

CRISIS ECONÓMICA Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO, INDIVIDUAL Y COLECTIVO¹

Jesús Martínez Girón

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho. Universidad de A Coruña*

Alberto Arufe Varela

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho. Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: Este trabajo analiza las cuatro reformas operadas, durante la actual crisis económica, en el texto del artículo 41 del Estatuto español de los Trabajadores. Pone de relieve, entre otras cosas, que se trata de reformas inconstitucionales o que violan el Derecho de la Unión Europea. En definitiva, se coloca al trabajador ante la disyuntiva «lo tomas o lo dejas», ante la modificación sustancial injustificada de sus condiciones de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Austeridad laboral, Crisis económica, Estatuto de los Trabajadores, Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Derecho social de la Unión Europea

ABSTRACT: This work analyzes the four amendments operated, during the current economic crisis, in the text of article 41 of the Spanish Workers' Statute. It points out, among other things, that they are amendments violating the Spanish Constitution or the Law of the European Union. In conclusion, the worker is placed before the dilemma «take it or leave it», in front of the unjustified substantial modification of his working conditions.

KEY WORDS: Labor austerity, Economic crisis, Workers' Statute, Substantial modification of the working conditions, Social Law of the European Union

¹ Ponencia defendida en la Conferencia Internacional sobre «Modificação substancial das condições de trabalho em situação de crise económica», celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, el día 7 mayo 2013.

SUMARIO: I. EL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, UN PRECEPTO MUY ENMENDADO POR CAUSA DE LA CRISIS.- II. LAS CONDICIONES DE TRABAJO SUSTANCIALMENTE MODIFICABLES Y SUS CAUSAS.- III. LOS TRES PROCEDIMIENTOS PARA MODIFICAR SUSTANCIALMENTE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.- IV. ALGUNOS DEFECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA OBSERVABLES EN LAS ENMIENDAS PADECIDAS POR EL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- V. LAS ENMIENDAS REALIZADAS EN EL PROCESO LABORAL ESPECIAL PARA LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO.

1. EL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, UN PRECEPTO MUY ENMENDADO POR CAUSA DE LA CRISIS

1. En el Estatuto español de los Trabajadores², el asunto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo resulta relativamente sencillo de localizar, pues hay un precepto en él que tiene precisamente ese rótulo («Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo»), que es su artículo 41³. Se trata de un precepto con un tenor literal muy inestable desde que el legislador laboral español reaccionó en 2010 frente a la crisis económica subsiguiente al «*crack*» de Lehman Brothers, de septiembre de 2008. En efecto, en estos últimos dos años y medio ha padecido ya hasta cuatro reformas expresas. Tres de ellas ocurrieron durante el segundo mandato del Presidente socialista del Gobierno, Sr. J.L. RODRÍGUEZ ZAPATERO, habiéndose materializado con la promulgación del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁴, de la Ley 35/2010, de 17 septiembre, asimismo de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁵, y del Real Decreto-ley 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva⁶. La cuarta reforma la llevó a cabo hace poco más de un año el actual Gobierno conservador del Sr. M. RAJOY BREY, mediante la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁷ (en este concreto punto, intocado por la subsiguiente Ley 3/2012, de 6 julio, asimismo de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

2. Este artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores no es ningún compartimento estanco, sino más bien un punto de referencia o núcleo de imputación —lo que prueba su

2 Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo.

3 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2012), págs. 103 y ss.

4 Cfr. su artículo 5.

5 Cfr. su artículo 5.

6 Cfr. su artículo 6. Respecto de él, véase A. ARUFE VARELA, «La denuncia del convenio colectivo, tras el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes en materia de negociación colectiva», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (2011), págs. 63 y ss.

7 Cfr. su artículo 12. Nuestra posición al respecto, en A. ARUFE VARELA, «Derecho del Trabajo y crisis económica. La "reforma laboral Rajoy" del Derecho colectivo del Trabajo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 16 (2012), págs. 47 y ss.; y en J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Derecho del Trabajo y crisis económica. La "reforma laboral Rajoy" del Derecho individual del Trabajo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 16 (2012), págs. 111 y ss.

importancia, realizada por el dato de tratarse de un precepto carente de desarrollo reglamentario—, alrededor del cual giran otros muchos preceptos estatutarios y «extraestatutarios». Entre los primeros, merecen ser especialmente destacados los que aluden a supuestos adicionales de novaciones objetivas del contrato de trabajo no expresamente contemplados o especificados en el propio artículo 41, pero subsumibles en él⁸; también, los que aluden a novaciones objetivas del contrato de trabajo, pero que tienen su propio régimen jurídico (como ocurre, por antonomasia, en los supuestos de movilidad geográfica⁹; y por último, los que conectan el tema de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo con el asunto nuclear de la extinción del propio contrato de trabajo (como en el caso paradigmático del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, del que trataremos luego)¹⁰. Fuera del Estatuto de los Trabajadores, resulta ineludible mencionar la Ley 36/2011, de 10 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, puesto que su artículo 138 (por cierto, modificado por el citado Real Decreto-ley 3/2012)¹¹ constituye el complemento procesal de la regulación sustantiva contenida en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, dado que procede a regular el proceso laboral especial para impugnar, entre otras varias decisiones empresariales, las relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (el rótulo de dicho precepto laboral es, literalmente, «Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor»), como veremos más adelante¹².

3. Aunque este artículo 41 forma parte del Título I del Estatuto de los Trabajadores (que es el que trata «De la relación individual de trabajo»), en su tenor aparece inextricablemente entremezclado lo individual y lo colectivo, especialmente en lo tocante a cuándo las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que regula deben considerarse individuales (o plurales) o colectivas, lo que se determina en él con arreglo a dos criterios distintos, a su vez entremezclados. En primer lugar, el relativo al número de trabajadores afectados por la modificación en cuestión, teniendo en cuenta que estos números se utilizan por el precepto en función de tres parámetros (período de ocurrencia de la modificación [noventa días], total de trabajadores de la empresa [menos de 100, entre 100 y 300, y más de 300 trabajadores] y concreto número de ese total de trabajadores de la empresa cuya condición de trabajo resultará sustancialmente modificada [al menos 10, el 10 por cien ó 30 trabajadores, respectivamente]), teniendo en cuenta que por encima de estos «umbrales» la modificación sustancial es colectiva¹³, mientras que por debajo de ellos (esto es, cuando «no alcance los umbrales señalados») nos encontramos en presencia de modificaciones sustanciales de las

8 Cfr., por ejemplo, su artículo 12, apartado 4, letra e); su artículo 36, apartado 4, párrafo segundo; o su artículo 47, apartado 1, párrafo sexto.

9 Cfr. su artículo 40.

10 *Infra*, núms. 15 y 16.

11 Cfr. su artículo 23, apartado 7.

12 *Infra*, núms. 13 a 15.

13 Cfr. artículo 41, apartado 2, párrafo segundo.

condiciones de trabajo de carácter individual (o plural)¹⁴. En segundo lugar, el relativo a la concreta fuente reguladora de la condición de trabajo cuya modificación sustancial pretende llevar a cabo el empresario, teniendo en cuenta que esas fuentes pueden clasificarse en dos grandes apartados, que son el relativo a los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, de un lado¹⁵, y todas las demás fuentes reguladoras de condiciones de trabajo (desde el contrato individual de trabajo hasta las decisiones unilaterales del empresario de efecto colectivo, pasando por los llamados convenios colectivos «extraestatutarios»)¹⁶, del otro lado¹⁷.

II. LAS CONDICIONES DE TRABAJO SUSTANCIALMENTE MODIFICABLES Y SUS CAUSAS

4. En España, la decisión del empresario de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo ha sido siempre una decisión causal, aunque no queda más remedio que concluir que la evolución normativa habida en este concreto tema durante la crisis ha determinado que el mismo haya acabado convirtiéndose en un asunto de importancia menor, entre otras razones, porque la falta de justificación causal de la medida no provoca la nulidad de la misma, que es —como se verá luego— lo único que verdaderamente protege al trabajador¹⁸. Esta evolución normativa en relación con las causas parte del texto estatutario que se encontraba en vigor al promulgarse la Ley 35/2010, a cuyo tenor —que poseía una redacción indeciblemente prolija, redactada en términos economicistas y rigurosamente antijurídica, por referirse a eventos de ocurrencia futura— «se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»¹⁹. Pues bien, este texto premioso, al igual que los retoques operados en él por la citada Ley 35/2010 (consistentes, en sustancia, en engordarlo con el añadido de las frases «prevenir una evolución negativa de la empresa» y «perspectivas de la misma»), ha sido eliminado de un plumazo por el Real Decreto-ley 3/2012, de manera que ahora su nuevo tenor —muy simplificado y dando por supuesto que esto de las causas formales de las modificaciones es sólo un trámite— afirma que «se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo

14 *Ibidem*, párrafo tercero.

15 Cfr. artículo 41, apartado 6.

16 Acerca de estos últimos convenios, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La negociación colectiva extraestatutaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Derecho del Trabajo*, núm. 68 (2007), págs. 181 y ss.; y A. ARUFE VARELA, «El convenio colectivo verbal. Comentario histórico, sistemático y posibilista del artículo 90.1 del Estatuto de los Trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 142 (2009), págs. 411 y ss.

17 Cfr. artículo 41, apartado 2, párrafo primero.

18 *Infra*, núm. 14.

19 Apartado 1, párrafo segundo.

en la empresa»²⁰, sin especificar nada más. Este tema menor de las causas formalmente justificadoras de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo siempre ha estado ubicado en el artículo 41, al lado de la retahíla de condiciones de trabajo susceptibles de resultar sustancialmente modificadas por el empresario. Esta prolija retahíla —que, según jurisprudencia laboral dictada hace ya más de una década, ni siquiera tenía carácter exhaustivo o *numerus clausus*²¹— ha sido retocada, con ocasión de la crisis, al efecto de incluir dos nuevas condiciones de trabajo sustancialmente modificables, que conmueven el núcleo duro constitutivo del Derecho individual del Trabajo de toda la vida.

5. Ante todo, la jornada de trabajo, al haberse incluido en dicha retahíla por el Real Decreto-ley 10/2010, junto al «horario», la expresión «distribución del tiempo de trabajo», que apunta a la posibilidad de alterar las jornadas diaria y semanal, mediante la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En este tema, la obsesión del legislador laboral ha sido la de dar manos libres al empresario para que pueda —sin necesidad de ningún tipo de pacto, ni individual ni colectivo— imponerle al trabajador la distribución irregular de un determinado porcentaje de sus horas anuales de trabajo²². Esta enmienda, a calificar de enmienda huérfana de regulación complementaria, empezó a dejar de ser esto último con la promulgación del Real Decreto-ley 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que procedió a enmendar, a su vez, el apartado 3 del artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores —haciéndolo engordar mórbidamente—, al efecto de que todos los convenios colectivos debiesen incluir en su «contenido mínimo», entre otras muchas cosas, «un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año»²³, pero teniendo en cuenta que «salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento»²⁴. A continuación, el Real Decreto-ley 3/2012 trasvasó el contenido de este precepto al apartado 2 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores —que es el precepto estatutario específicamente relativo a la jornada de trabajo—, pasando a indicar que «mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año», pero teniendo en cuenta de nuevo que «en defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo». Pues bien, la Ley 3/2012 le da una nueva vuelta de tuerca «flexibilizadora» a este último precepto estatutario, resultando ahora —siempre en defecto de pacto— que lo que el empresario puede distribuir irregularmente a lo largo del año es «el diez por ciento de la jornada de trabajo»²⁵, con la única cautela novedosa de que «el trabajador

20 Apartado 1, párrafo primero, inciso segundo.

21 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 293.

22 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2012), págs. 135 y ss.

23 Letra i), núm. 1º, inciso primero.

24 *Ibidem*, inciso segundo.

25 Cfr. ahora artículo 34, apartado 2, párrafo primero, inciso segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla»²⁶.

6. Y junto a la distribución irregular de la jornada, la posible reducción o bajada de los salarios, al haber añadido el Real Decreto-ley 3/2012 a dicha retahíla, junto a la vieja posibilidad de modificar el «sistema de remuneración», también ahora la «cuantía salarial». Dado que la cuantía del salario puede aparecer fijada en todo tipo de fuentes reguladoras de la relación laboral, el Real Decreto-ley 3/2012 se cuidó de enmendar el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, al efecto de indicar —en el apartado 2 del precepto— que «las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos»²⁷, pero también —en el apartado 6 del precepto, y para remarcar que los recién citados «acuerdos o pactos colectivos» eran sólo los llamados en España convenios colectivos «extraestatutarios»— a «las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley», esto es, en los convenios colectivos oficiales o estatutarios. La mención separada de estos dos tipos de fuentes tiene unas consecuencias procedimentales de primer orden, pues condiciona la aplicabilidad de los tres procedimientos actualmente existentes en España, a utilizar por el empresario para llevar a cabo la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de sus trabajadores, salariales o no salariales.

III. LOS TRES PROCEDIMIENTOS PARA MODIFICAR SUSTANCIALMENTE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

7. El primer procedimiento es el que puede denominarse procedimiento simplificado²⁸, pues al empresario le basta para llevar a efecto su decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cualesquiera que sean estas últimas (salariales o no), con notificar tal decisión «al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de efectividad»²⁹. Para poder aplicar este procedimiento, tiene que darse la doble condición de que la modificación «no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas»³⁰ (en consecuencia, desde el punto de vista del número de trabajadores afectados por la modificación, tiene que tratarse de modificaciones individuales o plurales), y además, que la condición de trabajo modificada no aparezca establecida o regulada en un convenio colectivo estatutario (en consecuencia, cabrá aplicar este procedimiento cuando la condición de trabajo a modificar, salarial o no, aparezca definida en el contrato individual de trabajo, en un convenio colectivo «extraestatutario», o en una decisión unilateral del empresario o práctica de empresa). Como se ve, se trata de un

26 *Ibidem*, párrafo segundo.

27 Párrafo primero.

28 Véase, J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», cit., pág. 136.

29 Artículo 41, apartado 3, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

30 *Ibidem*, apartado 2, párrafo tercero.

procedimiento que hasta permitiría considerar protectora del trabajador la regulación de las obligaciones y contratos contenida en nuestro Código Civil de hace dos siglos, puesto que el Estatuto de los Trabajadores otorga poder al empresario para imponer unilateralmente al trabajador —utilizando este procedimiento— la modificación del contenido de su contrato de trabajo³¹.

8. El segundo procedimiento es el que puede denominarse procedimiento negociado³², en el que el empresario debe cumplimentar un «período de consultas» con los representantes de sus trabajadores «de duración no superior a quince días»³³, de manera que —transcurrido este período sin acuerdo— la modificación «surta efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación»³⁴. Se trata de un procedimiento aplicable cuando concurre de nuevo una doble condición, al requerirse —al igual que ocurría en el procedimiento simplificado— que la condición de trabajo a modificar no aparezca regulada en un convenio colectivo estatutario, pero con la diferencia de que ahora —es la segunda condición— resulta preceptivo que la modificación «alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas». Tal y como aparece regulado en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, parece claro que se trata de nuevo de un mero trámite que deja expedito el camino al empresario para imponer unilateralmente la modificación, ahora a todo un colectivo de trabajadores afectados, pues lo que verdaderamente llama la atención en dicha regulación es que no se aluda por ningún lado a la «documentación» que el empresario debería mostrar a los representantes de sus trabajadores, aunque parezca lógico —si bien el precepto estatutario no lo prevé— que el empresario deba aportar algún tipo de papel, supuesto que sólo así resultará posible «negociar de buen fe, con vistas a la consecución de un acuerdo»³⁵.

9. El tercer procedimiento es el que puede llamarse procedimiento acordado³⁶, a aplicar cuando —con independencia de cuáles sean los «umbrales» de trabajadores afectados— pretenda el empresario modificar una condición establecida o regulada en un convenio colectivo estatutario, pues «la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3»³⁷. De ahí que lo calificaremos de procedimiento «acordado», pues el apartado 3 del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores presupone —al regular el popularmente llamado «descuelgue»³⁸— necesariamente el acuerdo entre el empresario y los representantes de sus trabajadores (o en su caso, un laudo sustitutorio), sin el cual

31 Críticamente, desde la perspectiva del Derecho comparado, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 2ª ed., cit., págs. 108-109.

32 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», cit., pág. 136.

33 Artículo 41, apartado 4, párrafo primero.

34 *Ibidem*, apartado 5, párrafo primero.

35 *Ibidem*, apartado 4, párrafo tercero, inciso primero.

36 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», cit., pág. 136.

37 Artículo 41, apartado 6.

38 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 2ª ed., cit., págs. 17 y ss., y 178 y ss.

nunca podría llevarse a cabo la modificación del contrato de trabajo. Este procedimiento de «descuelgue», en la parte relativa al laudo arbitral sustitutorio, no ha tenido más remedio que ser recientemente enmendado (hace sólo unos pocos días) por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, según el cual —sobre la base de que el laudo en cuestión tendría que ser dictado, bien por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, bien por un órgano equivalente que debería estar constituido en cada Comunidad Autónoma— «si en un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley las Comunidades Autónomas no hubieran constituido y puesto en funcionamiento un órgano tripartito equivalente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o suscrito un convenio de colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social acordando la actuación de la Comisión en el ámbito territorial de las comunidades firmantes, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos podrá, subsidiariamente y en tanto en cuanto no se constituyan dichos órganos tripartitos equivalentes, en su caso, conocer de las solicitudes presentadas por las empresas y los representantes legales de los trabajadores para dar solución a las discrepancias surgidas por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo, presentes en el convenio colectivo de aplicación, cuando dicha inaplicación afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de una Comunidad Autónoma»³⁹.

IV. ALGUNOS DEFECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA OBSERVABLES EN LAS ENMIENDAS PADECIDAS POR EL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

10. En nuestra opinión, el régimen jurídico aplicable a la «distribución del tiempo de trabajo» —en cuanto que condición de trabajo susceptible de resultar sustancialmente modificada por el empresario— no se tiene jurídicamente en pie, al chocar frontalmente con el Derecho de la Unión Europea contenido en la Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁴⁰. En efecto, se trata de una norma comunitaria que impone límites infranqueables a la desregulación de este importante asunto, y entre ellos, el de que la distribución irregular de la jornada —que evidentemente sólo resulta admisible a título de «excepción»— presuponga necesariamente algún tipo de acuerdo colectivo, pues —siempre según esta Directiva— «podrán establecerse excepciones a las disposiciones de los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 [de la propia Directiva] mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional o, de conformidad con las normas fijadas por dichos interlocutores sociales, mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel inferior»⁴¹. En consecuencia, es claro desde la promulgación del Real Decreto-ley 7/2011

39 Disposición adicional sexta.

40 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», cit., pág. 132.

41 Artículo 18, párrafo primero.

—autorizando al empresario, por vez primera, a imponer unilateralmente al trabajador la distribución irregular de un porcentaje de su jornada anual de trabajo— que el ordenamiento interno español dejó de transponer con corrección el Derecho de la Unión Europea en materia de ordenación del tiempo de trabajo, cabiendo presagiar que en el *ranking* de condenas del Tribunal de Luxemburgo a España, por violación del Derecho comunitario sobre seguridad y salud laboral (del que forma parte, como se sabe, la citada Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo), nuestro país podría llegar a escalar en él algún puesto⁴².

11. En nuestra opinión, por lo que respecta a los que antes calificamos como procedimientos «simplificado» y «negociado», es igualmente claro que la correspondiente modificación operada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-ley 3/2012 resulta de una inconstitucionalidad flagrante⁴³. En efecto, recuérdese que a través de estos dos procedimientos cabe que el empresario llegue a imponer unilateralmente (esto es, sin necesidad de acuerdo) la modificación de una condición de trabajo definida o regulada en convenios colectivos «extraestatutarios», los cuales quedarían así reducidos a *pacta* que no *sunt servanda*, con violación de la garantía de «la fuerza vinculante de los convenios» a que se refiere el apartado 1 del artículo 37 de la Constitución, que reiteradamente ha sido declarada aplicable por el Tribunal Constitucional a los convenios colectivos «extraestatutarios»⁴⁴. En todo caso, respecto de esta afirmación nuestra, anotamos casi al margen que el muy deficiente procedimiento de control de la constitucionalidad de las normas con rango de Ley que tenemos en España, apoyado en un órgano que puede tardar incluso hasta doce años en resolver asuntos de inconstitucionalidad, es un factor con el que todos los Gobiernos españoles (de todos los colores políticos) juegan.

12. Siempre en nuestra opinión, pero por lo que respecta ahora al que antes denominamos procedimiento «acordado», nos parece claro que el Real Decreto-ley 3/2012 no parece haber tenido en cuenta el dato crucial de que esta misma norma también procedió a suprimir la autorización administrativa —desde siempre existente en España— para los despidos colectivos (que pueden ser decretados ahora por el empresario, en consecuencia, sin necesidad de tener que llegar a ningún tipo de acuerdo con los representantes de sus trabajadores)⁴⁵. No nos parece irresponsable sostener (y más, en los tiempos de crisis económica generalizada que corren), si es que —como de hecho ocurre— resulta más complicado modificar el contrato de trabajo (porque se necesita acuerdo) que extinguir el contrato de trabajo (porque no se necesita acuerdo), que el empresario acabe optando por despedir colectivamente a sus trabajadores. Precisamente porque el empresario no es ningún héroe ni ningún santo, ni en España ni en ningún otro país de la Unión Europea, la consecuencia que acabamos de contar no sería más que una autoaplicación singular del

42 Acerca del *ranking*, véase A. ARUFE VARELA, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre incumplimientos por los Estados miembros de sus deberes de transposición de las Directivas Marco y "específicas" en materia de seguridad y salud laboral», *Tribuna Social*, núm. 221 (2009), págs. 8 y ss.

43 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», cit., págs. 136-137.

44 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La negociación colectiva extraestatutaria», cit., pág. 190.

45 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», cit., pág. 137.

viejo aforismo penal (por cierto, de origen alemán), según el cual las conductas heroicas o sublimes resultan siempre jurídicamente inexigibles.

V. LAS ENMIENDAS REALIZADAS EN EL PROCESO LABORAL ESPECIAL PARA LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO

13. En plena crisis económica, el Gobierno del Sr. RODRÍGUEZ ZAPATERO tuvo la ocurrencia de poner fin a la larga serie de siete Leyes españolas de Procedimiento Laboral (la primera se remonta a 1958, y la última fue promulgada en 1995), impulsando la promulgación de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, asimismo recientemente modificada por el Real Decreto-ley 3/2012, en la que se regula —como antes se indicó— el proceso laboral especial para impugnar judicialmente las decisiones empresariales en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁴⁶. Sin embargo, todo en el Estatuto de los Trabajadores y en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social conspira a favor de que el trabajador se aquiete ante la decisión empresarial de modificación de sus condiciones de trabajo, sin animarse a impugnar judicialmente nada, de modo que la decisión en cuestión adquiriría *de facto* el carácter de decisión irreversible. Ante todo y en primer lugar, porque el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores prevé expresamente la posibilidad de que el trabajador obtenga del empresario una indemnización automática por desistimiento, barata según parámetros españoles («de 20 días de salario por año de servicio ... y con un máximo de nueve meses»)⁴⁷, sin necesidad de plantear demanda de ningún tipo ante los tribunales laborales, lo que enfáticamente y con todo desparpajo destaca la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, en este punto intocada por la Ley 3/2012 (literalmente, «se incluye la modificación sustancial de funciones y de estructura y de cuantía salarial *como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización*»)⁴⁸. En segundo lugar, porque la decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo tiene carácter «ejecutivo», con independencia de que sea justa o injusta⁴⁹, de manera que el trabajador que no la acate se arriesga a ser disciplinariamente despedido por desobediencia (en consecuencia, juega aquí en su integridad el principio primero cumple [*solve*] y luego reclama [*et repete*])⁵⁰. En tercer lugar, porque los resultados de una eventual sentencia de los tribunales laborales declarando que la decisión empresarial atacada no es nula, sino sólo meramente «injustificada», resultan decepcionantes.

46 Nuestra visión crítica de dicha Ley, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 2ª ed., cit., págs. 223 y ss.

47 Apartado 3, párrafo segundo.

48 Apartado IV, párrafo tercero.

49 Véase apartado 3, párrafo tercero, del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

50 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 2ª ed., cit., pág. 106.

14. Obviamente, la declaración de nulidad por los tribunales laborales es lo único que ofrece al trabajador una protección completa e integral, frente a la decisión del empresario de modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo, aunque todo indica que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha pretendido recortar el radio de acción de ese tipo de pronunciamiento judicial (y por tanto, la resulta de que «si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos»⁵¹, esto es, con «derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos»⁵²). En efecto, es cierto que esta Ley ha convertido en Derecho positivo determinados supuestos (por lo demás, claros e indiscutibles) de nulidad de la decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que la jurisprudencia laboral venía sancionando (por ejemplo, cuando dicha decisión implicase violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador)⁵³, pero también lo es que calla respecto de otros supuestos distintos (como, por ejemplo, la inobservancia por el empresario del procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo la modificación), en los que la jurisprudencia laboral igualmente decretaba la nulidad de la medida⁵⁴. En nuestra opinión, existen indicios poderosos reveladores de que el Real Decreto-ley 3/2012 ha pretendido enervar esta última jurisprudencia, pues procedió a modificar el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (sobre el despido indirecto o, como afirma su rótulo, sobre la «Extinción [causal del contrato de trabajo] por voluntad del trabajador»), a cuyo tenor pasan ahora a ser causa de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, frente a lo que ocurría antes, «las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo *llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41* de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador»⁵⁵.

15. Frente a la declaración de la nulidad de la decisión empresarial, la declaración judicial de que se trata de una decisión meramente «injustificada»⁵⁶ deja al trabajador inerte —si es que no quiere verse en la tesitura de tener que perder su puesto de trabajo—, al no caber la ejecución específica o en sus propios términos del fallo judicial firme declarando la falta de justificación de la decisión empresarial en cuestión⁵⁷. En efecto, de acuerdo con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo único que cabe en dicha hipótesis (esto es, «cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones

51 Artículo 138, apartado 9.

52 Cfr. artículo 138, apartado 7, párrafo tercero.

53 Cfr. su artículo 138, apartado 7, párrafo cuarto.

54 Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 296.

55 Apartado 1, letra a). Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», cit., pág. 137.

56 Según la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, «la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa» (artículo 138, apartado 5, párrafo primero).

57 Este tema, en España, viene de viejo. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la reforma», *Tribuna Social*, núm. 74 (1997), págs. 17 y ss.

de trabajo o lo hiciere de modo irregular»)⁵⁸ es que el trabajador, en un segundo pleito frente al empresario (el primer pleito declaró el carácter «injustificado» de la medida), solicite de los tribunales laborales la extinción indemnizada del contrato de trabajo [literalmente, «el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y *la extinción del contrato por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*»]⁵⁹, relativo a «la negativa del mismo [esto es, del empresario] a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo ..., cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados». De ahí la indefensión material del trabajador que no quiera verse abocado a perder su puesto de trabajo —al que le resultará más económico y más práctico aquietarse—, pues la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social le obliga a tener que pleitear dos veces contra su empresario (recuérdese, en cognición, para que se declare «injustificada» la medida, y luego en ejecución, si el empresario no cumple lo ya enjuiciado por sentencia en cognición), teniendo que pagar por dos veces honorarios a profesionales del foro (lo que contribuirá a rebajar la indemnización, formalmente más cara para el empresario, que percibiría el trabajador afectado [esto es, «equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio ..., hasta un máximo de veinticuatro mensualidades»])⁶⁰, para encontrarse finalmente con la disyuntiva de un o «lo tomas» (esto es, aceptas la modificación sustancial «injustificada» de tus condiciones de trabajo) o «lo dejas» (esto es, instas judicialmente, porque no te queda otro remedio jurídico, la extinción indemnizada de tu contrato de trabajo)⁶¹.

58 Cfr. artículo 138, apartado 8.

59 *Ibidem*.

60 Cfr. artículo 56, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, al que remite el artículo 50, apartado 2, del propio Estatuto.

61 Al respecto, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 2ª ed., cit., págs. 106-107.