



*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*

Vol. 26 (2022), pp. 1-16

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2022.26.0.9175>

## LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

## THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP DUE TO A SUBSTANTIAL MODIFICATION OF THE WORKING CONDITIONS

ALEJANDRO ARADAS GARCÍA  
*Abogado*

Recibido: 28/06/2022

Aceptado: 10/10/2022

**Resumen:** El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores faculta al empresario a modificar sustancialmente las condiciones laborales de la relación laboral de manera unilateral, normalmente en perjuicio del trabajador, siempre que existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Si la persona trabajadora no se aquietta a la medida, además de impugnarla judicialmente, puede solicitar la extinción de la relación laboral con derecho a una indemnización de 20 días por año trabajado y un máximo de 9 meses, además de encontrarse en situación legal de desempleo, siempre que acredite un perjuicio cuya carga de la prueba corresponde al empleado.

**Palabras clave:** Modificación de las condiciones de trabajo, extinción de la relación laboral, perjuicio para el trabajador.

**Abstract:** Article 41 of the workers' statute empowers the employer to substantially modify the working conditions of the employment relationship unilaterally, usually to the detriment of the employee, provided that there are economic, technical, organizational or production reasons related to competitiveness, productivity or the organization of technical matters or work-related aspects in the company. If the employee does not agree to the measure, in addition to impugn it judicially, he/she may request the termination of the employment

relationship with the right to a payment compensation of 20 days per year of work and a maximum of 9 months, in addition to becoming legally unemployed, as long as he/she proves the company has caused a grievance, the burden of proof for which would correspond to the employee.

**Keywords:** Modification of working conditions, termination of the employment relationship, grievance to the worker

Sumario: **I. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.** 1. Materias que pueden verse afectadas por una modificación sustancial. 2. Causas que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. 3. Procedimiento a seguir en función del carácter colectivo o individual de la medida. **II. OPCIONES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON ESPECIAL HINCAPIÉ EN LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.** 1. La existencia de un perjuicio para solicitar la extinción indemnizada. 2. Ejemplos de modificaciones que causan un perjuicio para la persona trabajadora. 3. Procedimiento a seguir por parte de la persona trabajadora.

\* \* \*

## I. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Las modificaciones de las condiciones laborales es un elemento frecuente inserto en la propia naturaleza de cualquier contrato de trabajo. Estos cambios pueden verse motivadas por varias razones; a petición de la persona trabajadora, a propuesta unilateral del empleador o realizada de mutuo acuerdo tras la pertinente negociación.

No obstante, en este artículo nos centraremos en aquellas modificaciones realizadas unilateralmente a instancias del empleador que alteran de una manera esencial las condiciones básicas de la relación laboral, y que conforman una verdadera novación del contrato de trabajo recogidas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores como modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Cumple señalar, en primer lugar, que el artículo 20 del estatuto de los trabajadores relativo a la dirección y control de la actividad laboral faculta al empleador a fijar y establecer el trabajo a realizar así como las condiciones laborales en las que éste se desarrolla.

Pero este poder de dirección tiene unos límites marcados, en el sentido de que no es posible realizar modificaciones de carácter sustancial que alteren de manera esencial las condiciones laborales sin seguir un procedimiento para ello y siempre que exista una causa que lo justifique, regulada ambas cuestiones en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, el citado artículo 41 establece de una manera amplia y poco concreta no sólo que se ha de entender por modificación sustancial, sino también cuales son las causas que justifican esta modificación.

Por otro lado, si que determinan de una más precisa cuando la medida ha de considerarse como colectivo o individual en función del número de personas trabajadoras afectadas y procedimiento a seguir en cada caso, y por último, cuales son las opciones de las personas trabajadores ante la modificación unilateral planteada por el empleador.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es una potestad empresarial enfocada a permitir la flexibilidad interna de los recursos humanos empresariales para evitar, en la medida de lo posible, la necesidad de amortizar puestos de trabajo cuando es posible reorganizar internamente a las personas trabajadores o también ajustar los recursos humanos a la dinámica del sector en el que opera la empresa, que no tiene por qué venir aparejada de una situación económica desfavorable.

### **1. Materias que pueden verse afectadas por una modificación sustancial**

El apartado primero del artículo 41 recoge una lista de materias que pueden verse afectadas por una modificación sustancial; jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimientos y funciones laborales siempre que excedan de los límites que establece el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores relativo a la movilidad funcional.

El listado de materias es de por sí amplio, pero además la jurisprudencia ha considerado que debe apreciarse como una lista abierta, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006, rec 2076/2005. No en vano, el propio estatuto establece esta condición de «*numerus apertus*» cuando utiliza la expresión «entre otras» para establecer el listado de materias.

No obstante, estas materias no pueden ser modificados sin ningún tipo de límite, toda vez que como primera barrera están los derechos mínimos y necesarios recogidos en el estatuto de los trabajadores, así como todos aquellos pactados en los convenios colectivos.

En este sentido, el apartado 2 del citado artículo 41 establece 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 estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.»

Además, y en lo que respecta a la jornada de trabajo, conviene traer a colación el artículo 12 que en su segundo apartado establece en la letra e que «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a).»

Sentado lo anterior, conviene aclarar que, tal y como determina la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 rec 106/2017, no cualquier modificación de una condición laboral ha de ser necesariamente sustancial realizada por el empresario y ser de aplicación el artículo 41, sino que en cada caso habrá que analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza sustancial o no, toda vez que puede entrar dentro del «*ius variandi*» empresarial, esto es, la potestad recogido en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores.

Y, en cualquier caso, no es sustancial cuando «la medida adoptada no supuso alteración valorable de las condiciones de trabajo o de la remuneración» (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 enero 2013, rec. 290/2011)».

Y en la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017, rec. 23/2017, viene a recopilar la doctrina en esta materia para significar que «por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista «*ad exemplum*» del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del «*iusvariandi*» empresarial y así se reconoce en STS 13/11/96, entre otras, y TSJ Navarra 17/9/99.»

## **2. Causas que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

El citado artículo 41 establece de manera expresa que puede realizarse estas modificaciones cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

No detalla la normativa, como si lo hace mínimamente en el caso de un despido objetivo o colectivo, que debe entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o como se relacionan éstas con la competitividad, productividad u organización técnica.

De hecho, en un primer análisis, puede considerarse que son las mismas causas que pueden justificar otro tipo de medidas que pueden ser implementadas por el empresario de manera unilateral, tales como la movilidad geográfica, la suspensión de contrato o reducción de jornada, descuelgue de convenio y despido objetivo o colectivo.

Sin embargo, esto no es así. A modo de ejemplo, en el supuesto de una movilidad geográfica el legislador apela a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que estén relacionadas, además de las ya indicadas para una modificación sustancial, «a las contrataciones referidas a la actividad empresarial.»

Por ello, dada la incidencia que tiene en el contrato de trabajo las medidas anteriormente indicadas, aunque las causas *ab initio* son las mismas, una misma situación económica puede justificar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo pero no un despido, o una movilidad geográfica y viceversa. No es lo mismo justificar o

acreditar la necesidad de amortizar un puesto de trabajo que supone la pérdida de empleo que un cambio en las circunstancias o ejecución del trabajo.

Cada medida adoptada por la empresa no sólo ha de tener una causa que lo justifique, sino que debe existir una relación entre la causa existente y la medida adoptada. Además, en el caso de la modificación sustancial, cualquier causa alegada por la empresa debe de acreditarse respecto a las personas trabajadores afectadas en virtud del artículo 138 apartado 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Las causas que motivan las novaciones contractuales, como son la movilidad geográfica y modificación sustancial están relacionadas con la adaptación de la empresa a las variaciones del mercado, ya sea por una situación adversa, o la existencia de nuevos retos empresariales que en ningún caso puede ser únicamente el fin de conseguir aumentar o maximizar los beneficios empresariales.

De manera resumida, mejorar la posición de la empresa respecto a la situación que tenía anteriormente dentro de su posición en el mercado, sin que pueda ser legítimo, en ningún caso, tener como único objetivo conseguir más beneficios empresariales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005, rec 2363/2004 establece que: «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.»

Sin embargo, las causas que justifican aquellas medidas que impliquen amortizaciones de puesto de trabajo están relacionadas, en la mayoría de los casos, con situaciones de crisis de la empresa y/o del sector empresarial en el que se encuentra la empresa.

### **3. Procedimiento a seguir en función del carácter colectivo o individual de la medida**

En función del número de personas trabajadores afectados por la modificación realizada por la empresa, la medida podrá ser considerada de carácter individual y colectivo.

La diferencia no es baladí, puesto que afecta de manera fundamental, no sólo a las obligaciones empresariales en cuanto al procedimiento a seguir, sino al derecho de las personas trabajadores para mostrar su disconformidad con la medida.

Para que la medida sea considerada colectiva, el umbral de personas trabajadoras afectadas está establecido por la normativa laboral en los mismos parámetros que para el despido colectivo.

Esto es, será una medida colectiva si afecta en un periodo de noventa días a diez trabajadores en aquellas empresas que ocupen menos de cien trabajadores, el diez por

ciento de trabajadores en aquellas empresas que ocupen entre cien y trescientos, y finalmente, más de treinta personas trabajadores en aquellas empresas de más de trescientos trabajadores. En caso contrario, si no se superan los anteriores umbrales, la medida será de carácter individual.

A pesar de que los umbrales respecto al despido colectivo son los mismos, existe una importante diferencia y esta es la unidad de referencia que se ha de tener en consideración.

En el caso de modificación sustancial, la unidad de referencia es la empresa tal y cómo ha determinado la jurisprudencia, y más concretamente el Tribunal Supremo en la Sentencia del 19 de noviembre de 2019, rec 1253/2017.

Sin embargo, para los despidos colectivos, la unidad de referencia es el centro de trabajo siempre que éste ocupe a más de 20 trabajadores.

En cuanto al procedimiento a seguir, y sin ánimo de profundizar en dicha cuestión, la modificación pretendida, cuando no sea colectiva, requiere siempre de una notificación a la persona trabajadora y a sus representantes legales en caso de que existan dentro de la empresa con una antelación mínima de 15 días a la fecha de efectividad de la medida.

La medida es inmediatamente ejecutiva sin necesidad de negociar, sin perjuicio de la posible impugnación que puede realizar la persona trabajadora así como solicitar la extinción de la relación laboral como más adelante detallaremos.

Por otra parte, la modificación de carácter colectivo se inicia con la apertura de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores por una duración no superior a quince días en las que se debe negociar las causas motivadoras de la decisión empresarial, así como la posibilidad de plantear medidas alternativas.

Si se alcanza un acuerdo, se presumirá salvo prueba en contrario que concurren causas justificativas alegadas por la empresa, y en consecuencia, la persona trabajadora sólo podrá atacar las causas de manera individual por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si no se alcanza un acuerdo durante la negociación, el empleador podrá de manera unilateral implementar la medida notificando con siete días de antelación a los trabajadores afectados.

En cualquier caso, ya sea en el procedimiento individual o colectivo, el artículo 41 no hace una referencia expresa a que esta notificación ha de ser por escrito, sino que simplemente indica que se ha de notificar de manera previa.

Por su parte, el artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que el plazo de caducidad de impugnación de la medida es de 20 días hábiles que comenzarán a contar a partir del día siguiente a la notificación de la decisión a las personas trabajadoras o a los representantes de éstos.

De hecho, se establece que este plazo no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación por escrito, sin perjuicio de la prescripción por el transcurso del plazo de un año que recoge de manera genérica el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta nimia, pero importante diferencia, entre las obligaciones formales en cuanto al procedimiento para la empresa y el plazo que tiene la persona trabajadora para impugnar la medida ha generado una importante controversia en los tribunales en lo que respecta a cuando caduca la acción de impugnación judicial.

Así, a modo de ejemplo, el tribunal supremo en fecha de 26 de noviembre de 2019, rec 97/2018, considera que el plazo aplicable es de 20 días desde que se notifica a los representantes legales de los trabajadores, aunque no se hubiera seguido el procedimiento de modificación sustancial.

Por el contrario, la sentencia de 27 de febrero de 2020 del Tribunal Supremo rec 201/2018, ha considerado que no opera el plazo de 20 días en el caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo que no se hayan notificado por escrito, y en dicho caso, estamos ante el plazo genérico de un año del artículo 59.

De manera más reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2021. rec 3325/2018 considera que el plazo debe de ser de 20 días desde la comunicación de la modificación aunque no se hubiera seguido el procedimiento para ello.

## **II. Opciones de las personas trabajadoras con especial hincapié en la posibilidad de solicitar la extinción de la relación laboral**

En caso de que la persona trabajadora no se aquiete a la modificación unilateral realizada por el empresario, la normativa laboral determina dos opciones diferentes; solicitar la extinción de la relación laboral con derecho a una indemnización de 20 días por año trabajado y un máximo de nueve meses de indemnización, así como impugnar la medida ante los tribunales para que ésta sea considerada nula o injustificada y que el trabajador sea repuesto en las condiciones que tenía antes de la modificación.

En primer lugar, respecto a la impugnación, está regulado de manera expresa en el artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Dada la incidencia que puede tener en la relación laboral, y toda vez que la medida es ejecutiva desde el momento que el empresario notifica la modificación, no se debe presentar papeleta conciliación laboral, sino que se presenta directamente demanda ante el juzgado correspondiente siendo el procedimiento urgente y con preferencia frente a otras materias.

En teoría, aunque pocas veces se cumple, la vista deberá ser señalada dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y la sentencia se debería dictar en el plazo de cinco días desde la celebración de la vista.

La impugnación de la medida no excluye la posibilidad de solicitar la extinción de la relación laboral, no obstante, esto no ocurre en sentido contrario, puesto que la extinción

de la relación laboral si que hace decaer cualquier posible acción de impugnación de la modificación sustancial.

En este sentido, y por si existía alguna duda, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de septiembre de 2008. rec 1875/2007, ha venido reconociendo que la ley no condiciona el derecho a extinción a una previa impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción competente, sino que habilita al trabajador a rescindir directamente su contrato sin necesidad de esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada es correcta, afirmando de este modo que la declaración rescisoria con base en el artículo 41.3ET tiene virtualidad extintiva por sí misma.

En cualquier caso, los plazos de cada opción son diferentes. En el caso de la impugnación, y en relación con lo indicado anteriormente, el plazo es de 20 días hábiles desde al día siguiente de la notificación por escrito. Por el contrario, la normativa laboral adolece de cualquier referencia al plazo para solicitar la extinción, por lo que la jurisprudencia ha considerado de manera mayoritaria que tenemos que acudir al plazo general de un año que establece el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, el artículo 138 sí que establece un plazo para solicitar la extinción en el caso de que la medida sea impugnada ante la jurisdicción competente y se considerada ajustada a derecho, puesto que en este caso la normativa indica que «La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días».

Esta imposición de un plazo crea una desventaja y trato desigualdad, puesto que deja en una peor situación a aquella persona trabajadora que ha impugnado la extinción de la relación laboral respecto a aquél que no lo ha hecho.

En segundo lugar, respecto a la posibilidad de extinguir la relación laboral ésta no es automática ni opera en toda clase de modificación sustancial.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 septiembre 2008, rec. 1875/2007, nadie puede ser obligado a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato, por eso, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a la persona trabajadora que resulte perjudicado por la decisión patronal, el derecho a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, tanto si la modificación sustancial es de carácter individual como si es colectiva.

El fundamento jurídico del derecho a la resolución está en la «excesiva onerosidad sobrevenida», y no en el incumplimiento empresarial, que le causa a la persona trabajadora como consecuencia de la modificación unilateral realizada por la empresa en la vida personal, familiar y social del trabajador.

Y no se condiciona dicho derecho a la previa impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción competente, sino que habilita al trabajador a rescindir



directamente su contrato sin necesidad de esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada es correcta, siempre que se acredite la existencia de un perjuicio.

Sin embargo, la rescisión no es automática una vez solicitada por la persona trabajadora, sino que tiene que ser reconocida por la empresa o, subsidiariamente a lo anterior, por una sentencia judicial si se acredita un perjuicio, encontrándose en dicho caso en situación legal de desempleo pudiendo optar a percibir la prestación por desempleo o subsidios correspondientes en función de su cotización previa.

Esta necesidad de acreditar un perjuicio debe de ser realizada por la persona trabajadora a la empresa o en un procedimiento judicial, sin que sea posible manifestaciones genéricas de posible perjuicios, ya que como ha señalado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 1.996 rec 2468/1995, no es posible establecer una presunción *«iuris tantum»* de la existencia de un perjuicio en cualquier supuesto de modificación de las condiciones de trabajo, a diferencia de lo que ocurre en la movilidad geográfica en la que se presume la onerosidad de la medida, y por lo tanto, se concede la extinción sin necesidad de probar el perjuicio, una vez acreditado el traslado.

Además, para el caso de que se tenga derecho a la extinción tras la modificación operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre de 2021, se podrá optar por la jubilación anticipada con una antelación máximo de cuatro años sobre la edad de jubilación ordinaria por considerarla como una causa no imputable al trabajador en virtud del artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social.

## **1. La existencia de un perjuicio para solicitar la extinción indemnizada**

Ante el silencio normativo sobre los parámetros sobre los que ha de valorarse la existencia de un perjuicio, debemos entender como tal todas aquellas modificaciones que afecten negativamente a la remuneración económica que percibe el trabajador, la conciliación de vida laboral o familiar o lo relativo a su proyección profesional.

En otras palabras, se exige que las medidas adoptadas por el empleador impliquen un perjuicio a la persona trabajadora relevante, sin que pueda considerarse que el perjuicio existe por la mera modificación, por lo que debe existir un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración, perjuicio que puede estar relacionado tanto con la posición contractual como con la vida personal y familiar del trabajador afectado, que no se exige que sea exclusivamente para la formación profesional o la dignidad del trabajador.

La Ley 3/2012 supuso una ampliación de los supuestos en los que el trabajador podía optar por extinguir la relación laboral por la vía del art. 41.3 del ET con derecho a una indemnización.

Antes la persona trabajadora solamente podía optar por la extinción indemnizada de su contrato por la vía del artículo 41.3 del ET si la modificación afectaba a las condiciones laborales relativas al tiempo de trabajo (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, y sistema de trabajo a turnos) y resultaba perjudicado por la misma.

El RD-L 3/2012 primero, y la Ley 3/2012 después, con idénticos términos, amplía las posibilidades resolutorias ex artículo 41.3 del ET a los supuestos en los que se produzca perjuicio en condiciones laborales relativas al sistema de remuneración y cuantía salarial y a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET.

No obstante, el artículo 41 establece que no se podrá solicitar la extinción cuando la modificación sustancial afecte única y exclusivamente al sistema de trabajo y rendimiento.

Este perjuicio será necesario acreditarlo en un procedimiento judicial sólo para el caso de que la empresa niegue la extinción indemnizada tras la petición de la persona trabajadora.

De hecho, muchas veces la negativa empresarial a una extinción viene motivada no sólo por el hecho de que nieguen la existencia de un perjuicio, sino que niegan la realidad de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En efecto, puede suceder que el empleador niegue la extinción en la consideración de que la modificación efectuada no es una modificación sustancial, sino que opera dentro de su poder de dirección empresarial, o que no es una variación de aquellas a las que la norma aúna la facultad resolutoria, o en el entendimiento de que la misma no ocasiona al trabajador perjuicio alguno, por lo que decida no abonar la indemnización a que se refiere el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores.

A estos supuestos hace referencia de forma tangencial el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de marzo de 1996, rec 2468/1995 cuando reconoce que la facultad de rescisión contractual por modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo se halla condicionada a la existencia de perjuicios para la trabajadora que deben de ser confirmados por la empresa, lo que determina que si no se dan por concurrentes aquéllos, no pueda tener viabilidad dicha rescisión, haciendo precisa la reclamación judicial correspondiente por parte del trabajador.

Así, la existencia del perjuicio, salvo que sea notoria o evidente, debe alegarse y probarse por el que la invoca, de suerte que la indemnización prevista en el Art. 41.3, para el caso de que el trabajador opte por la rescisión, no opera automáticamente, sino que es menester que la decisión empresarial le haya ocasionado algún perjuicio que no cabe presumir, sino que hay que acreditar.

La existencia del perjuicio ha de ser real, constatable y de significativa entidad, no se presume por la Ley sino que ha de acreditarse por quien insta la extinción del contrato, como así resulta de un modo nítido no sólo de la lectura del precepto sino que es lo que ha venido sosteniendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, por lo que corresponde a la persona trabajadora, de conformidad con el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la alegación, concreción y carga de la prueba de tal perjuicio, sin que proceda una

inversión de la carga de la prueba (en este sentido se han pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1996, rec 767/1996, entre otras).

Una gran problemática en la práctica es la obligación de la persona trabajadora de seguir acudiendo a su puesto de trabajo hasta que la empresa se lo autorice, o subsidiariamente, durante la tramitación del procedimiento judicial hasta que recaiga sentencia firme, teniendo en cuenta además que este procedimiento no goza de ninguna preferencia respecto a otros procedimientos judiciales -por ejemplo, la impugnación de la medida - a la hora de señalar la fecha de la vista.

Una opción, no carente de perjuicios ni de riesgos, es anunciar durante el procedimiento judicial -normalmente en el acto de conciliación- que deja de acudir a su puesto de trabajo considerando que sufre un perjuicio.

Este comportamiento, que ha sido amparado por la jurisprudencia, valga como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012, rec 3947/2011, lleva aparejada la imposibilidad de solicitar cualquier tipo de prestación o subsidio de desempleo, al no encontrarse en una situación legal de desempleo, toda vez que, sin perjuicio de la modificación posterior de la causa de extinción de la relación laboral tras la sentencia, el trabajador ha realizado una baja voluntaria a los efectos de la seguridad social.

Por lo tanto, no se tiene derecho a solicitar la prestación por desempleo ni cobrar el salario correspondiente a cargo de la empresa, a expensas de lo que se resuelva en el procedimiento judicial, asumiendo el riesgo de que la sentencia sea desfavorable y, por lo tanto, perder el trabajo, la indemnización y la posibilidad de solicitar la prestación por desempleo.

## **2. Ejemplos de modificaciones que causan un perjuicio para la persona trabajadora**

Las modificaciones más frecuentes que suele realizar la empresa son las reducciones salariales ligado muchas veces a una reducción de jornada, modificaciones de funciones que superan la movilidad funcional, así como los cambios de la distribución horaria.

El primer caso a analizar, quizás por ser uno de los más frecuentes, corresponden a aquellas modificaciones sustanciales que afectan al salario que percibe la persona trabajadora.

La jurisprudencia había entendido casi de manera unánime que toda reducción salarial - unido o no una reducción de jornada - suponía un perjuicio que justificaba la extinción de la relación laboral.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2016, rec 494/2015, analizó si una reducción salarial del 3'87%, requiere probar que la modificación ha causado un perjuicio al afectado por ella o si esa prueba no es precisa porque la

existencia del perjuicio se presume por el simple hecho de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta al salario.

En la citada sentencia, que consideró que no existía un perjuicio para la persona trabajadora, se recoge de manera pormenorizada una clara doctrina del derecho a la extinción:

1. Para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo (art. 217.1 LEC).
2. Es imposible presumir la existencia del perjuicio, al no existir ninguna disposición legal que lo permita.
3. La interpretación lógica, sistemática y finalista de los preceptos en presencia (art. 41.3 Et y art. 40.1 ET) muestra que en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la rescisión indemnizada del contrato se condiciona a la existencia de un perjuicio, lo que no hace en los supuestos de traslados en caso de movilidad geográfica, lo que evidencia que en estos casos si da por probado el perjuicio.
4. Que la modificación de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, pues en otro caso no se establecería la posibilidad de rescisión contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales (art. 50 ET).
5. No sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, económicas en este caso, que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos.

La citada sentencia, continúa indicando que, si el legislador hubiera querido que toda modificación sustancial de las condiciones de trabajo comportara el derecho a que las personas afectadas pudieran extinguir su contrato con derecho al percibo de la indemnización expuesta (art. 41.3 ET) y acceder a la situación legal de desempleo (art. 267.1.5º LGSS) debiera haber redactado el artículo 41.3 ET en otros términos.

Porque en él no hay automatismo, sino supeditación de la facultad tipificada a que concurra una circunstancia adicional a la de haberse introducido un cambio relevante en las condiciones de empleo.

Que el sujeto afectado resultase perjudicado significa que lo uno (introducción de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a la remuneración) no comporta lo otro (perjuicio). La realidad ha mostrado casos de alteración del sistema remunerador (por ejemplo, método para satisfacer comisiones) carentes de consecuencias desfavorables para determinados trabajadores.

De manera posterior, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 rec 822/2018 consideró que una reducción entorno al 5% no podría considerarse como de

suficiente entidad para tener derecho a la extinción, toda vez que la empresa había establecido una serie de compensaciones que limitaban el perjuicio.

Dicha sentencia consideró que, con referencia a la sentencia anterior del año 2016, la norma legal contiene una construcción algo paradójica, toda vez que no somete al régimen de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cualquier cambio remunerativo, sino solo aquellos que posee relevancia, trascendencia. Sin embargo, considera que no basta esa importancia para que surja el perjuicio que abre las puertas a la extinción.

Por ello, el tribunal Supremo entiende que «Nuestra doctrina ha intentado otorgar sentido y coherencia a esa regulación. Extrayendo las consecuencias lógicas de las reglas sobre carga probatoria (quien insta la resolución y afirma su perjuicio es quien debe acreditarlo, porque carecemos de una presunción legal de lesividad de la MSCT) y situando en un impreciso listón porcentual en torno al cinco/siete por cien el límite de lo que se considera constitutivo de perjuicio».

A mayor abundamiento, la sentencia hace referencia a las medidas adoptadas por la empresa para paliar los perjuicios ocasionados; cláusulas de recuperación de la reducción salarial relacionadas con la marcha de la empresa, reglas sobre renegociación de la rebaja salarial para la hipótesis de descenso de los impuestos a cargo de la empresa y por último, en caso de despidos objetivos, la indemnización legal se mejora y calcula sobre el salario sin reducción.

A modo de contraste, la Sentencia del Tribunal de Superior de Justicia de Cataluña de 5 de febrero de 2018 rec 7087/2017, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2016, reconoció el derecho a la extinción en una medida empresarial consistente en una demora en la reversión salarial pactada que alcanzaba el 14,44% del salario del trabajador, que se prolonga en un año y medio para un 3%, en dos años para otro 2,11%, y en tres años en el 9,33%, por lo que considera que se trata de una pérdida salarial significativa, con un perjuicio económico importante.

Por último, pero no por ello menos importante, el salario regulador a tener en cuenta siempre debe de ser el que percibía el trabajador antes de la reducción de jornada debido a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Por otro lado, también se ha considerado como procedente la extinción por modificación sustancial en un cambio de jornada que afecta a un segundo empleo, ya que impide la continuidad en la misma al resultar coincidente su horario de trabajo con el impuesto unilateralmente por el empleador, lo que determina un notorio perjuicio que no precisa más prueba específica, tal y cómo han considerado los tribunales, sino que se deduce por la vía de la presunción más elemental en virtud del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, en cuanto al cambio de jornada, podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha de 15 de julio de 2016 que considera que un cambio de jornada continua a jornada partida es una modificación sustancial que

perjudica al trabajador en el sentido de conceder la resolución indemnizada de la relación laboral.

Esta sentencia hace referencia a una jurisprudencia antigua, pero no por ello carente de valor y aplicable en la actualidad, que consideraba que concurre un perjuicio suficiente justificativo de la resolución contractual, en el cambio de horario del trabajador que pasaba de jornada de tarde a jornada de mañana (STS de 11/6/1987 -dos trabajos compatibles hasta el cambio de horario), así como supuesto similar en que el cambio de horario repercute negativamente sobre el desarrollo de una segunda actividad profesional (STS de 2/6/1987).

En relación al cambio de funciones, cumple recordar que cuando el cambio se limita a encomendar a funciones correspondientes a otra categoría incluida en el mismo grupo profesional de conformidad con lo establecido en el Convenio Colectivo aplicable no se trata de una movilidad funcional, y por lo tanto en ningún caso se tratará de una modificación sustancial, sino que se trata del ejercicio regular del *ius variandi* empresarial.

En consecuencia, y en relación con el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, mientras la modificación de funciones no exceda la definición del grupo profesional que realice el convenio colectivo de aplicación correspondiente en el que se haya clasificado al trabajador, el empleador puede exigir cualquiera de las funciones incluidas en él, sin que estemos ante una modificación sustancial.

Sólo para el caso de que se realicen funciones de índole superior o inferior de manera persistente en el tiempo, nos encontraremos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En cualquier caso, y para solicitar la extinción de la relación laboral, en relación con todo lo indicado anteriormente, será más justificable en el caso de que se realicen funciones inferiores que perjudiquen el desarrollo profesional.

### **3. Procedimiento a seguir por parte de la persona trabajadora**

No existe ningún requisito formal establecido por la legislación. A pesar de ello, siempre será recomendable que la solicitud de la persona trabajadora sea realizada por escrito, para dejar constancia de ello, y sobre todo, si posteriormente es necesario acudir a los tribunales ante la negativa empresarial.

No existe ningún plazo para su solicitud más allá del plazo general de un año del artículo 59 del Estatuto, y la extinción no es automática, sino que dependerá de la aceptación de la empresa.

De hecho, tampoco se establece ningún plazo para que la solicitud sea contestada por la empleadora, por lo que deja un margen de incertidumbre a la solicitud y a la necesidad o no del trabajador de presentar una demanda.

En función del caso concreto, el transcurso del tiempo, aun dentro del año que se tiene para solicitar la extinción, puede dificultar el hecho de acreditar un perjuicio por la modificación.

Por otro lado, no es necesario un preaviso, ya que la legislación no recoge dicha obligación. De hecho, entiendo que tampoco es una cuestión disponible por el trabajador por lo que cualquier pacto en contra sería nulo.

Ante una modificación sustancial establecida de manera unilateral por la empresa causando un perjuicio a la persona trabajadora, sería contrario al derecho a la extinción de la relación laboral para no soportar dicho perjuicio, el establecer ningún tipo de preaviso obligatorio.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 rec 3193/2016 considera que no es necesario un preaviso en el caso que se había establecido en una cláusula del contrato de trabajo la necesidad de un preaviso de tres meses para aquellas extinciones, entre otras causas, que sean decisiones unilaterales del trabajador.

En cuanto al procedimiento judicial, se trataría de una reclamación de derecho, por lo que es necesario presentar una papeleta de conciliación laboral y, en caso de no alcanzar un acuerdo en el acto de conciliación, una demanda en el juzgado de lo social.

A la solicitud de extinción de la relación laboral se puede anudar la reclamación de daños y perjuicios ocasionados. Éstos se reclaman en virtud del artículo 179 y 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y pueden corresponder al daño directo que le ocasiona la negativa empresarial a la solicitud de extinción, así como los daños morales asociados a la negativa empresarial.

Por ejemplo, en el caso de una reducción del salario la persona trabajadora sufre un perjuicio de cara a la futura prestación por desempleo que va a percibir en función del tiempo que tarde el procedimiento judicial. En este sentido, la cuantía del paro que se ha de percibir, así como la base reguladora por la cual cotiza el servicio de empleo público durante el tiempo que se percibe la prestación está basada en los 180 últimos días efectivamente cotizados.

Por ello, si el procedimiento se demora más de esos 180 días la cotización que realice el SEPE será inferior, y puede que también la prestación de paro que se percibe.

Por lo tanto, esta posible pérdida de prestación por desempleo es posible cuantificarla, además de, siendo más difícil de valorar, el daño que le causaría a una futura prestación de jubilación o incapacidad permanente por la pérdida de cotización durante el paro.

A esta cuantía, podríamos incluir una indemnización de daños morales cuando se ha vulnerado algún derecho fundamental durante el procedimiento de modificación sustancial.

Esta es una cuestión más compleja, puesto que, en dicho caso, lo normal sería acudir a la extinción de la relación laboral en virtud del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, y no del 41, que establece el derecho a la persona trabajadora a extinguir la relación laboral cuando haya existido una modificación sustancial que haya menoscabado la dignidad del trabajador.

