

MISCELÁNEA JURISPRUDENCIAL

Análisis jurisprudencial de la modificación de condiciones contractuales del art.41 ET tras la Reforma Laboral 2012

Jesús Lahera Forteza

Consultor Abdón Pedrajas & Molero.
Profesor Titular Dcho. Trabajo UCM

COMENTARIOS NORMATIVOS

Diferencias entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución diferida

Antonio Pedrajas Quiles

Socio Abdón Pedrajas & Molero

PRÁCTICA LABORAL

Solicitud de reincorporación anticipada al mismo puesto de trabajo durante la vigencia de una excedencia por guarda legal o cuidado de familiar

Sara Olabarría Rodríguez

Abogada Abdón Pedrajas & Molero



ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES CONTRACTUALES DEL ART.41 ET TRAS LA REFORMA LABORAL 2012

Jesús Lahera Forteza,

Consultor Abdón Pedrajas & Molero. Profesor Titular Dcho. Trabajo UCM.
jlf@abdonpedrajas.com.

El art. 41.1 ET establece que *“la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción...”*, señalando que tendrán esta consideración *“entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39...”*.

La reforma laboral transformó este art.41 ET en una doble dirección. De un lado, diferenciando la modificación sustancial de las condiciones contractuales del art.41 de las convencionales por la vía del art.82.3 ET. De otro lado, cambiando las causas, ampliando las materias, agilizando los procedimientos y reconstruyendo las impugnaciones judiciales, en aras de flexibilizar este importante instrumento de adaptación de las condiciones laborales a las empresas. Este análisis está dedicado a la jurisprudencia y doctrina judicial reciente en torno a los aspectos centrales del nuevo art.41 ET.

I. Condiciones contractuales y convencionales.

La clara división entre modificación de condiciones contractuales y convencionales da aún mayor trascendencia a los criterios judiciales de diferenciación entre ambos tipos de condiciones laborales. Cabe confirmar que la jurisprudencia continúa manejando sus criterios clásicos al respecto, sin cambios pese a la transformación legal. Así, las SSTs 23 de octubre 2012, 22 de julio 2013 y 22 de enero 2014 continúan diferenciando entre convenios colectivos estatutarios de naturaleza normativa modificables ahora por el art.82.3 ET y acuerdos colectivos de empresa que tienen naturaleza contractual y por ello se modifican por la vía del art.41 ET. Con más matices, la STS 30 de octubre 2013 dota al acuerdo fin de huelga de la naturaleza normativa de convenio colectivo estatutario impidiendo su modificación por la vía del art.41 ET.

II. Modificación sustancial y no sustancial. La modificación *no sustancial* cae dentro del poder de dirección del art.20 ET mientras que la *sustancial* está en la órbita del art.41 ET. Por ello, se mantiene también la jurisprudencia tradicional en esta división. La STS 22 de enero 2014 recuerda que la transformación de los aspectos

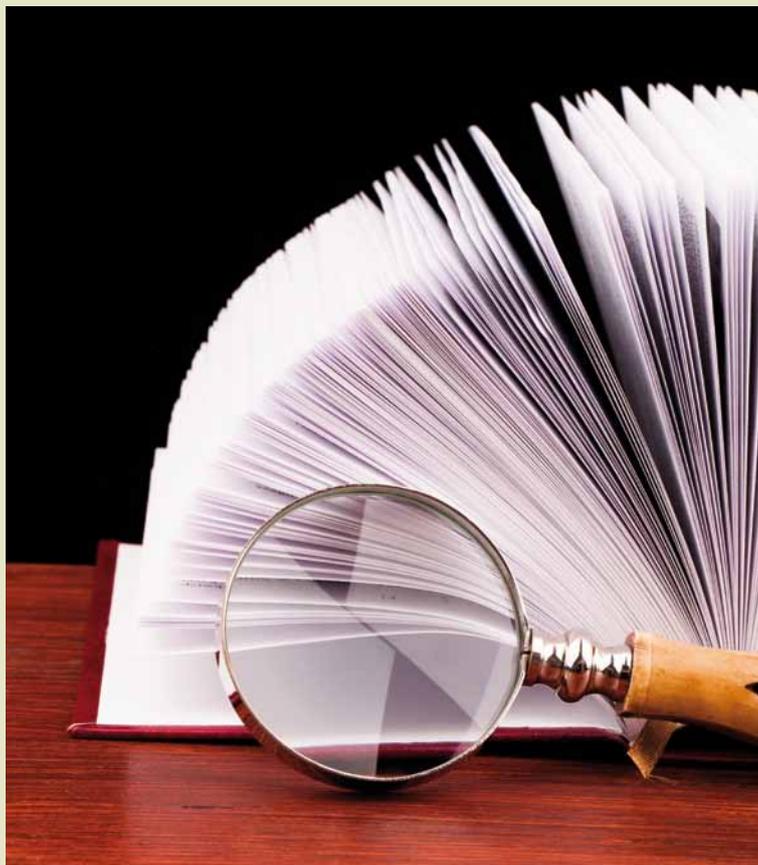
fundamentales del contrato de trabajo debe sujetarse al art.41 ET, teniendo en cuenta el criterio cualitativo del perjuicio causado, el temporal de la duración y las compensaciones establecidas.

Dentro de esta continuidad, es más relevante la *STS 18 de diciembre 2013* al sentar la prevalencia de la regulación específica de cambio de condiciones sobre el art.41 ET, en un caso de cambio turno por art.16 LPR. Plantea un problema más específico, de enorme alcance práctico, la relación entre el art.44 y 41 ET que se ha planteado la *STS 14 de mayo 2014*, exigiendo acudir al procedimiento de modificación sustancial contractual del art.41 ET en cambios anteriores al cambio de titularidad con la correspondiente subrogación del art.44 ET.

Son interesantes los criterios en materia salarial, tras la incorporación clara de esta materia al art.41 ET. Así, la modificación del sistema de remuneración con nuevos incentivos es sustancial (*STS 23 de enero 2014*), mientras que la concreción de un salario variable conforme a lo pactado no es sustancial (*STS 25 de marzo de 2014*). De igual modo, el cambio de sistema de pago de dietas no es sustancial (*STS 22 de julio 2013*) como tampoco el cambio de sistema de pago de anticipo de cantidades (*SAN 21 de febrero 2014*). En tiempo de trabajo hay una reciente jurisprudencia de enorme trascendencia al declarar que el aumento de domingos de trabajo por ampliación de horarios comerciales es sustancial (*SSTS 5 de noviembre 2013, 11 de diciembre 2013, 13 de marzo 2014*).

III. Materias modificables. El art.41 establece una relación ejemplificativa de las materias descritas. Por ello, la *STS 22 de enero 2013* confirma de nuevo la jurisprudencia que cataloga de lista abierta este precepto. Hay que destacar la clara incorporación a esta relación de la cuantía salarial, despejando anteriores dudas jurisprudenciales. Las *SSTS 5 de junio de 2012 y 12 de junio 2013* muestran este cambio legal afirmando que antes no se podía y ahora sí se puede modificar la cuantía salarial contractual.

Pero como bien matiza la AN, no con carácter retroactivo (*SAN 25 de febrero 2013*). Esta novedad tiene impactos colaterales porque el impago se tiene que sujetar al art.41 ET (*SSAN 10 de enero de 2013 y 3 de abril 2014*), lo que abre nuevos escenarios procesales. De igual modo, cierta doctrina judicial afirma que el cambio salarial tras la caída de convenio por la superación del plazo anual de la ultraactividad del art.86.3



La modificación del sistema de remuneración con nuevos incentivos es sustancial (*STS 23 de enero 2014*), mientras que la concreción de un salario variable conforme a lo pactado no es sustancial (*STS 25 de marzo de 2014*))

ET debe sujetarse al art.41 ET al quedar la cláusula convencional contractualizada (*SSTSJ País Vasco 20 de febrero 2014, 19 de noviembre 2013, 26 de noviembre 2013, 1 de abril 2014*).

En cuanto al tiempo de trabajo, parece que la reforma laboral 2010 y 2012, al inaugurar el procedimiento del art.47 ET, supera la jurisprudencia de las *SSTS 14 de mayo 2007 y 7 de octubre 2011*, que permitían reducir jornada por la vía del art.41 ET. A pesar de ello, llama la atención la *STSJ Castilla La Mancha 11 de julio 2013* que admite por la vía del art.41 ET una reducción de

Las SSTs 5 de junio de 2012 y 12 de junio 2013 muestran un cambio legal afirmando que antes no se podía y ahora sí se puede modificar la cuantía salarial contractual)

jornada del 50% con el apoyo de estas sentencias. Parece más razonable entender, sin embargo, que sólo las reducciones por debajo del 10%, umbral del art.47 ET, pueden efectuarse por este cauce del art.41 ET. Es una cuestión pendiente de solución por parte del TS tras las últimas reformas laborales.

IV. Causa de la modificación. La reforma operó una relajación de la causa redactada de la siguiente manera: *“La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.... se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”*.

Frente a primeras lecturas que deducían del cambio la discrecionalidad empresarial, la jurisprudencia está dotando de contenido estas causas. La referencia es la STS 27 de enero 2014 que exige la razonable adecuación entre causa y modificación. Esta sentencia conecta la razonabilidad, no con que la medida sea la óptima para conseguir el objetivo, sino con su adecuación al fin propuesto. Es importante, en este sentido, que la sala social del TS impida el *“dumping social”* o la degradación de condiciones laborales para competir con bajos costes, como límite novedoso del art.41 ET. Estas técnicas exigen de manera inevitable un control de proporcionalidad de la medida adoptada en función del fin perseguido por la empresa. La STS 12 de julio 2013 también exige que la medida sea razonable, justificada y proporcionada, asumiendo, por ejemplo, que sí lo es una modificación asociada a una reducción de la contrata. El TS ha confirmado así una elaborada doctrina judicial de la AN en la materia. Así, las SSAN 28 de mayo 2012, 22 de noviembre 2012, 10 de enero 2013, 15 de febrero 2013 y 31 de enero 2014 impiden la discrecionalidad absoluta de la empresa a través de estas técnicas delimitadoras.

Una cuestión clave con ya cierta lectura jurisprudencial es la conexión entre los despidos y las modificaciones sustanciales contractuales. Las SSTs 11 de diciembre 2013 y 21 de febrero 2014 admiten utilizar el art.41 ET tras despidos por la concurrencia de causas nuevas. De igual modo opera la SAN 10 de diciembre 2013. Sin embargo, de manera más restrictiva, la STSJ Cataluña 19 de febrero 2013 afirma que los despidos anteriores desnaturalizan las reducciones salariales posteriores siendo por ello injustificadas.

V. Duración de la modificación. Llama la atención la ausencia de jurisprudencia sobre la duración, sin que quede todavía claro si el art.41 ET admite cambios indefinidos o estructurales. Sólo cabe destacar al respecto la SAN 10 de diciembre 2013 al afirmar la recuperación salarial de los trabajadores cuando se produzca una evolución positiva de la empresa. Esta cuestión estará seguro presente en la futura jurisprudencia pues los trabajadores pretenderán recuperar salarios perdidos cuando cambien las causas de su modificación contractual gracias a la recuperación económica de la empresa.

VI.- Procedimiento de consultas con los representantes en modificaciones colectivas. De duración no superior a quince días, que versará sobre las *“causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”* (Art. 41.4 del ET), está siendo objeto de un exigente control judicial. Así lo muestra la STS 16 de diciembre 2013 que obliga a constatar propuestas y contrapropuestas en la negociación para avalar la buena fe y la medida adoptada.

Queda así confirmada la elaborada doctrina de la AN en la materia (SSAN 28 de mayo 2012, 10 de diciembre 2013, 31 de enero 2014, 24 de febrero 2014, 20 de enero 2014, 14 de noviembre 2013). Aunque el TS no se ha pronunciado al respecto, también tiene interés la exigencia de la AN en constatar una documentación pertinente en la modificación contractual, teniendo incluso como referencia el reglamento de los ERES 1483/2012, que excluye de su ámbito el art.41 ET. La falta de buena fe y la documentación insuficiente, con esta exigencia judicial, puede conllevar la nulidad de la modificación contractual colectiva. La empresa puede adoptar la medida de manera unilateral si no existe acuerdo con los representantes de los trabajadores pero tiene que tener en cuenta estos requisitos procedimentales.)

Diferencias entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución diferida. Sentencia Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Galicia nº 3167/2014, de 11 de junio

Antonio Pedrajas Quiles,

Socio Abdón Pedrajas & Molero.
apq@abdonpedrajas.com.

SUPUESTO DE HECHO. Empresa y trabajador firman un contrato de trabajo con fecha 14 de junio de 2013, difiriendo la fecha de inicio de la prestación de servicios hasta el día 17 de junio de 2013.

El día antes, esto es, el 16 de junio de 2013, el departamento de RR.HH. de la empresa contacta con el trabajador, indicándole que se paraliza el proceso de selección y que no tiene que incorporarse. Al considerar que la negativa a la incorporación constituye un despido, el trabajador interpone la correspondiente demanda ante la jurisdicción social.

VALORACIÓN CRÍTICA. La STSJ Galicia desestima la demanda considerando que el trabajador carece de acción al no haber existido propiamente un despido.

En efecto, a pesar de encontramos ante un contrato de trabajo, que fue firmado el 14 de junio de 2013, su ejecución se difirió al 17 de junio de 2013. Por lo tanto, el contrato no llegó a comenzar a cumplirse, porque el mismo día del acuerdo -y no habiendo llegado el término- se comunica por parte del empresario que rompe el mismo.

No puede hablarse de despido, porque el término -la fecha- no había llegado todavía en el momento de ruptura. Cabría, en su caso, el ejercicio de acciones resarcitorias de daños y perjui-

cios en el caso de que se acreditasen, pero no la de despido, pues la relación no habría nacido.

Diferencia, además, entre las figuras del precontrato y el contrato de prestación diferida.

Así, respecto al precontrato o promesa de contrato, indica que éstos constituyen meros tratos preliminares, pero que no constituyen contrato de trabajo.

Por lo tanto, la negativa a concluir un contrato, la retirada de una oferta o el abandono de las negociaciones solamente puede dar lugar a consecuencias resarcitorias si ha habido conducta dolosa o culpable que haya producido un perjuicio a empresario o trabajador. No cabe, por lo tanto, accionar por despido en estos casos.

Por su parte, el contrato de trabajo de ejecución diferida implica que, una vez cumplido el término o plazo, son exigibles todas las obligaciones contractuales, pues se trata de un contrato de trabajo perfecto y se han de aplicar sus cláusulas completadas por la normativa laboral.

Sin embargo, tal y como pasó en el supuesto analizado, en el caso de que en un contrato de ejecución diferida no llegase a cumplirse el término, el incumplimiento podría servir de base a reclamar daños y perjuicios, pero no ejercitar acción de despido pues la relación laboral aún no habría nacido.)

El incumplimiento de un contrato de ejecución diferida puede servir de base para reclamar daños y perjuicios, pero no ejercitar acción de despido)

Solicitud de reincorporación anticipada al mismo puesto de trabajo durante la vigencia de una excedencia por guarda legal o cuidado de familiar

Sara Olabarría Rodríguez,

Abogada Abdón Pedrajas & Molero.
sor@abdonpedrajas.com.



de edad, accidente, enfermedad o discapacidad; y a condición de que no desempeñe actividad retribuida.

Evidentemente, nos encontramos ante disposiciones de derecho mínimo necesario, por lo que los convenios aplicables podrán mejorar el régimen legal de ambas excedencias; y no así, someter su disfrute a condiciones no recogidas en el ET.

El origen de ambas se encuentra en la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar, tratándose por tanto de situaciones que merecen especial protección y cuyo régimen jurídico se asemeja más a la excedencia forzosa que a la voluntaria. En este sentido, si bien formalmente no se trata de excedencias *forzosas*, en ambos casos es posible su disfrute de forma fraccionada, computándose este periodo a efectos de antigüedad y conservando el trabajador una reserva de su puesto de trabajo durante el primer año, tras el cual, la reserva quedará referida a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Además, el excedente tendrá derecho a participar en los cursos formativos impartidos por el empresario, siendo por tanto necesario que se le convoque a tales efectos. Por el contrario, respecto a las excedencias voluntarias, el TS (por todas, *STS UD 11 de diciembre 2003*) no permite al trabajador alterar de forma unilateral su duración, careciendo de efectos la solicitud de reincorporación anticipada.

Ahora bien, como se ha indicado, estas excedencias se asimilan a una forzosa, encontrándose sujetas únicamente a un plazo máximo de duración y no a un periodo mínimo. Asimismo, tratándose de un derecho individual del trabajador del cual puede desistir, es posible solicitar la reincorporación en cualquier momento durante la duración de la excedencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 ET, los empleados tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o de la resolución judicial o administrativa.

Respecto a la excedencia por cuidado de familiar, esta podrá solicitarse por un periodo máximo de dos años. El familiar por el cual se solicita esta excedencia deberá serlo hasta de segundo grado de consanguinidad o afinidad, no pudiendo valerse por sí mismo por razones

En tal sentido, existen pronunciamientos que en supuestos de excedencia por cuidado de hijos han reconocido el derecho del trabajador a solicitar el reingreso en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo pactado (por todas, *SAN 8/3/90; STSJ Cataluña 13/7/2004 ó STSJ Castilla y León 26/6/2009*).

Ahora bien, si bien tales argumentos se recogen respecto a la excedencia por cuidado de menor, la cual equipara el régimen jurídico de ambas excedencias, el razonamiento empleado para reconocer el derecho a la reincorporación anticipada en supuestos de excedencia por cuidado de hijos podría aplicarse de manera analógica a supuestos de excedencia por cuidado de familiar.

Por tanto, en ambos casos, el trabajador no estaría vinculado por el plazo de duración inicialmente solicitado y aprobado por el empresario. Esto, sin perjuicio del efecto que tendrá el hecho de solicitar la reincorporación anticipada durante el primer año de vigencia de la excedencia (reserva del mismo puesto de trabajo), o posteriormente (reserva a un puesto del mismo grupo profesional).

Es posible su disfrute de forma fraccionada, computándose este periodo a efectos de antigüedad y conservando el trabajador una reserva de su puesto de trabajo durante el primer año)

Además, hay que apuntar que, de conformidad con lo razonado en las STSJ de Galicia de 13 de junio de 2011 y STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2013, podría existir riesgo de nulidad en caso de eventual negativa empresarial a reincorporar al trabajador por falta de vacante en un puesto de su mismo grupo profesional. En este sentido, ambos pronunciamientos asimilan la negativa al reingreso anticipado a un despido, basándose en la obligación del empresario de mantener en reserva el puesto de trabajo (o puesto del mismo grupo) durante toda la excedencia.)

BREVES

* SEGURIDAD SOCIAL - REGLAMENTO DE COTIZACIÓN.

Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. *BOE 26 de julio 2014*)

* PLANES Y FONDOS DE PENSIONES - SEGUROS PRIVADOS.

Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los

trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y el Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional. *BOE 2 de agosto 2014*)

* MEDIDAS URGENTES. Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. *BOE 6 de septiembre 2014*)

Información elaborada por:

Abdón Pedrajas & Molero
ABOGADOS & ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com