicionalmente vinculadas al conjunto de reglas relativas a los expedientes de regulación de empleo. Naturalmente, siempre es preferible una oferta de empleo a tiempo parcial, incluso con jornada bastante reducida, a una situación de total expulsión del mercado de trabajo; pero no por ello deja de aflorar el obvio conflicto de intereses entre las partes.

Más allá de estos supuestos específicos de reducción de jornada, es posible percibir cómo el conflicto de intereses se aprecia en casi cualquier otra manifestación de intentos de modificación de las condiciones de trabajo. A la postre, cualquier alteración del régimen de trabajo, particularmente por lo que se refiere a la jornada y al horario, acaba repercutiendo sobre la vida privada del trabajador, incluso sobre la misma vida profesional en otras facetas. Así, a veces, en algunos casos un determinado horario de trabajo de una jornada a tiempo parcial permite compatibilizar este empleo con otro segundo, puede que también a tiempo parcial, de modo que el conjunto aporta al sujeto unos ingresos suficientes, pero ello siempre sobre la fiijeza del horario que permita la compatibilidad de ambos; a la postre el cambio de horario en uno puede repercutir negativamente en el mantenimiento del empleo en el otro. También la compatibilidad horaria en ocasiones es clave para la progresión profesional, por la vía de la posibilidad de simultanear trabajo con profundización en la educación o formación profesional reglada.

Dejando al margen situaciones que podríamos considerar como caprichosas por parte del trabajador, indiscutiblemente los cambios de horario repercuten necesariamente en su planificación de la vida privada y, por ello, afloran de forma recurrente las resistencias del trabajador a amoldarse a las pretensiones empresariales de cambio para atender a sus necesidades de mercado. Ciertamente, en algunas ocasiones estas aspiraciones de fiijeza en el régimen del tiempo de trabajo serán más o menos atendibles, pero indiscutiblemente suscitan conflictos y el ordenamiento jurídico necesariamente ha de lograr los mecanismos más acertados para lograr el debido equilibrio de intereses para resolver tales intereses en confrontación.

Por otra parte, en este enfoque introductorio que pretende aflorar la mayor complejidad de intereses en juego en esta materia, habitualmente se tiende a presumir que el objetivo buscado por el empleador es tener en sus manos las mayores facultades de movilidad constante en lo que afecta al tiempo de trabajo, mientras que como contrapunto el trabajador sólo reclama un sistema fijo e inalterable de determinación de su tiempo de puesta a disposición de la empresa; un sistema predeterminado en todos sus elementos al objeto de que a partir de ahí pueda organizar con plena libertad su vida privada.

Frente a ello, se aprecia cada vez más como en otras ocasiones se alteran las posiciones, de modo que quien desea la fijeza de condiciones es la empresa para planificar mejor su organización del trabajo, en tanto que los trabajadores desearían un régimen más flexible de cumplimiento de sus obligaciones temporales de ejecución del trabajo.

El interés de parte de algunos de los trabajadores no se materializa exclusivamente en una expectativa de inamovilidad del tiempo de trabajo, sino todo lo contrario: emerge un interés porque también la organización del tiempo de trabajo se adapte a sus requerimientos personales y, en definitiva, que también se atiendan sus deseos de cambio de la jornada y del horario de trabajo a sus propios intereses. De este modo, aparecen junto a los mecanismos de modificación del tiempo de trabajo para dar respuesta a las necesidades empresariales otros tantos supuestos de modificación del tiempo de trabajo para atender las correlativas necesidades de los trabajadores.

Puede también que unos y otros deseen fórmulas flexibles en la ejecución del tiempo de trabajo, jornadas flexibles deseadas por unos y por otros; eso sí, la flexibilidad tiene una finalidad bien diferente para unos y para otros. El empleador desea ostentar facultades de flexibilidad para adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades productivas, en tanto que el trabajador reclama también facultades de flexibilidad para adaptar ese mismo tiempo de trabajo a sus necesidades privadas. A la postre, se puede tratar de la cuadratura del círculo, por cuanto que se trata de “flexibilidades” de signo diverso, con un contenido jurídico bien diferente y, sobre todo, con pretensión de ser impuesto a la contraparte de forma opuesta; se podría hablar así de un doble “*just in time*” de signo contradictorio entre sí; en unos casos una flexibilidad que puede conducir a facultades unilaterales de cambio atribuidas al empleador, en otros casos desembocar en otras tantas facultades unilaterales de cambio ahora reconocidas al trabajador.

La manifestación más elocuente en nuestra legalidad vigente por lo que refiere a los trabajadores, son aquellas que derivan de hechos sobrevenidos en su vida privada que provocan una más difícil conciliación entre las responsabilidades familiares y las profesionales, de modo que la compatibilidad entre unas y otras se logra en mayor medida con una capacidad de modificación del tiempo de trabajo reconocida al trabajador. Prueba de la importancia atribuida a este asunto por parte de ciertos segmentos de la población, es que las preferencias de inserción en el mercado de trabajo se enfocan para muchos en la medida en que sea más fácil atender a estas expectativas de conciliación entre lo familiar y lo profesional; en concreto, los estudios sociológicos muestran con evidencia que la feminización de ciertas actividades y trabajos se debe en gran medida al régimen de la jornada de trabajo en ese ámbito, más favorable que en

otros a su conciliación con sus responsabilidades familiares. La propia legislación laboral entre nosotros es cada vez más sensible a la complejidad de la conciliación de lo familiar y lo profesional, de modo que son reiteradas las fórmulas en las últimas reformas legislativas que incorporan el reconocimiento de facultades más o menos plenas de imposición de cambios en el tiempo de trabajo por parte del trabajador al empleador, precisamente para adecuar sus obligaciones laborales a su régimen familiar.

En definitiva, cualquier estudio del régimen de las modificaciones del tiempo de trabajo y, sobre todo, de sus causas justificativas, quedaría incompleto si sólo se enfocara en la clave empresarial de atención a sus necesidades productivas, pues cada vez más resulta obligado complementarlo con el enfoque de las paralelas modificaciones del tiempo de trabajo en clave laboral de atención a las necesidades familiares incluso privadas de los trabajadores.

Más aún, no se trata solo de incorporar al análisis la segunda perspectiva de las señaladas, sino adicionalmente de intentar llamar la atención sobre la necesidad de poner en conexión la una con la otra. Dicho de otro modo, no se trata sólo de acumular en un mismo estudio doctrinal sucesivamente las reglas previstas en una y otra dirección, sino procurar establecer los puentes de enlace entre lo uno y lo otro. Por ello, en el mismo esquema de tratamiento secuencial de la legislación aplicable deberíamos intentar enfocarlo con análisis, por un lado, de las modificaciones en interés de los trabajadores y, por otro lado, de los cambios en interés de la empresa; eso sí será imposible huir de tales esquemas, desde el instante en que el modelo legal parte de esa perspectiva y contempla instituciones diferenciadas para la atención casi independiente de cada uno de los intereses en juego.

En efecto, me interesa llamar la atención sobre la circunstancia de que cuando el ordenamiento establece los procedimientos legales para atender cada uno de los dos enfoques, lo viene a hacer por separado, como si se tratara de espacios estancos. Frente a ello, hay que sacar a la luz que, a poco que se aproxime uno a la realidad de la práctica de estas modificaciones, se observa como los intereses se encuentran inmediatamente entrelazados y, por ello, interrelacionados. En concreto, que, por mucho que se omita, cuando se afronta una alteración del tiempo de trabajo, por ejemplo, a través de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reguladas en el art. 41 ET, aunque de manera inmediata éstas queden justificadas por razones empresariales, ello no deja de repercutir sobre las expectativas de los trabajadores de conciliación con su vida familiar. Y, viceversa, que cuando el legislador instaura un mecanismo de reconocimiento de facultades de alteración del tiempo de trabajo para atender los intereses de los trabajadores y se vincule de manera inmediata a las predeterminadas razones familiares justificativas, ello no deja de repercutir sobre las necesidades empresariales de organización del trabajo.

Este enfoque no se encuentra explícito en la regulación legal, pues parece que cada institución modificativa que regula discurre por separado, atiende a uno de los intereses y no exige tomar en consideración el contrapuesto. Ahora bien, lo que queremos destacar nosotros es que aunque el legislador no saque a la luz la interferencias con los otros intereses, éstos no dejan de estar presente, tarde o temprano afloran, de modo que las mismas deberán ser tomadas necesariamente en consideración en la fase aplicativa de interpretación de unas y otras disposiciones previstas para el caso; cuando se atienda a los preceptos que regulen modificaciones por necesidades

empresariales, su régimen aplicativo necesariamente tendrá que valorar los correlativos efectos sobre los intereses de los trabajadores a conciliar el nuevo régimen de tiempo de trabajo con sus responsabilidades familiares; y, viceversa, cuando se analicen los preceptos que regulen modificaciones por necesidades familiares o privadas de los trabajadores, su régimen aplicativo necesariamente tendrá que ponderar los efectos inmediatos sobre los intereses empresariales de toma en consideración de las necesidades productivas.

Por poner otro ejemplo concreto, llama la atención que cuando la normativa vigente incluye como causa justificativa de la resolución contractual que faculta para resolver el contrato de trabajo con derecho a la indemnización equivalente al despido improcedente (art. 50 ET), mencione sobre todo el perjuicio a la formación profesional del trabajador, con silencio para aquellos otros supuestos cada vez más atendibles de perjuicio igualmente grave y demostrable a sus posibilidades de conciliación con sus responsabilidades familiares. Si bien cabría también, una opción alternativa de establecer una ponderación equilibrada en el momento valorativo de las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, donde se pusieran en contraste la intensidad de las necesidades empresariales de cambio de condiciones de trabajo con la intensidad de los perjuicios ocasionados a la conciliación de la vida familiar y profesional de concretos trabajadores.

Por último, advertir que aunque cuando nos hemos referido a los intereses de los trabajadores lo hemos hecho casi siempre con referencia a sus expectativas de conciliación con sus responsabilidades familiares, lo hemos enfocado así por ser la expresión que en los últimos tiempos ha adquirido mayor plasmación normativa en las reformas legales más recientes, pero no porque ello constituya la perspectiva única desde la que se puede presentar el conflicto de intereses laboral con los paralelos requerimientos de flexibilidad de los empresarios. En efecto, junto a los fenómenos de conciliación con la vida familiar, sería necesario traer a colación otras manifestaciones en las que se materializa un escenario similar al antes descrito.

Así, por ejemplo, habría que tomar en consideración igualmente las reglas relativas al desarrollo de la actividad sindical por parte de los representantes de los trabajadores, quienes en el ejercicio de su derecho al crédito horario actúan directamente sobre el tiempo de trabajo; y lo hacen no sólo en la perspectiva cuantitativa de reducción de la jornada de trabajo efectiva, sino incluso también en la perspectiva cualitativa de elección del tiempo en el que hacen uso de tal crédito, con el efecto en paralelo de posible alteración de la organización del trabajo programada por la dirección de la empresa. En los mismos términos cabría mencionar las reglas sobre permisos retribuidos a los cargos electivos de carácter público, donde de nuevo junto a la reducción del tiempo de trabajo efectivo en lo cuantitativo se verifica desde fuera una selección de los momentos precisos de ausencia del trabajo y, con ello, nuevamente con repercusión en la planificación del horario de trabajo prevista en la empresa.

Otro de los ejemplos que se podrían mencionar serían los relativos a las ausencias del trabajo o los cambios del horario de trabajo con la finalidad de atender al derecho a la formación del trabajador, así como a la realización de exámenes, en los términos contemplados en el art. 23 ET y en los convenios colectivos que lo desarrollan.

A partir de estas consideraciones de encuadramiento general de la materia, podemos adentrarnos en los aspectos más señalados del régimen jurídico actualmente establecido en esta materia relativa a la modificación del tiempo de trabajo. En todo caso, es obligado advertir que la normativa de referencia resulta notablemente amplia, del mismo modo que ha suscitado desde siempre múltiples interrogantes en cuanto a la interpretación más correcta de la regulación vigente. Por ello, dentro del alcance limitado del presente trabajo, resulta imposible abarcar en toda su extensión la totalidad de los aspectos implicados por la regulación de referencia. De este modo, hemos preferido ser selectivos, no abordando todos los aspectos, centrándonos en aquellos que nos parecen de mayor actualidad, postergando otros importantes debates tradicionales, pero que a nuestro juicio ya han sido abordados con profusión y profundidad en otros estudios ya efectuados por la doctrina y por mi mismo².

2.- Modificaciones pactadas colectivas

La negociación colectiva, particularmente cuando se trata de la sucesión temporal de renovación de convenios a su decadencia ordinaria, constituye una forma muy extendida, aunque probablemente una de las más inadvertidas, por medio de las cuales se introducen cambios en el régimen del tiempo de trabajo en las relaciones laborales. El convenio que entra en vigor, sustituyendo al que le antecede en el tiempo, puede contener una regulación diferenciada de la jornada y del horario de trabajo, cuya aplicabilidad inmediata provoca automáticamente un cambio en el régimen regulado del tiempo de trabajo³. Eso sí, no parece necesario abordar con detalle este fenómeno, salvo dejarlo mencionado a los efectos de tener el mapa completo de las vías de modificación posibles, dado que en ocasiones por este procedimiento se producen cambios de notable envergadura que alteran sustancialmente los intereses en juego en esta materia. No es necesario entrar en mayores detalles, por cuanto que basta con remitirnos al marco común de regulación de la negociación colectiva y, en particular, a los aspectos relacionados con la vigencia del convenio colectivo y su eficacia inmediata a partir de su entrada en vigor.

La hipótesis que, sin embargo, ha provocado uno de los debates más intensos a partir de la entrada en vigor de la reforma de 1994, fue la relativa a la utilización de los procedimientos de reestructuración empresarial como vía de alteración refleja de lo establecido en un determinado convenio colectivo, por tanto alterando lo allí dispuesto sin necesidad de esperar a la conclusión de su vigencia pactada y su renegociación.

² Cfr., por todos, J. Cruz Villalón, El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, RL 17-18 (1994), J. Cruz Villalón, La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, Relaciones Laborales nº 23 (1996). R. Vallejo Dacosta, Modificaciones de las condiciones de trabajo, Consejo Económico y Social, Madrid 2002. C. Sanmartín Mazzuconi, El régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, Aranzadi, Pamplona 1999. J. J. Miranzo Díez, El artículo 41 del ET y su incidencia en la esfera procesal, U. Castilla-La Mancha, Cuenca 2001. Y. Valdeolivas García, La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, CES, Madrid, 1996.

³ STS 5 de julio de 2005, RJ 9105: “el mecanismo establecido para la compensación de esa reducción de jornada se haya establecido, de forma clara e indubitada, en el art. 28 del propio Convenio Colectivo, al decir este precepto convencional que habrá de adaptarse el mecanismo adecuado para que la reducción de jornada en el año 2003 se concentre en un día de descanso y en el año 2004 lo sea en dos días de descanso”. Cfr. igualmente STS 7 de febrero de 2006, RJ 2822.

La respuesta directa e inmediata la encontramos en la previsión del art. 41 ET, cuando exige que “la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refiere...”, mencionando entre otras los apartados relativos al “horario” (art. 41.1.b ET) y al “régimen de trabajo a turnos” (art. 41.1.c ET), pero en igual medida omitiendo el correspondiente a la “jornada de trabajo (art. 41.1.a ET). Se trata de una exigencia que se impone incluso cuando la empresa se encuentra declarada en situación concursal⁴. Ello ha dado lugar a que se declaren como lícitas estas modificaciones cuando han venido precedidas del acuerdo colectivo entre las partes⁵ e ilícitas en paralelo cuando ha pretendido introducirlas unilateralmente el empresario⁶.

La exigencia del acuerdo en estos casos, conviene resaltarlo, no sólo deriva de la exigencia a estos efectos impuesta en el art. 41 ET, sino que por añadidura se encuentra íntimamente conectada con el reconocimiento de la eficacia vinculante de los convenios colectivos, garantizada constitucionalmente, en la medida en que una alteración de lo pactado en la negociación colectiva por decisión unilateral del empresario o incluso por pacto individual entre trabajador y empleador cercenaría directamente dicha garantía constitucional. Tan es así, que tienen notable trascendencia los pronunciamientos dictados en este orden por nuestro Tribunal Constitucional, declarando lesiva de la libertad sindical conductas empresariales de esta naturaleza introductorias de modificaciones de condiciones de trabajo fijadas en los propios convenios colectivos y sin acudir a los procedimientos propios de la negociación colectiva. Sin que tampoco deje de ser una mera anécdota que en los casos en los que el Tribunal Constitucional ha fallado sobre el particular lo haya hecho justamente sobre cambios precisamente en materia de tiempo de trabajo⁷.

El enfoque constitucional, por añadidura, nos debe servir de patrón orientativo de la interpretación del alcance de la previsión legal en lo que refiere a las modificaciones en materia de tiempo de trabajo respecto de lo previsto en convenio colectivo. Siendo materia ya desde tiempo atrás abordada por doctrina y jurisprudencia, podemos limitarnos en estos momentos a relacionar muy descriptivamente las claves de esta interpretación: a) la exigencia de acuerdo entre las partes también alcanza a lo pactado en los convenios colectivos extraestatutarios, a pesar del silencio legal, por cuanto que la razón de ser de ello proviene de la eficacia vinculante de los convenios colectivos garantizada constitucionalmente; b) por el mismo motivo, la necesidad de acuerdo incide sobre todo tipo de modificación, con independencia del número de trabajadores afectados, por tanto sin que tengan relevancia a estos efectos los umbrales cuantitativos previstos en la Ley, pues en todo caso al afectar a lo pactado en convenio tiene alcance colectivo; c) el acuerdo de empresa previsto en el art. 41 ET que viene a fijar una regla especial de concurrencia entre convenios colectivos y acuerdos de empresa⁸, sólo rige para los cambios del horario de trabajo y del régimen de trabajo a

⁴ Art. 66 Ley 22/2003, de 9 de julio (BOE 10 de julio).

⁵ STS 21 de noviembre de 2006, RJ 9217.

⁶ STS de 17 de enero de 2007, RJ 1340.

⁷ Por todas, la última de ellas, STC 238/2005, de 26 de septiembre (BOE 28 de octubre). Un comentario a la misma en J. Cruz Villalón, *Modificaciones sustanciales, ofertas individuales y vinculabilidad del convenio colectivo*, en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo XXIII (2005), Civitas, Madrid 2006, pgs. 293-313.

⁸ STS de 21 de noviembre de 2006, RJ 9217: “Desde el punto de vista técnico jurídico, el precepto reproducido es, como ha señalado la doctrina científica, una norma especial de concurrencia de

turnos, en tanto que la modificación de la jornada de trabajo se remite a las reglas generales relativas a la sucesión en el tiempo de los convenios colectivos y las complementarias sobre concurrencia entre convenios colectivos (art. 83 y 84 ET); d) la regla especial de concurrencia del art. 41 ET resulta de aplicación indistintamente para que por vía de acuerdo de empresa se pueda proceder a modificar lo pactado en convenio colectivo sectorial como de empresa⁹; e) al incluirse la regla del acuerdo modificativo dentro de los esquemas procedimentales del art. 41 ET le son aplicables el conjunto de reglas adicionales contempladas en el mismo, por tanto también han de concurrir las causas empresariales que lo justifican, por muy amplias que éstas sean, no pudiéndose establecer una presunción de que la mera existencia del acuerdo entre las partes comporta ya la constatación por parte de ellas de la efectiva presencia de tales causas legales.

Desde otra perspectiva, conviene también tener presente que la intensidad en la concreción de las condiciones de trabajo por parte del convenio colectivo en lo que refiere a la jornada de trabajo tiene una repercusión inmediata sobre el margen de modificaciones posibles durante la vigencia del contrato. Efectivamente, una precisión al detalle por parte del convenio colectivo del régimen horario en los trabajadores, fijando las exactas franjas de trabajo y de descanso a lo largo del día y durante todos los días del año cierra notablemente la capacidad empresarial de modificación del tiempo de trabajo; y, a la inversa, la previsión en el convenio colectivo de fórmulas flexibles en la fijación del tiempo de trabajo otorga al empresario márgenes mucho más amplios de modificación del tiempo de trabajo, por ejemplo a través de mecanismos variados como son la determinación anual de la jornada de trabajo, el establecimiento de bolsas horarias anuales, la remisión de la fijación del horario de trabajo a las prácticas y usos de empresa, el compromiso de realización de horas extraordinarias, la previsión de su compensación con tiempos de descanso, la ampliación de los topes máximos de horas suplementarias a realizar por parte de los trabajadores a tiempo parcial, etc.

Esta circunstancia también aclara bastante la capacidad por parte de la propia negociación colectiva de fijar un régimen más o menos vinculante de la regulación que en el mismo se contenga respecto de la modificación de las condiciones en la misma establecidas. Dicho de otro modo, en manos de los negociadores se encuentra tanto la posibilidad de fijar un régimen cerrado del tiempo de trabajo que no admita adaptaciones de su contenido a resultas de hechos sobrevenido, sino es por medio del acuerdo expresamente previsto en el art. 41 ET y en las reglas de concurrencia convencional general; como también le es perfectamente posible proceder a fijar unas reglas a las que se le otorga un alcance más flexible, en el sentido de que el propio convenio colectivo puede contemplar un régimen alternativo para supuestos concretos, para específicas empresas o centros de trabajo, para singulares trabajadores que precisan de una mayor disponibilidad horaria, incluso mecanismos de modificación de las condiciones fijadas en el propio convenio colectivo; dicho de otro modo, el principio de autonomía negocial comporta una soberanía por parte de los negociadores en orden a decidir la intensidad de la vinculabilidad o inalterabilidad de las cláusulas que hayan redactado. Ello conduce a concluir que, junto a las reglas procedimentales de modificación de condiciones de trabajo previstas en el art. 41 ET como precepto

regulaciones colectivas, que, al permitir la modificación de las disposiciones de los convenios colectivos del Título III ET por acuerdos de empresa, otorga a éstos preferencia aplicativa sobre aquellos”. Idem., STS de 11 de mayo de 2004, RJ 5157.

⁹ STS de 27 de enero de 2003, RJ 3626.

emblemático al efecto, el convenio colectivo pueda añadir otros procedimientos propios de modificación de lo pactado en el mismo, de modo que el propio convenio colectivo puede prever la forma de “disponer” o alterar lo fijado en el mismo: “la finalidad manifiesta del art. 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo derivadas de convenio colectivo, pero no la de establecer limitaciones a los negociadores de estos convenios”¹⁰. Ello lleva a aceptar como lícitos como regla general todos los procedimientos alternativos de modificación que a menudo aparecen en los propios convenios colectivos. Así, a título de ejemplo, hay convenios colectivos que, para centros específicos o categorías determinadas de trabajadores, permiten que mediante acuerdo entre la empresa y los representantes del personal o por propia iniciativa de la empresa se establezca una distribución de la jornada u horario diversa al señalado con carácter general por el convenio estatal¹¹. En otras ocasiones, tras sentar la premisa de que la jornada laboral se distribuirá tomando como referencia el horario de trabajo en vigor pactado en cada empresa afectada por el convenio, se indica, a continuación, que para la modificación de dicho horario será precisa la negociación con la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, se someterá a la Comisión Paritaria del convenio nacional¹², con una fórmula que recuerda mucho al procedimiento previsto legalmente para el descuelgue salarial¹³.

Adicionalmente a todo lo anterior, ha de recordarse que cuando se trate de modificaciones sustanciales colectivas, que no comporten alteración de lo pactado en convenio colectivo, el procedimiento contemplado en el 41 ET prevé la necesidad de que la dirección de la empresa que pretenda implantarlas deberá desarrollar un período de consultas con vistas a alcanzar un acuerdo. A diferencia de los supuestos precedentes de alteración de lo pactado en convenio, donde vimos resulta imprescindible alcanzar el acuerdo con los representantes de los trabajadores, en estos casos de menor impacto la norma lo que contempla es la posibilidad de formalizar los cambios con el acuerdo con los representantes de los trabajadores. El matiz se encuentra en que ahora no es obligatorio el acuerdo con los representantes, pues una vez concluido el período de consultas, de no lograrse el consenso entre las partes, la dirección de la empresa tiene la vía expedita para proceder a implantar la modificación unilateralmente, pasando con ello al nivel que veremos más adelante¹⁴.

Finalmente, precisar que a veces cuando se alcanzan cierto tipo de acuerdos colectivos entre las partes, los mismos no sólo proceden a implantar una reestructuración inmediata del régimen del tiempo de trabajo, sino que en otras ocasiones lo que contemplan es una autorización a la dirección de la empresa para que en el futuro con mayor margen de actuación pueda proceder a alterar caso por caso unilateralmente ciertos aspectos del régimen del tiempo de trabajo. Eso sí, en tales

¹⁰ STS de 7 de marzo de 2003, RJ 4499. En parecidos términos, STS de 17 de julio de 2000, RJ 7635. En la misma línea se declara también que “para que exista una modificación, sustancial o no, de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos... es necesario que la variación de posibles condiciones no encaje en las acordadas o permitidas por el propio pacto, acuerdo o decisión unilateral empresarial de efectos colectivos” (STS de 9 de noviembre de 1998, RJ 8918).

¹¹ Véase art. 16.4 CC Sociedades Cooperativas de crédito de 14 de julio de 2005 (BOE 14 de septiembre de 2005) y art. 25.4 Banca de 11 de mayo de 2005 (BOE 2 de agosto de 2005).

¹² Art. 16.4 CC para establecimientos financieros (BOE de 11 de enero de 2006).

¹³ Aceptando implícitamente la corrección de este procedimiento de remisión de la cuestión a la decisión de la Comisión Paritaria, STS de 17 de enero de 2007, RJ 1340.

¹⁴ STS de 10 de diciembre de 2003, RJ 9190.

ocasiones, estos acuerdos precisan condiciones y límites precisos al régimen de cambio, que si no son respetados por la dirección de la empresa provocan la declaración como ilícita de la modificación correspondiente¹⁵. Como ejemplo legal de estos supuestos, sería el pacto en convenio colectivo de obligatoriedad de realización de horas extraordinarias, que como efecto derivado amplía las facultades unilaterales empresariales a alargamiento de la jornada de trabajo (art. 35.4 ET).

3.- Modificaciones autorizadas

3.1. Autorizaciones administrativas

A partir de la reforma laboral de 1994 quedó suprimido por completo del procedimiento modificatorio cualquier tipo de intervención administrativa, sea de autorización o de otra naturaleza, de modo que a partir de entonces la disyuntiva básica se situaba en el acuerdo pactado entre las partes –individual o colectivo- o bien la decisión de implantación unilateral –empresarial o del trabajador-. Ahora bien, a pesar de su eliminación en concreto dentro del art. 41 ET, quedan algunos residuos de esas facultades autorizatorias de la Administración Pública, que merece la pena traer a colación, una vez más al objeto de tener completo el abanico amplio de posibilidades existentes.

Ante todo, la pervivencia, aunque sea residual, de las autorizaciones administrativas en esta materia deriva de la circunstancia de que la desaparición de la misma en el art. 41 ET se verifica con el paralelo mantenimiento de esa tradicional intervención administrativa en las regulaciones de empleo, tanto para el caso de los despidos colectivos del art. 51 ET como de las suspensiones de la relación laboral del art. 47 ET. El esquematismo legal a estos efectos, presenta una separación formalista entre medidas de reestructuración según su contenido, de modo que contempla una regulación diferenciada (aunque en paralelo) de cada una de las medidas actuables al efecto, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensión y despido. Sin embargo, una vez más, por mucho que el legislador aisle cada una de ella y remita a procedimientos diversificados –unos con autorización administrativa y otros sin ella-, en situaciones prácticas recurrentes las medidas confluyen y se presentan como interconectadas.

El efecto principal, a los efectos que nos interesa tomar en consideración en estos momentos, reside en que esa convergencia de medidas da lugar a que cierto tipo de modificaciones del tiempo de trabajo se canalicen a través de los preceptos que sí requieren de autorización administrativa.

De un lado, en casos de despidos colectivos parciales, con pervivencia de la actividad empresarial, los trabajadores que conservan su empleo deben someterse a un proceso de reorganización del trabajo que puede repercutir sobre su régimen de tiempo de trabajo. A veces es en el propio Plan Social de la empresa donde se contemplan estas medidas de acompañamiento a los despidos para los trabajadores que conservan su empleo, de modo que por esta vía indirecta la autoridad laboral no solo procede a verificar la corrección de los despidos sino igualmente de las correlativas medidas de

¹⁵ Así, STS de 21 de abril de 2005, RJ 6076.

acompañamiento. Ello tendrá un alcance no menor, tanto por lo que refiere a la vinculabilidad de las medidas allí previstas, como por lo que refiere a los efectos que las mismas producen sobre las condiciones de trabajo de quienes mantienen su empleo. Aunque en la generalidad de las ocasiones este tratamiento unitario de las reestructuraciones en todas sus facetas no suele provocar problemas aplicativos, es conveniente llamar la atención acerca del formalismo legal separando artificiosamente cada medida en preceptos separados, por lo que sería aconsejable alguna regla que conectara unos y otros preceptos para los casos que venimos mencionando.

De otro lado, conviene anticipar como veremos más adelante que el cambio de trabajo a tiempo completo pasándolo a tiempo parcial y viceversa requiere del acuerdo individual entre las dos partes. Sin embargo, el propio precepto estatutario aunque reafirma que el trabajador no podrá ser sancionado ni despedido por negarse a aceptar una transformación de modalidad contractual, aclara que ello actuará “sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c de esta Ley, puedan adoptarse” (art. 12.2. e ET). Como es sabido, lo que se contempla expresamente en estos otros preceptos a los que se remite es a los despidos por razones de crisis empresarial, sean colectivos o individuales; preceptos donde nada se indica acerca de modificaciones de la jornada. La primera lectura de ello no sería otra que se está dando por admisible poner al trabajador en la tesitura de la denominada “denuncia modificativa”, es decir, advertirle que cumplidos los trámites legales oportunos deberá elegir entre el despido o la reducción de jornada con transformación del contrato, manteniéndose con ello la formalidad de la voluntaria aceptación por parte del trabajador de la transformación contractual. Obviamente ello constituye un puro formalismo jurídico, por cuanto que en esa tesitura realmente diríamos que materialmente la transformación se ha verificado por decisión unilateral de la propia empresa, aunque la formalidad sea otra. En esas condiciones, cabe romper con los formalismos y, por la vía directa, admitir que a través de un expediente de regulación de empleo y, por tanto, vía autorización administrativa se puede proceder a efectuar la transformación contractual que venimos analizando. Por mucho que se fuercen las cosas, la reducción de jornada se presenta en ocasiones como un mal menor frente a la pérdida total de empleo, es decir, como alternativa al despido; del mismo modo que también la reducción temporal de jornada puede ser de menor gravedad que la suspensión del contrato de trabajo.

Así, se da por supuesto que quien puede lo más puede lo menos, en términos tales que tanto la vía del despido colectivo del art. 51 ET como de la suspensión por causas empresariales del art. 47 ET son idóneas a los efectos de proceder a efectuar un cambio de la jornada de esta naturaleza, definitiva o temporal respectivamente según precepto de aplicación, incluida entre ellas la transformación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial. Eso sí, ha de tenerse presente que tales regulaciones de empleo se verifican en un contexto de crisis empresarial y, por tanto, presuponen una reestructuración empresarial de alcance colectivo.

Pero es más, esta vía no sólo es admisible respecto de las transformaciones contractuales, que comportan pasar de un trabajo a tiempo completo a otro a tiempo parcial, sino igualmente para otras reducciones de jornada. Me refiero en concreto a cambios de jornada de trabajo que afectan internamente a un trabajo a tiempo parcial, un trabajo a tiempo parcial al que se le reduce aún más la duración de su jornada pactada. La regla de la voluntariedad en el cambio de la duración de la jornada tan solo

afecta a los supuestos específicos de transformación de la modalidad de contratación – de tiempo completo a parcial y viceversa-. Por tanto, en sentido contrario, tal exigencia de voluntariedad no rige para el caso de alteraciones de la jornada interna dentro del propio trabajo a tiempo parcial.

En la mayoría de las ocasiones esta diferencia de tratamiento tiene su lógica, por cuanto que, como indicamos, la alteración de la modalidad contractual comporta un cambio del conjunto del régimen jurídico aplicable al trabajador afectado, cosa que en principio no sucedería cuando se tratase de un cambio interno de jornada dentro del trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, a veces esta lógica se puede presentar como excesivamente formalista, particularmente a partir del instante en que la frontera entre el trabajo a tiempo completo y el a tiempo parcial es mínima, de modo que una reducción casi anecdótica puede provocar la transformación y, sobre todo, los cambios internos dentro del trabajo a tiempo parcial pueden llegar a ser tan intensos como para significar en la práctica una reducción drástica de ingresos y pasar a una situación de trabajo casi marginal. Por poner el ejemplo límite, constituiría un cambio interno de trabajo a tiempo parcial en un ámbito donde la jornada semanal fuera de 40 horas semanales, pasar de una jornada semanal de 39 horas a la semana a otra de 1 hora a la semana.

En todo caso, lo que es indiscutible es que conforme a la legislación vigente, para estos supuestos ya no juega la exclusión de su tramitación por la vía del art. 41 ET, con lo cual nos surge un nuevo dilema, ahora en la disyuntiva autorización administrativa canalizada a través de un expediente de regulación de empleo o modificación sustancial articulada por medio de los procedimientos del art. 41 ET. Ello conduce, pues, a la posibilidad de que el cambio se verifique a resultas de una decisión unilateral del empleador o bien por medio de la autorización administrativa. A mayor abundamiento, no sólo se trata de una diferencia de procedimiento, pues además el juego de la aplicación de los diversos preceptos conduce a una exigencia diferente en atención a las causas justificativas, dado que legalmente estas causas para los expedientes de despidos y suspensiones son mucho más exigentes, por cuanto que van conectados con una situación de crisis empresarial, que no se requiere para las alteraciones de menor calado que se suponen son las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo canalizadas por las vías del art. 41 ET¹⁶. Así, por ejemplo, se acepta la reducción de jornada unilateralmente por la vía del art. 41 ET justificado porque la empresa para la que presta servicios vea resuelto un contrato mercantil con otra empresa para la que se destinan parcialmente los servicios de la trabajadora¹⁷. Existiendo, pues, la doble posibilidad alternativa de acudir al procedimiento del art. 41 ET o a la autorización administrativa de los expedientes de regulación de empleo,

¹⁶ Por todas, STS de 17 de mayo de 2005, RJ 9596: “La interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la «crisis» empresarial sino la «mejora» de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas. Esta conclusión, que se desprende de la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el art. 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52.c del propio ET pasa el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos sí establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes”.

¹⁷ STS de 20 de noviembre de 2000, RJ 10294.

teniendo en cuenta que es a la dirección de la empresa a quien corresponde tomar la iniciativa de proponer los cambios, el resultado es que acaba remitiéndose a la decisión empresarial la opción entre uno y otro canal; obviamente, teniendo presente que para el empleador es menos gravoso y complicado el procedimiento del art. 41 ET, se presupone que no acudirá a la vía de la autorización administrativa salvo en los casos antes descritos de transformación de modalidad contractual para los cuales no puede aplicar el art. 41 ET.

El problema añadido en estos casos es que a veces el dilema se contamina con la aplicación en paralelo de la normativa de Seguridad Social, en particular, la relativa a los requisitos para causar derecho a la prestación por desempleo. Para situar el asunto, recordar que es regla ya cerrada, tras un debate zanjado, que en caso de reducción de jornada no hay derecho a la prestación por desempleo cuando la reducción tiene el carácter de permanente, siendo por tanto sólo posible cuando es temporal y además superando la reducción el tercio de la jornada que se venía prestando hasta ese instante¹⁸. Lo más significativo a estos efectos es que desde la perspectiva de la prestación por desempleo, el criterio no es ya sólo que se puede acudir a los expedientes de regulación de empleo con autorización administrativa para proceder a reducir empleo, sino que por añadidura resulta imprescindible obtener dicha autorización administrativa a los efectos de causar derecho a la prestación de Seguridad Social, pues de lo contrario la entidad gestora deniega la prestación por desempleo¹⁹.

El resultado al que se desemboca no deja de ser contradictorio, por cuanto que de un lado se admite que desde la perspectiva laboral del art. 41 ET se sigue contemplando la posibilidad de efectuar una reducción temporal de la jornada de trabajo por los procedimientos contemplados en el mismo y, por tanto, sin necesidad de autorización administrativa. En estas ocasiones, como decimos, se produce una fuerte contaminación entre la perspectiva laboral y la correspondiente de Seguridad Social: la prestación de Seguridad Social no se obtiene por la vía del art. 41 ET, pero esta es vía hábil para la reducción temporal de jornada. La fórmula a nuestro juicio resulta de todo punto arbitraria, por cuanto que quien selecciona el canal de materialización de la reducción de jornada es siempre el empleador, pudiendo provocar un efecto de perjuicio indirecto al afectado, posible receptor de la prestación por desempleo. Desde luego, el resultado se presenta de todo punto rechazable, por lo que habría que optar bien por reconocer también el derecho a la prestación por desempleo cuando las reducciones se verifiquen a través del art. 41 ET, o bien exigir que cuando la modificación de condiciones de trabajo comporte una reducción temporal de jornada no se pueda acudir a los procedimientos establecidos en el art. 41 ET.

Conviene dejar constancia, por otra parte, que a veces se utilizan otros procedimientos de reducción material de la jornada de trabajo, que ni se tramitan por la vía de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ni tampoco por la autorización administrativa de los expedientes de regulación de empleo; procedimientos alternativos que, por añadidura, desembocan en el reconocimiento del derecho a la

¹⁸ Art. 208.1.3 LGSS, tras la reforma efectuada por medio de la Ley 66/1997.

¹⁹ Art. 1.4 RD 625/1985, conforme a la redacción dada por el RD 43/1996. Sin embargo, algunas resoluciones judiciales admiten el reconocimiento de la prestación de desempleo sólo con la certificación de la empresa por vía del art. 41 ET (STS 11 mayo 1998, RJ 4327; 22 octubre 1997, RJ. 7549), aunque conviene advertir que se trata de supuestos antiguos a la última redacción reglamentaria por lo que es discutible que el criterio se mantenga aún jurisprudencialmente.

prestación por desempleo, “burlando” de alguna forma la previsión legal de que las reducciones de jornada definitivas no causan derecho a la prestación por desempleo. A pesar de lo heterodoxo del sistema, lo significativo es que nuestros Tribunales dan por buena la utilización de estas fórmulas alternativas. Por ejemplo, se reconoce la posibilidad de que un trabajador tenga concertado dos contratos de trabajo a tiempo parcial y a resultas de la extinción de uno de ellos se le reconozca el derecho a la prestación por desempleo²⁰, de modo que algo que materialmente comporta una reducción de jornada se articule por la vía del despido del trabajador, aunque, valga el calificativo, se trate de un despido “parcial”. Un tratamiento similar se le da al supuesto en el que un trabajador con un contrato a tiempo completo resulta despedido e inmediatamente a continuación se procede a su nueva contratación pero con un contrato a tiempo parcial²¹.

3.2. Autorizaciones judiciales

Aunque igualmente pueda tratarse de un supuesto de escasa incidencia en lo cuantitativo, es interesante llamar la atención sobre el régimen singular establecido para las situaciones concursales, donde se contempla un régimen particular por lo que refiere a las modificaciones de condiciones de trabajo²². En efecto, la Ley Concursal sí que procede a ofrecer un tratamiento unificado en lo procedimental en lo que refiere al conjunto de las reestructuraciones empresariales, se trate de modificaciones, de suspensiones o de extinciones contractuales. Y, por añadidura, lo hace en clave de que los esquemas de los despidos se toman como referencia normativa y asumen una *vis atractiva* para todas las reestructuraciones empresariales. En la práctica ello deriva de que la sustitución de la autorización administrativa por la intervención autorizatoria del juez del concurso respecto de los despidos colectivos se extiende al supuesto de las modificaciones de condiciones de trabajo. El efecto derivado de ello va a ser que cuando se proceda a una modificación sustancial de condiciones de trabajo en el marco de una empresa declarada en situación de concurso, la misma se someterá a un procedimiento de regulación de empleo basado en la previa consulta con los representantes legales de los trabajadores con vistas a alcanzar un acuerdo, que desemboca al final en un control autorizatorio por parte del Juez del concurso²³. La declaración judicial de concurso provoca una “intervención” del ejercicio de los poderes organizativos del empleador, de mayor o menor entidad según las situaciones y de lo resuelto en el auto correspondiente. La empresa se encuentra intervenida judicialmente en el sentido de que el empleador tiene limitada su capacidad de obrar, se le sustrae la capacidad de gestionar por sí solo la actividad productiva en la vertiente laboral, específicamente se le impide que sea el titular del ejercicio de las facultades de introducción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; panorama limitativo de los poderes organizativos que puede llegar a ser mucho más intenso en ciertos escenarios de particular gravedad, en los cuales las limitaciones pueden afectar a lo que se denomina el poder de dirección ordinario.

²⁰ STS 31 mayo 2000, RJ. 7167; STS 21 marzo 2005, RJ 3879.

²¹ STS 5 mayo 2004, RJ 5017.

²² Por todos, M. L. Molero Marañón, El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal.

²³ Art. 64 Ley 22/2003, de 9 de julio (BOE 10 de julio).

Derivado de ello, surgen nuevos protagonistas que en cierto modo vienen a sustituir los habituales poderes directivos decisorios del empleador, cifrado esencialmente en el rol novedoso otorgado a los administradores concursales, que en gran medida van a ser los llamados a asumir ciertos poderes de gestión de las relaciones laborales en la empresa. Eso sí, con la importante advertencia de que no puede entenderse que tales administradores concursales actúen en tales situaciones en nombre del empleador, ni mucho menos asumiendo la tutela de los intereses de éste. Y, sobre todo, la complejidad del nuevo escenario deriva del hecho de que la asunción de facultades por parte de los administradores concursales no elimina por completo la presencia interviniente del empleador, que bien sigue conservando facultades cotidianas de gestión de los recursos humanos en su empresa, o bien en todo caso se le reconoce cierta limitada influencia en los supuestos de modificaciones sustanciales.

El Juez del concurso asume un papel ciertamente singular, en el cual cualquier tipo de paralelismos con figuras ya conocidas, aunque pudiera servir como primera aproximación, no es aconsejable. La norma es explícita en la atribución de la decisión última respecto de la reestructuración laboral que se pudiera proponer, particularmente en la tesitura de falta de acuerdo entre la representación colectiva de los trabajadores y la administración concursal. Ahora bien, ello se sitúa a caballo entre la resolución judicial que resuelve una discrepancia entre partes y una actuación sustitutoria de la facultad de autorización administrativa propia de la Administración laboral en los expedientes de regulación de empleo; su actuación se somete a las reglas generales propias de un proceso judicial en términos tales que el régimen jurídico concreto no dejará de suscitar manifiestas dudas en cuanto a su concreción por el hecho de que algunas reglas están concebidas exclusivamente para cuando se ejerce actividad jurisdiccional en el sentido estricto del término.

4.- Modificaciones pactadas individuales

La transformación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa, como ya hemos anticipado, se ha considerado habitualmente como una transformación de enorme profundidad, por cuanto que no sólo incide de forma muy significativa sobre la duración de la jornada de trabajo, sino que por añadidura comporta un cambio de modalidad contractual que repercute en el régimen general al que se somete la relación laboral entre las partes. Con carácter general se viene interpretando que una transformación de una modalidad contractual, que altera en su conjunto el régimen de condiciones de trabajo del empleado, trasciende el ámbito objetivo de las modificaciones sustanciales y, por tanto, no se puede canalizar por los procedimientos previstos en el art. 41 ET²⁴. Por tal motivo, este tipo de transformaciones, si se permite la expresión, son más que sustanciales, “sustancialísimas”, y por ello se les somete a un tratamiento legal específico, consistente en exigir en todo caso el mutuo acuerdo entre las partes para efectuar tal alteración de modalidad contractual, regla por lo demás que

²⁴ STS de 11 de abril de 2005, RJ 4060, aunque se haga en relación con el contrato de trabajo a domicilio la argumentación se formula de forma genérica: “este cambio excede del ámbito de las modificaciones del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual”.

respecto del trabajo a tiempo parcial que deriva del principio de voluntariedad impuesto vía Directiva Comunitaria²⁵.

Ello determina, por mayor precisión legal, que expresamente se indique que la transformación no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (art. 12.2 e ET). Como supuesto particular habría que mencionar el caso del trabajador de edad avanzada que opta voluntariamente por la jubilación parcial, en el marco de la celebración o no de un contrato de relevo, que en todo caso comporta una voluntaria reducción de su jornada dentro de la horquilla máxima y mínima prevista legalmente (art. 16.6 ET).

Eso sí, conviene recordar lo ya dicho respecto de la posibilidad de acudir a los expedientes de regulación de empleo como mecanismo de autorización administrativa no sólo de despidos y suspensiones sino también de reducciones de jornadas por causas económicas y empresariales, incluidas las que impliquen transformación de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial.

Cuando se afrontan estas transformaciones de modalidad contractual la tendencia natural es que la voluntariedad sea leída como elemento de tutela del interés del trabajador, por cuanto que se presume que es el empresario el interesado en introducir este tipo de modificaciones y es él quien toma la iniciativa al respecto. No obstante, no es descartable que en ocasiones el interesado sea el propio trabajador, supuesto para el cual de principio también juega la regla de la voluntariedad, ahora leída desde el punto de vista del empleador, en el sentido de que como regla general el trabajador no podrá exigirle al empleador la transformación de modalidad contractual. Ahora nos situamos en la perspectiva de que haya concertado un trabajo a tiempo parcial por parte del trabajador cuando él preferiría estarlo a tiempo completo y viceversa. Legalmente las reglas son de favorecimiento del cambio, de imposición al empresario de un deber de información al trabajador acerca de los puestos de trabajos vacantes que puedan surgir; pero sin ir más allá de ello, por tanto manteniendo la premisa de partida de la libre decisión empresarial en torno a aceptar o no las transformaciones que se le propongan.

Al margen de este supuesto expresamente previsto para un caso concreto, ha de tenerse en cuenta que el juego general de la autonomía individual, aunque tenga un espacio limitado en el ámbito de las relaciones laborales, no deja de tener cierto espacio de actuación. Ello permite que por vía de novación contractual, ambas partes puedan en cualquier momento alterar de mutuo acuerdo las condiciones pactadas individualmente vía contrato de trabajo y, por este procedimiento proceder a alterar la jornada o el horario de trabajo. Bien es cierto que en la práctica totalidad de los supuestos en los que esto sucede, el empresario estaría habilitado como veremos a continuación a introducir tales cambios por decisión unilateral, bien en uso de su poder de dirección ordinario o bien en atención a los poderes modificativos sustanciales que le otorga una vez más el art. 41 ET, circunstancia que determina que el espacio real de este tipo de pactos individuales sea muy reducido y muy escasos en la práctica cotidiana. Pero también ha de advertirse que en otras ocasiones la alteración del tiempo de trabajo sólo es posible si

²⁵ Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997 (DOCE 20 de enero de 1998), relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

se recibe el consentimiento de ambas partes, como es el caso por ejemplo de la realización de horas extraordinarias (art. 35 ET).

En todo caso, de nuevo para presentar el abanico completo de vías posibles, dejar indicado que este tipo de pactos individuales serían lícitos. No se trataría de otra cosa que de aplicar la regla general sobre fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentra “la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos” (art. 3.1.c ET). Desde esta perspectiva, el elemento principal de contraste no es otro que el relativo a la comprobación de que por vía de este tipo de pactos individuales no se proceda a contravenir la indisponibilidad de derechos reconocidos legal o colectivamente.

En ese contexto, además de recordar los pronunciamientos ya aludidos de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la imposibilidad de que el pacto individual en masa sea utilizado como fórmula de erosionar lo pactado en convenio colectivo, hay que tomar en consideración el modo exacto como se encuentre regulada la materia concreta en el convenio colectivo que resulte de aplicación. En efecto, en materia de tiempo de trabajo y, sobre todo, en lo que afecta a la distribución de la jornada de trabajo por medio del horario establecido, es bastante frecuente que aquellos convenios colectivos que entran a regular con minuciosidad el régimen de jornada y horario, abran coetáneamente la posibilidad de que para segmentos específicos de empleados o para determinados centros de trabajo, se pueda pactar individualmente un régimen propio diferente del establecido en dicho convenio colectivo. Aunque las variantes que se pueden establecer al efecto son relativamente amplias, por lo que habrá que estar a la redacción concreta de cada convenio, lo cierto es que como regla general en estos casos lo que se hace es facultar al pacto individual para modificar el régimen de tiempo de trabajo pactado en convenio; por tanto, lo que se hace es otorgar el carácter de regla dispositiva a la prevista en convenio, sin que su alteración por vía del pacto individual pueda ser calificada como renuncia de derecho prohibida. El propio art. 3.5 ET admite esta posibilidad cuando expresamente la prohibición de disposición de derechos por parte del trabajador la refiere exclusivamente a los derechos reconocidos “como indisponibles” por convenio colectivo; en sentido contrario, el precepto viene a admitir, una vez más en ese juego de soberanía de los negociadores en el ejercicio de su autonomía colectiva, la posibilidad de convertir en disponibles ciertas cláusulas de los convenios, optando por dar paso a que el pacto individual pueda alterar incluso peyorativamente para el trabajador lo que se haya pactado en el mismo. Eso sí, la regla general es que, frente al silencio por parte de la cláusula correspondiente, la misma se presume de derecho necesario y solo cabrá esa posibilidad de alteración cuando expresamente así se indique.

Visto desde la perspectiva opuesta, también hay que recordar que la tendencia natural es a concebir que este tipo de modificaciones del tiempo de trabajo a resultas de pactos individuales lo son a iniciativa empresarial, por cuanto que responden al objetivo de atender necesidades sobrevenidas de la empresa, que afectan como tales a la habitual flexibilidad para atender requerimientos de reorganización productiva. No obstante, ello no puede provocar que quede oscurecida la posibilidad de que ello tenga el otro sesgo, es decir, que tales cambios pactados individualmente lo sean a propuesta del trabajador al objeto de atender a sus intereses profesionales, familiares o incluso privados de

diverso tenor. En esa clave justamente, sí que puede tener mucho mayor alcance práctico, desde el instante en que las facultades del trabajador de imponer cambios de condiciones de trabajo son menores y, por tanto, ha de acudir a esta vía de la propuesta a la dirección de la empresa, al objeto de lograr su consenso. Aunque la regulación sea escasa al efecto, el punto de partida es nuevamente la plena licitud de este tipo de pactos individuales.

Para concluir con este apartado llamar la atención sobre el dato de que cuando nos estamos refiriendo a acuerdos individuales, al menos hasta el momento presente, nos hemos venido refiriendo a pactos por medio de los cuales “en caliente” se procede a establecer un cambio concreto en el régimen del tiempo de trabajo. Pero junto a éstas, el ordenamiento jurídico contempla igualmente la posibilidad de celebrar pactos individuales que “en frío” y por anticipado fijen mecanismos de alteración futura del régimen establecido de tiempo de trabajo. En la mayoría de las ocasiones este tipo de fórmulas tienen mayor sentido que se desarrollen en sede colectiva, por lo que no parece oportuno que se canalicen por vía del pacto individual, particularmente cuando una vez más surge la cautela de desconfianza razonable de que con ello por vía sesgada se pretende alterar por la vía individual lo que se ha impuesto colectivamente a través de la negociación colectiva. A pesar de ello, no resulta descartable por completo que también ello pueda verificarse por vía individual. Así, a título de ejemplo, podrían mencionarse algunas previsiones expresamente previstas en nuestra normativa vigente. Sin ir más lejos, piénsese en el pacto individual de realización de horas complementarias en el caso de los contratos de trabajo a tiempo parcial indefinido (art. 12.5 ET), así como el compromiso también a través de pacto individual de ejecución obligatoria de las horas extraordinarias respecto de los trabajadores a tiempo completo (art. 35.4 ET).

Eso sí, conviene tener presente que estos supuestos de acuerdo individuales “en frío”, por su proyección general y de futuro, en realidad más que de una vía de modificación pactada se trata de modificaciones “cuasi unilaterales”. En efecto, desde la perspectiva material tales supuestos lo que hacen es ampliar los poderes organizativos del empleador, de modo que en la práctica lo que se verifica es una autorización por parte del trabajador para que de futuro el empleador pueda decidir unilateralmente el cambio del régimen de jornada de trabajo. En razón de ello, como principio general ha de entenderse que este tipo de pactos por anticipado de naturaleza individual sólo son admisibles en aquellos específicos supuestos en los que expresamente vengan contemplados por la normativa estatal o por las cláusulas correspondientes de los convenios colectivos aplicables.

Con ello enlazamos con el nivel sucesivo de tratamiento, es decir, con las modificaciones del tiempo de trabajo que se verifica por decisión unilateral del empleador.

5.- Modificaciones unilaterales empresariales

5.1. Modificaciones accesorias

Cuando se abordan las modificaciones por decisión unilateral del empleador en nuestro ordenamiento laboral, inmediatamente viene a la mente la regulación bien conocida y no por ello menos discutida contenida en el también ya muy citado en este

estudio art. 41 ET. Efectivamente, dicho precepto contempla con carácter general los procedimientos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, que contiene una lista abierta de condiciones, entre las que incluye expresamente tanto a la jornada de trabajo (art. 41.1.a ET) y el horario (art. 41.1.b ET). Además, no resulta mera casualidad ni anécdota que las dos primeras condiciones de trabajo incorporadas en esa lista por el legislador sean las que afectan al tiempo de trabajo y la prueba más palpable de ello es que cuando se analizan las sentencias que abordan litigios relativos a la interpretación y aplicación de este precepto estatutario, con gran diferencia, el número más elevado de resoluciones judiciales refieren a cuestiones relativas a la jornada o al horario de trabajo.

Ahora bien, conviene tener muy presente que, antes que las modificaciones sustanciales del art. 41 ET, el empresario tiene en sus manos la posibilidad alternativa de acudir al ejercicio del denominado poder de dirección ordinario, a cuyo tenor el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario (art. 20.1 ET) y, por tanto, con la variante de que por su ejercicio el empresario también proceda a imponer modificaciones que afecten a tiempo de trabajo. A tal efecto, ha de tenerse presente que para que el empleador se encuentre obligado a acudir a los procedimientos del art. 41 ET el cambio que pretenda introducir ha de tener el carácter de “sustancial”; lo que comporta que no todo cambio de jornada y de horario, por el hecho de encontrarse incorporados en la lista citada del art. 41 ET, ya por sí mismos se califiquen de sustanciales. Además el cambio en el régimen del tiempo de trabajo ha de tener la intensidad suficiente como para ser considerado como “sustancial”. En sentido inverso, si no es así, tendrán la consideración de modificaciones accesorias y, como tales, el empresario podrá imponerlas unilateralmente de forma inmediata por la mera notificación a los afectados, sin por ello tener que someterse a los diversos procedimientos de control previstos en el art. 41 ET, ni someterse a los mecanismos sumarios de impugnación contemplados legalmente, ni tampoco por derivación abrir la posibilidad de la resolución contractual contemplada en el mencionado precepto.

Por todas estas razones, resulta de vital importancia especificar cual es la frontera que marca el paso de un cambio en materia de tiempo de trabajo de lo “accesorio” a lo “sustancial”. Y, a pesar de su importancia, lo que nos encontramos es con un adjetivo empleado por el legislador que constituye la típica manifestación de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados²⁶, con toda la carga de inseguridad jurídica que ello comporta. Se trata de cambios de “tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral...pasando a ser otros distintos de modo notorio”²⁷. No es fácil, por tanto, proporcionar criterios generales y comunes para todos los trabajadores y empresas que nos marquen con precisión la frontera entre lo “sustancial” y lo “accesorio”. Dependerá en gran medida del contexto general en el que se desenvuelva cada relación laboral, lo que en su caso se haya perfilado como objeto del contrato, de los intereses en juego, así como de los perjuicios derivados para el trabajador a resultas del cambio de condiciones que se pretende introducir. Incluso habría que tener en cuenta lo que se haya pactado en el convenio colectivo de aplicación, por cuanto que la ambigüedad de la norma estatal, da juego

²⁶ STS de 22 de septiembre de 2003, RJ 7308.

²⁷ STS de 3 de diciembre de 1987, RJ 8822; 22 de junio de 1998, RJ 5703; 9 de abril de 2001, RJ 5112.

suficiente para que sea la propia negociación colectiva quien concrete en cada caso el alcance de lo sustancial en su concreto ámbito de aplicación²⁸.

En principio, se podría intuir que, a falta de concreción en el convenio colectivo, el elemento más útil para aproximarse a la concreción de esta frontera podría ser el relativo a los perjuicios derivados para el trabajador. Sin embargo, para complicar aún más las cosas si cabe respecto del alcance del perjuicio conviene llamar la atención sobre la circunstancia de que cuando se contempla el derecho del trabajador a solicitar la resolución contractual indemnizada a resultas de la imposición de una modificación sustancial, el precepto afirma que tal opción se le concede “si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial” (art. 41.3 ET). Tal precisión legal, interpretada en sentido contrario, vendría a presumir que pueden producirse modificaciones sustanciales sin que el trabajador resultase perjudicado; y ello efectivamente es así, cuando menos en sede teórica, porque el carácter sustancial va relacionado con la intensidad objetiva del cambio, que va más allá del trabajo convenido por contraste con el ámbito del poder de dirección ordinario (art. 20.1 ET). Eso sí, al propio tiempo hay que establecer una cierta presunción de que cuando el cambio produce un perjuicio estimable y valorable objetivamente la modificación tiene alcance sustancial. Precisamente éste viene a ser el criterio de partida por parte de la jurisprudencia, que estimamos razonable compartir: “una interpretación racional de tal expresión obliga a concluir que una modificación de las condiciones de trabajo adquiere la categoría de sustancial cuando objetivamente implica una mayor onerosidad de la prestación de los trabajadores”; “por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral...de un modo notorio, mientras que cuando se trata de meras modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición”; acude también a la doctrina, utilizando el criterio de ésta según el cual “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”²⁹.

Más allá de ello, no cabe otra cosa que anotar los cambios concretos que nuestros Tribunales consideran de una u otra naturaleza: “la modificación impuesta a los trabajadores, consistente en entrar media hora más tarde al trabajo saliendo media hora más tarde, en segmentos horarios que no afectan a los servicios públicos y únicamente durante los meses de verano, no puede calificarse de sustancial”³⁰; tampoco se considera sustancial la instalación de un nuevo sistema de control horario sin alterar el tiempo de trabajo³¹; por el contrario, se considera implícitamente como sustancial “adelantar una hora las de entrada y salida” de modo que ello produce “un ahorro de los costes salariales por la disminución de las horas nocturnas a compensar con plus de

²⁸ STS de 22 de septiembre de 2003, RJ 7308: “estos criterios, de contornos difusos, pueden hacer más precisos en la negociación colectiva, especialmente respecto de aquellas materias, como las referidas al horario, en las que son más frecuentes las situaciones conflictivas. Así se ha procedido en el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. Se ha establecido la posibilidad empresarial de modificar el horario hasta en 1 hora diaria, aunque se haya limitado la facultad empresarial con un condicionamiento referido a la época del año en que debe ser realizada y la notificación a los representantes de los trabajadores”.

²⁹ STS de 10 de octubre de 2005, RJ 7877.

³⁰ STS de 10 de octubre de 2005, RJ 7877.

³¹ STS de 17 de diciembre de 2004, RJ 816

nocturnidad³²; del mismo modo se considera como sustancial el establecimiento de “la prestación de servicios durante los domingos y festivos en turnos sucesivos, regulares y obligatorios” cuando hasta entonces “tradicionalmente han venido descansando alternativamente el sábado y el domingo de una semana y el domingo de la siguiente, sin perjuicio de que ocasionalmente y por necesidades del servicio se encomendase por el gerente del Centro la prestación de servicios en domingo o festivos a algunos³³; también se califica de sustancial el cambio del régimen de disfrute de las llamadas “horas de reajuste”, es decir los tiempo de descanso que compensen la divergencia entre el horario de trabajo semanal general y el total de la jornada anual pactada³⁴; asimismo se califica de sustancial el cambio del régimen de turnos con alteración derivada del horario de los trabajadores³⁵.

5.2. Modificaciones sustanciales colectivas consultadas

Cuando nos enfrentamos ya a las modificaciones que van más allá de lo accesorio o sustancial es cuando se aplica en sentido estricto el esquema del art. 41 ET, con la gran bipartición dentro de éstas entre modificaciones colectivas e individuales. El carácter de colectiva va en función de la uniformidad de la condición de trabajo a alterar, de modo que afecten a un grupo genérico de trabajadores por el hecho de que el régimen hasta ese momento aplicado lo es en función de usos o prácticas de empresa, de condiciones más beneficiosas adquiridas a título colectivo, o bien derivadas de previas decisiones unilaterales del empleador igualmente colectivas. Dejamos al margen, pues, aquellas otras que deriven de convenios o acuerdos colectivos, por cuanto que estos otros necesariamente requieren del consenso con los mismos representantes colectivos de los trabajadores para ser modificadas.

De principio, por tanto, la frontera no depende del número de afectados sino de la fuente normativa u obligacional que se ve afectada por el cambio³⁶. No obstante ello, con el objeto de otorgar algo más de seguridad jurídica a la delimitación de la frontera entre lo colectivo y lo individual, la norma establece un umbral cuantitativo que marca un límite más objetivo. Eso sí, debe precisarse el alcance del mencionado umbral, con las siguientes matizaciones.

En primer lugar, el umbral funciona estableciendo ciertas modificaciones plurales que siempre se tramitan por la vía de las individuales; es decir, el umbral lo es para precisar que la no superación del referido umbral el efecto que produce es presumir *iuris et de iure* que las modificaciones en tal caso nunca tienen carácter colectivo, de modo que incluso cambios que superen ese umbral si afectan a modificaciones que se

³² STS de 17 de mayo de 2005, RJ 9696.

³³ STS 16 de septiembre de 2005, RJ 8667.

³⁴ STS de 9 de diciembre de 2003, RJ 2003/2004

³⁵ STS de 4 de octubre de 2001, RJ 1417.

³⁶ “el que las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo tengan carácter individual o colectivo, dependen, por imperativo legal -art. 41.2 ET-, no del número de trabajadores afectados ni de su identificación sino de que las condiciones sustanciales que han de alterarse tengan su origen en un derecho de disfrute individual o de un acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos” (STS 17 de junio de 1998, RJ 5406; 6 de mayo de 1996, RJ 4379; 15 de enero de 2001, RJ 770).

disfrutan a título individual se tramitarán también por la vía de las modificaciones individuales³⁷.

En segundo lugar, el umbral sólo es aplicable en materia de tiempo de trabajo a las modificaciones que afecten al “horario de trabajo”, de modo que en sentido negativo en aquellas otras que incidan sobre el “régimen de trabajo a turnos” o sobre la “jornada de trabajo” sólo habrá que atender al criterio general, pudiendo tener por tanto el carácter de colectivas las modificaciones de esta naturaleza incluso si no superan el umbral cuantitativo de referencia.

En tercer lugar, el número de afectados se contabiliza dentro de un período de noventa días, al objeto de que no se adopten decisiones sucesivas de modificaciones en goteo ninguna de las cuales aisladamente superen dicho umbral. Quede claro, pues, que el tiempo de los 90 días va referido a los trabajadores implicados por las decisiones modificativas y en modo alguno refiere a la duración del cambio, sin que éste último incida en la calificación como individual o colectiva³⁸.

En cuarto lugar, cuando la modificación de horario sea de carácter colectivo y se lleve a cabo en el marco de una transmisión de organización productiva que comporte subrogación empresarial, se aplicará el régimen de consultas con los representantes de los trabajadores y, por tanto, el procedimiento de las modificaciones colectivas, con independencia de que se supere o no el umbral de referencia; ello es así a tenor de lo dispuesto en el art. 44 ET para los supuestos de transmisión de empresa.

5.3. Modificaciones sustanciales individuales

Frente a los supuestos precedentes, cuando, en los términos que acabamos de describir, las modificaciones sustanciales no merezcan la consideración de colectivas, la dirección de la empresa podrá efectuar las modificaciones sustanciales por el procedimiento mucho más simple de las individuales, que no requiere de período de consulta, bastando con la notificación al trabajador afectado con el simple preaviso legal de los 30 días; sin perjuicio de que el trabajador pueda solicitar la resolución contractual indemnizada con mayor o menor cuantía en función del perjuicio sufrido³⁹.

Al margen de ello recordar que a estos efectos no tienen el carácter de sustanciales cambios accidentales en los términos antes referidos, que ni siquiera precisaría del preaviso anterior, ni tampoco habilitaría al trabajador para solicitar la resolución contractual indemnizada.

³⁷ STS de 6 de mayo de 1996, RJ 4379).

³⁸ En estos términos, consideramos de todo punto errónea la interpretación recogida en la STS de 21 de abril de 2005, RJ 6076: “es de tener en cuenta que el art. 41 en su apartado 2, párrafo 4, establece, para excluir del proceso de Conflicto Colectivo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo, dos requisitos básicos, uno de los que es el porcentaje de trabajadores afectados y, el otro, es el período durante el que han de producirse tales modificaciones que no ha de superar el de 90 días, período éste que, en el caso de autos, aparece claramente superado, toda vez que la nota interna modificadora del horario de los trabajadores conductores se hace sin limitación de tiempo y para el futuro desde el momento de su efectividad”.

³⁹ J. Cruz Villalón, La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo; RL nº 4/88.

Dentro de éstas últimas se encontrarían los supuestos de exigencia de trabajo suplementario, caso de que así se hubiera pactado expresamente entre las partes: horas complementarias en el caso de los trabajadores a tiempo parcial indefinido y horas extraordinarias en el caso de trabajadores a tiempo completo.

6.- Modificaciones unilaterales del trabajador

6.1. Modificaciones cuasi unilaterales

En el contexto de la adaptación de la organización del tiempo de trabajo a la atención de responsabilidades familiares se contemplan fórmulas de reducción del tiempo de trabajo a requerimiento del trabajador. El caso prototípico es la reducción de la jornada de trabajo por razones de guarda legal de un menor o por cuidado directo de un familiar⁴⁰. Expresamente se declara en estos supuestos se “tendrá derecho” a tal reducción, de modo que la misma constituye “un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres” (art. 37.5 ET). En principio, por tanto se atribuye al trabajador una facultad de modificación unilateral de la jornada de trabajo, con opción del empleado de decidir acerca de diversos elementos de la misma: la intensidad de la modificación de la jornada, así como la duración temporal de la reducción así establecida. A partir de la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁴¹, la reducción oscila entre un mínimo de un octavo y un máximo de la mitad de la duración de la jornada, quedando al libre criterio del trabajador la elección de la reducción exacta de la jornada, teniendo presente que la misma lleva aparejada la correspondiente y proporcional reducción de la retribución del trabajador⁴². De otra parte, la reducción de jornada tiene un carácter temporal, vinculada a la guarda legal o atención al familiar, de modo que cuando desaparezca la causa prevista legalmente el trabajador deberá volver su jornada precedente; eso sí, sin desaparecer la causa el trabajador tiene un margen de opción discrecional en cuanto al tiempo en el que disfruta de la correspondiente reducción de jornada, pudiendo por tanto dentro del tope máximo elegir el tiempo de ausencia parcial del trabajo.

A pesar de ello, la redacción de la norma es algo imprecisa en otros de sus elementos, de modo que no es tan seguro que nos encontremos ante una facultad reconocida al trabajador de modificación unilateral en sentido estricto, pues en otro momento parece que entran a valorarse en contraste los posibles intereses del empleador, lo que nos conduce por nuestra parte a calificar el supuesto de modificaciones “cuasi unilaterales”.

En efecto, mayor dificultad interpretativa presenta lo relativo a la nueva distribución del horario de trabajo, a resultas de la reducción de jornada decidida por el trabajador, ésta última sí unilateralmente a todos los efectos. Inicialmente el precepto

⁴⁰ En la misma línea cabría citar el caso del permiso por lactancia, con el añadido de que en este otro caso la reducción de jornada lo es con mantenimiento íntegro del salario (art. 37.4 ET).

⁴¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (BOE 23 de marzo).

⁴² Singulares problemas de cálculo de la proporcionalidad en la reducción se producen cuando la regulación de la retribución en los convenios colectivos contempla una escala diferencial salarial en función bloques de jornada, sea mayor o menor el tiempo de trabajo del empleado, donde la jurisprudencia otorga primacía a la voluntad de criterio del propio convenio colectivo (STS de 21 de julio de 2006, RJ 7184).

también indica de forma expresa que la determinación del nuevo horario de trabajo corresponde elegirlo también al trabajador. A pesar de ello, la norma abre una espita al conflicto de intereses entre las partes, desde el instante en que se indica que las discrepancias surgidas entre el trabajador y el empresario serán resueltas judicialmente, a través de la modalidad procesal específicamente contemplada para la misma (art. 138 bis LPL).

En esta materia nos encontramos con el escollo adicional procesal no menor de que la modalidad procesal a la que se remite, en aras de la celeridad en la resolución del asunto, prevé que la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social será irrecurrible; circunstancia que dificulta la unificación jurisprudencial en la interpretación de este asunto. Paradójicamente, por ello, quien si ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular ha sido el Tribunal Constitucional, si bien ello siempre también con la necesidad de relativizar su interpretación, desde el instante en que procede a efectuar una lectura de la legislación ordinaria tan solo en la medida en que lo requiere para su pronunciamiento de alcance constitucional. Con esas cautelas indicar que el Tribunal Constitucional ha dado a entender que el objeto de ese proceso judicial no será otro que el de contrastar los intereses enfrentados y cual de ellos es prevalente en el caso concreto: “A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego”. No obstante ello, para la misma sentencia no se trata de una mera ponderación en actitud de equidistancia entre unos y otros intereses, particularmente cuando la beneficiaria es una mujer, pues es obligado que el órgano judicial entre a valorar “en que medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines ni cuales fueron la dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar”, de modo que al no hacerlo así ello “constituye una discriminación indirecta por razón de sexo”⁴³. Debe llamarse la atención sobre lo matizado del pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, por cuanto que éste en el fallo no resuelve el derecho del trabajador a elegir el horario por el que había optado sino remitir la cuestión de fondo al órgano judicial de instancia, para que éste resuelva de nuevo entrando a valorar y ponderar los intereses en juego en los términos destacados por el fundamento jurídico de la sentencia constitucional.

Dejar constancia también que esta reducción de jornada deja abierta la cuestión relativa a los efectos que la misma produce sobre la cuantía de la prestación por desempleo en la hipótesis de que el contrato de trabajo se extinga durante el tiempo en el que se disfrute de la reducción de jornada. Es obvio que en estos casos, a resultas de la reducción de jornada no sólo se produce la correlativa y proporcional reducción de la retribución a percibir por el trabajador, sino que además por efecto derivado de ello se produce la también proporcional reducción de la cotización a la Seguridad Social. En estos términos, una mecánica aplicación de las reglas del cálculo de la base reguladora conforme a la cotización a la Seguridad Social durante el último período en el que se encontraba en activo el trabajador, provoca una paralela también reducción de la cuantía

⁴³ STC 3/2007, de 15 de enero (BOE 15 de febrero).

de la prestación por desempleo. Éste es el criterio dominante en nuestra jurisprudencia, no sin por ello ser consciente del perjuicio objetivo que se le ocasiona a un trabajador en atención al ejercicio de un derecho subjetivo reconocido en el marco de lograr conciliar sus responsabilidades familiares, que llegaba incluso a sugerir la conveniencia de una reforma legislativa a estos efectos⁴⁴.

El asunto también se ha llegado a suscitar desde la perspectiva constitucional, por cuanto que con independencia de la legislación ordinaria no deja de surgir la duda de si con ello no se produce una discriminación indirecta oculta, a tenor de la circunstancia evidente de que el perjuicio repercute mayoritariamente sobre mujeres. Sin embargo, ello fue rechazado por vía de auto⁴⁵.

Como reacción a tal circunstancia, ha sido precisamente el legislador quien ha venido a zanjar el asunto, a través de la reciente Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, modificando en este punto la Ley General de la Seguridad Social: “En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial” (art. 211.5 LGSS).

Por lo demás, debe dejarse constancia que esta fórmula de reducción de jornada por guarda legal, ha sido generalizada como derecho del trabajador a través de la Ley de igualdad, para extender de forma generalizada el reconocimiento del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo al objeto de su conciliación con la vida familiar: “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella” (art. 34.8 ET). Bien es cierto que en esta ocasión el reconocimiento se presenta más débil, por cuanto que queda remitido a los términos en los que se recoja en convenio o contrato, con fórmula que parece similar a la ya contemplada respecto de las actividades formativas del trabajador.

6.2. Modificaciones unilaterales en sentido estricto

Pueden traerse a colación también modificaciones del tiempo de trabajo que son decididas unilateralmente a todos los efectos por el trabajador, sin capacidad de

⁴⁴ Por todas, STS de 6 de abril de 2004, RJ 5909; 2 de noviembre de 2004, RJ 7782; 31 de enero de 2006, RJ 2850.

⁴⁵ En un primer caso el rechazo se debió al incumplimiento de los trámites procedimentales previos legalmente exigidos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que determinó su rechazo sin entrar en el fondo del asunto (ATC 9 de mayo de 2006, JUR 6920). En un segundo supuesto sí que se entró en el fondo del asunto, si bien se estimó por la mayoría que era rechazable por tratarse de una cuestión notoriamente infundada: “las normas objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad son consecuencia del principio de contributividad que informa el sistema de Seguridad Social español, y que no pueden considerarse lesivas del art. 14 CE, ni desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad ante la ley, ni desde la perspectiva de discriminación indirecta por razón de sexo”. A pesar de ello, debe dejarse constancia de que este segundo auto viene acompañado de un voto particular solidamente fundamentado (ATC de 27 de marzo de 2007).

oposición por parte del empleador a las preferencias formuladas por el trabajador. Como ejemplo paradigmático de ello en la normativa estatal podríamos mencionar el régimen de cómo se reconoce el disfrute del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores (art. 68 e ET).

Adicionalmente, siempre es factible que por vía convencional se establezca un régimen igualmente incisivo, que comporte el compromiso en ciertas ocasiones de transformación contractual a solicitud del trabajador y, por tanto, sin capacidad de oposición del empleador a sus preferencias.

A la negociación colectiva, por ejemplo, se remite la norma estatal por lo que refiere a la adaptación del horario de trabajo para hacer efectiva su compatibilidad con la formación del trabajador (art. 23 ET), de modo que el convenio puede llegar a prever formas de modificación unilateral del tiempo de trabajo titularidad del trabajador.

Del mismo modo, por ejemplo, en ciertos convenios colectivos o acuerdos de empresa se prevén mecanismos de oferta empresarial de jubilaciones parciales de los trabajadores que reúnan las condiciones legalmente previstas en el marco de la celebración de los contratos de relevo. A la postre, el trabajador relevado es un empleado que, a partir habitualmente de un contrato a tiempo completo, reduce su jornada de trabajo, pasando a convertirse en un trabajador a tiempo parcial en la fase final de su vida laboral activa. Este tipo de compromisos convencionales son perfectamente válidos y de ellos deriva el reconocimiento de un derecho del trabajador de edad avanzada a solicitarle a la empresa la transformación de su contrato en esos términos⁴⁶; si bien naturalmente ello tendrá sus contrapartidas, principalmente la correspondiente a aceptar de antemano la jubilación voluntaria en el momento de alcanzar la edad ordinaria para ello.

Con factura similar podríamos citar los supuestos en los que la negociación colectiva reconoce a los trabajadores el derecho a permutarse los turnos de forma incondicionada, de lo que deriva la ilicitud de cualquier tipo de oposición a ello por parte de la empresa⁴⁷.

⁴⁶ Por todos, CC Emasesa (BOP Sevilla de 2 de febrero de 2006), art. 53: “Los empleados a partir de los 60 años y antes de los 65 años, que cumplan los demás requisitos establecidos al efecto en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, tendrán derecho a jubilarse parcialmente y continuar servicios en la Empresa a tiempo parcial. La Empresa queda obligada a aceptar cuantas solicitudes de jubilación parcial se le formulen, siempre que las mismas reúnan los requisitos exigidos legalmente y las condiciones establecidas en el presente precepto”.

⁴⁷ Cfr. STS de 5 de julio de 2006, RJ 8508.