

LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO A LAS NECESIDADES PRODUCTIVAS DE LA EMPRESA TRAS LAS SUCESIVAS REFORMAS LABORALES (2010-2012)¹

Por Luis Antonio Fernández Villazón²

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La distribución irregular de la jornada.- 3. La modificación sustancial de condiciones de trabajo y el “descuelgue” del convenio colectivo como instrumentos de adaptación de la jornada.- 4. La reducción de jornada a través del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.-

1. Introducción.

La potenciación de la flexibilidad interna, como medio de permitir una adaptación de las empresas a las exigencias del mercado y la producción que no suponga destrucción de empleo, ha sido una constante del discurso político-laboral de las últimas décadas. De hecho, el legislador español, independientemente de su orientación ideológica, ha esgrimido el concepto en numerosas ocasiones a la hora de justificar las diversas reformas de la normativa laboral. Ejemplo claro de ello lo constituyen los Reales Decretos-Leyes 10/2010, 7/2011 y 3/2012. Todos ellos proclaman en sus respectivas exposiciones de motivos la flexibilidad interna como un objetivo, e introducen para conseguirla innovaciones importantes en los mecanismos de adaptación de las diversas condiciones de trabajo.

Pero no ha sido sólo el legislador quien ha manifestado interés por esta concepción de las relaciones de trabajo. Los interlocutores sociales llevan años tratando de potenciar la flexibilidad interna en las empresas a través de los

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D "Gestión del tiempo en la empresa y la Administración pública: problemas jurídicos, impacto económico y riesgos sociales" (Ref. DER2010-21686-C01-01), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo.

sucesivos acuerdos interconfederales para la negociación colectiva. El reciente II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva se mantiene en dicha línea, destacando la flexibilidad interna como uno de sus ejes vertebradores. Así pues, puede advertirse en este punto una línea de tendencia clara de nuestro Derecho del Trabajo, compartida en principio por las diversas instancias sociales y las diferentes orientaciones políticas.

La jornada y el tiempo de trabajo son claves en una estrategia de este tipo y, por ello, no han permanecido ajenas a las reformas ni a los planteamientos flexibilizadores de los actores sociales. Trataremos a continuación de ofrecer una visión de conjunto del alcance de las transformaciones realizadas en esta materia, que han conducido, como veremos, a una importante simplificación de los cauces procedimentales previstos en la Ley y, paralelamente, a un incremento sustancial de los poderes y facultades empresariales, así como de las posibilidades de ejercerlos de forma unilateral.

2. La distribución irregular de la jornada.

La búsqueda de una distribución más flexible de la jornada de trabajo es una constante de nuestro ordenamiento desde hace más de treinta años. Ya el Estatuto de los Trabajadores de 1980 preveía que los convenios colectivos pudiesen establecer una jornada de carácter anual, permitiendo un aprovechamiento del tiempo más flexible que los módulos tradicionales diario o semanal. Fue, no obstante, la reforma de 1994 la que dio en este punto un paso decisivo. Por un lado, adoptó el cómputo anual como el módulo tipo para el cálculo de la jornada máxima legal; por otro, abrió la posibilidad de que por convenio colectivo o, “en su defecto”, acuerdo de empresa se fijase la distribución irregular de la jornada. De esta manera, se obligaba a los empleadores, si querían aprovechar las posibilidades de gestión que les abre la distribución irregular, a negociar este extremo con los representantes de los trabajadores. No era posible pactar la distribución irregular en contrato de trabajo, ni imponerla por decisión unilateral. La llamada del legislador fue atendida por los negociadores. Los acuerdos interconfederales incluyeron esta posibilidad dentro de su política de impulso de la flexibilidad interna y numerosos instrumentos colectivos, especialmente los convenios de sector, comenzaron a establecer porcentajes de la jornada máxima anual que se convertían en bolsas de horas disponibles por la empresa para distribuir las irregularmente según lo exigiesen las circunstancias económicas y productivas.

Un paso adicional en este proceso lo dio el Decreto-Ley 7/2011, de reforma de la negociación colectiva al establecer, dentro del contenido mínimo

de los convenios colectivos, la obligación de pactar unos porcentajes máximos y mínimos en los que podría distribuirse irregularmente la jornada de trabajo. En defecto de pacto, la norma establecía un límite del 5 %. Con ello, a parte de un uso muy laxo y discutible, desde el punto de vista técnico, del concepto de “contenido mínimo” del convenio colectivo³, se introdujo por primera vez la posibilidad de disponer unilateralmente la distribución irregular de un 5 % de la jornada. La tarea de la negociación colectiva aquí queda reducida entonces a la posibilidad de aumentar el porcentaje establecido por la Ley. Tarea que ha sido también asumida por los interlocutores sociales en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, donde se recomienda que la distribución irregular de la jornada alcance al menos al 10% de la jornada anual.

En este punto la reforma laboral de 2012 se ha limitado a realizar mejoras técnicas de la regulación, sin afectar ni a su alcance ni a su contenido. El porcentaje del 5% de distribución irregular unilateral de la jornada se recoge ahora en el artículo 34, junto con el resto de las reglas generales sobre jornada, mientras que el artículo 85.2 ha visto reducida considerablemente su extensión, al limitarse ahora a establecer lo que puede calificarse como auténtico contenido mínimo esencial de la negociación colectiva. Tras el proceso descrito, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico español ha avanzado de forma muy acusada hacia un alto grado de flexibilidad en la distribución de la jornada. Dispone ahora el empleador de un número importante de horas para distribuir a lo largo del año según sus necesidades (90 en una jornada anual de 1800, por ejemplo), que pueden ser aumentadas notablemente a través de la negociación colectiva. A ellas han de unirse, además, las posibilidades ya abiertas por el recurso a las horas extraordinarias y su compensación por descansos.

3. La modificación sustancial de condiciones de trabajo y el “descuelgue” del convenio colectivo como instrumentos de adaptación de la jornada.

Como es sabido, el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores reconoce al empresario un poder de organización y dirección del trabajo, del que se deriva la facultad de concretar y especificar la prestación laboral, así como la de modificarla, adaptándola a los inevitables cambios organizativos que experimenta la empresa como algo consustancial a su naturaleza. Dicha facultad ha de moverse dentro de los límites establecidos por los artículos 39, 40 y 41. Éstos, por un lado, marcan la extensión de los que podemos llamar modificaciones ordinarias, susceptibles de ser adoptadas de forma unilateral

³ El dato fue puesto de relieve por la doctrina, que comenzó a distinguir entre un contenido mínimo “propio” y otro “impropio”, *vid.* MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.,

como manifestación natural del mencionado poder organizativo, por otro, habilitan, previo cumplimiento de determinadas condiciones y requisitos, a la adopción de alteraciones de mayor calado y, en consecuencia, sujetas por la ley a un mayor control. Es en ese contexto en el que debemos ahora analizar las posibilidades abiertas en el ordenamiento para la introducción de alteraciones en la jornada de trabajo, por lo que se hace insoslayable abordar con cierto detenimiento las reglas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET.

Dicho precepto ha enumerado siempre entre las condiciones susceptibles de modificación a la "jornada de trabajo" (art. 41.1 a)). Pese a ello, una interpretación doctrinal ha pretendido sostener que por esta vía sólo podían tramitarse las modificaciones relativas a alteraciones en la distribución regular de las horas de trabajo a lo largo del año, quedando fuera las distribuciones irregulares de jornada (que sólo pueden establecerse por convenio o acuerdo de empresa según el art. 34.2 ET) y las reducciones que lleven aparejada reducción proporcional del salario⁴. La jurisprudencia, sin embargo, no ha seguido tal criterio, al menos en lo que a las reducciones se refiere, pues no ha dudado en aplicarles el precepto con independencia del tipo que sean⁵.

El legislador, por su parte, parece haber confirmado la posición de los tribunales en las últimas reformas. En efecto, tras la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 10/2010, el artículo 41 incluye ahora dentro de la lista de condiciones susceptibles de modificación la "distribución del tiempo de trabajo", como concepto distinto del de "jornada de trabajo" y del de "horario". Con ello se deja claro que cuando el artículo 41 ET habla de jornada no se refiere a la distribución, sino precisamente a la cuantificación de la misma⁶. Así pues, cabe concluir que la reducción de jornada de un contrato de trabajo puede canalizarse a través del artículo 41, si concurren las causas económicas, técnicas organizativas o de producción que exige el precepto.

⁴ BEJARANO HERMÁNDEZ, A., *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 46; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., SERRANO OLIVARES, R., "Vicisitudes de la relación de trabajo", en VV. AA., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 1070 y 1071.

⁵ Sobre el particular *vid.* MIRANZO DÍEZ, J.J., "Reducción de la jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y vías procesales para recurrir", *Aranzadi Social*, nº 33, 2009.

⁶ El cambio tuvo un objetivo flexibilizador y pretendía que las distribuciones de la jornada establecidas en los convenios colectivos estatutarios no se considerasen reglas sobre jornada y, por tanto, inmodificables, tal y como había sostenido también un sector doctrina. Sobre el particular *vid.* ALFONSO MELLADO, C. L., "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en VV. AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 120. Una vez que la reforma de 2012 ha incluido todas las reglas sobre jornada dentro de las posibilidades de "descuelgue" del convenio, la diferenciación pierde gran parte de su sentido.

A partir de ahí se hace necesario aquilatar el ámbito de aplicación de la norma en relación con esa específica condición de trabajo. Por un lado, conviene identificar aquellas modificaciones que, por su escasa entidad, no merecen la calificación de sustanciales y, en consecuencia, no justifican la activación del procedimiento, pues entran dentro de ese poder ordinario de organización del trabajo que corresponde al empresario. Por otro, debemos plantearnos si pueden existir alteraciones de magnitud tal que excedan las previsiones del artículo 41 y no puedan tampoco adoptarse por dicha vía. Son numerosas las sentencias de los tribunales que se han pronunciado sobre la primera cuestión, señalando que un cambio de jornada de poca relevancia no alcanzaría la categoría de sustancial y, por lo tanto, podría adoptarse unilateralmente sin mayores limitaciones. Los que no están claramente determinados son los umbrales cuantitativos que permiten realizar tal afirmación. Así, en unos casos se ha considerado sustancial una reducción de la jornada diaria en 13 minutos, mientras que en otros se ha estimado no sustancial una de media hora⁷.

Sobre el segundo aspecto no es posible identificar un posicionamiento jurisprudencial concluyente. De hecho, la definición que se hace de la modificación sustancial en numerosos pronunciamientos, como aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros de modo notorio, parece apuntar a que el precepto está pensado precisamente para cambios muy relevantes, dejando fuera otros de cierta entidad pero que no alcanzan a suponer una alteración tan contundente de los términos del contrato. No en vano se ha tachado dicha definición de enfática y poco matizada, siendo censurable por dar pie a confusiones e interpretaciones excesivas del término "sustancial"⁸.

La doctrina, por su parte, ha hecho hincapié siempre en la existencia en el artículo 41 de unos límites tácitos derivados de la naturaleza de la institución y de su conexión sistemática con otras. De tal modo, el procedimiento no podría ser utilizado para alterar o transformar aspectos fundamentales de la relación laboral, pues la potestad conferida en él al empresario no puede suponer en ningún caso una abusiva indeterminación del objeto del contrato de trabajo y de sus condiciones principales. En otras palabras: no llega a eliminar la regla general del derecho común según la cual, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno sólo de los contratantes (art. 1256 CC)⁹. A partir de ese principio básico, hay quien ha sostenido que los cambios

⁷ Vid. sobre el particular SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 103; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., "La modificación sustancial de condiciones de trabajo. ejes de su configuración en el oscuro artículo 41 ET", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 3, 2009.

⁸ BEJARANO HERMÁNDEZ, A., *Modificaciones sustanciales...*, *op. cit.*, págs. 42 y 43.

⁹ CRUZ VILLAZÓN, J., "El artículo 41 ET tras la reforma de 1994" en VV. AA., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^a. E. Coords), La

del objeto contractual, es decir, los cambios que afecten decisivamente a las condiciones esenciales o básicas del contrato (entre las que se encuentra, sin duda, la jornada de trabajo), exigirían el acuerdo conjunto de ambas partes¹⁰. Nos parece ésta una interpretación adecuada, que impediría articular por el artículo 41 alteraciones de jornada tan importantes que supongan una ruptura del equilibrio contractual. El problema vuelve a ser el hecho de que no existe una frontera exacta, sino que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso concreto.

Dentro de tales alteraciones ha de incluirse, sin duda, las que supongan transformación de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa, para las que el artículo 12 ET exige el necesario acuerdo de las partes y prohíbe expresamente acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo¹¹. En la práctica esta regla resulta menos precisa de lo que pudiera parecer en un principio, pues el acuerdo se exige para la conversión de una modalidad de contrato en otra, pero no para las reducciones de jornada hechas dentro de un contrato que ya era a tiempo parcial. Tampoco en los casos en que se reduce el número de horas de trabajo de un contrato a tiempo completo sin que éste pierda tal condición¹². El problema surge, precisamente, a la hora de determinar cuándo estamos ante una reducción que supone la conversión del contrato y cuándo ante un simple ajuste de la jornada dentro de la misma modalidad. Nuestra legislación no da criterios para efectuar esa distinción, ni desde el punto de vista del tiempo trabajado, ni desde el de la retribución percibida. Ello nos remite de nuevo a una valoración casuística de cada situación en la que habrá de valorar si la

Ley, Madrid, 1994, pág. 125; PEDRAJAS MORENO, A, "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en VV. AA., *La reforma del mercado laboral* (VALDÉS DAL-RÉ, F. Dir.). Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 366; RIVERO LAMAS, J., "Modificación sustancial de condiciones de trabajo", en VV. AA., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García* (VILLA GIL, L. E. Coord.), Marcial Pons, Barcelona, 1995, pág. 271.

¹⁰ BEJARANO HERNÁNDEZ, A., SERRANO OLIVARES, R., "Vicisitudes de la relación de trabajo", *loc.cit.*, págs.1064 y 1065.

¹¹ En general, puede afirmarse que la modificación sustancial no está prevista para las alteraciones del régimen contractual. En este sentido, la STS 11-4-2005 (Rec. nº. 143/2004) señala que el artículo 41 "se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del apartado d) del artículo 12 ET para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial". En el caso concreto se resolvió que no era posible convertir vía modificación sustancial un contrato ordinario en otro de trabajo a domicilio.

¹² CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos a tiempo parcial", en VV. AA., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial* (CASAS BAAMONDE, M^a E. y VALDÉS DAL-RÉ, F. Coords.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 103. En el mismo sentido vid. CRUZ VILLALÓN, J., "Modificación del tiempo de trabajo", en VV. AA., *Tiempo de Trabajo* (APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J., Coords), Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 249.

medida adoptada concreta supone o no una alteración del régimen contractual¹³.

La reforma de 2012 ha introducido un importante cambio conceptual dentro de las modificaciones sustanciales, relativo a la distinción entre modificaciones colectivas e individuales. En concreto, se abandona el criterio anterior según el cual eran individuales las modificaciones reconocidas al trabajador a título individual, mientras que eran colectivas las reconocidas en un instrumento colectivo. Ahora la distinción se realiza exclusivamente en atención al número de trabajadores afectados, según los umbrales que indica el artículo 41.2 ET. Con ello se finaliza un proceso ya iniciado en 1994, cuando se abrió la posibilidad de que determinadas modificaciones colectivas fuesen tramitadas como si fueran individuales. El cambio busca sin duda la simplificación de la normativa, pero puede tener consecuencias imprevisibles sobre las relaciones colectivas de trabajo. Debe tenerse en cuenta que, con la nueva regulación, lo pactado por ejemplo en un acuerdo de empresa con los representantes de los trabajadores podrá modificarse sin necesidad de negociar con ellos, siempre que el número de afectados se sitúe por debajo de los mencionados umbrales.

La cuestión se agrava por el hecho de que el Decreto-Ley 3/2012 ha modificado también el concepto de conflicto colectivo del artículo 153.1 de la Ley de Jurisdicción Social, con el fin de aclarar que en las modificaciones individuales de condiciones de trabajo no procede interponer un conflicto de esa naturaleza. Ello implica, en el ejemplo anterior, que los representantes, no sólo no tienen que ser consultados para modificar un acuerdo al que ha llegado con ellos la empresa, sino que tampoco tendrán la posibilidad de impugnar colectivamente la decisión empresarial. Al generalizarse así los problemas aplicativos que ya se planteaban con las antiguas modificaciones colectivas que eran tratadas como individuales, surgen dudas sobre la conformidad de la reforma en este punto con el derecho a la libertad sindical y con la propia tutela judicial efectiva.

Otra novedad introducida en 2012 es la desaparición en el artículo 41 de toda mención a la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario. Ahora, dichas modificaciones deben tramitarse por el nuevo procedimiento de inaplicación en la empresa de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, regulado en el artículo 82.3 ET. Éste ya no prevé un simple descuelgue salarial, sino que abarca ahora a toda una serie de condiciones, entre las que se encuentran la jornada, su distribución y el horario de trabajo. Desde el punto de vista dogmático, parece ésta una mejora importante de la regulación, que evita confusiones y viejas dudas

¹³ Sobre el particular *vid.* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “La reducción de la jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales”, *Relaciones Laborales* (en prensa).

interpretativas. Además, al describirse con mayor detalle y precisión las causas que pueden dar lugar a la inaplicación, se clarifican y racionalizan las condiciones en que es lícito proceder a un “descuelgue” del convenio.

Pero la norma no se ha limitado a reordenar y estructurar la normativa sobre la materia. Se han introducido también cambios de gran calado que amplían enormemente las posibilidades de adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades productivas o económicas de la empresa. En primer lugar, las reglas que pueden inaplicarse del convenio estatutario ya no son sólo las relativas a la distribución de la jornada y el horario de trabajo, sino que se han incluido las relativas a la jornada propiamente dicha. De tal manera, resultan ahora disponibles los límites máximos establecidos en dichos convenios, facilitándose la implantación de políticas de ampliación de la jornada de trabajo sin compensación retributiva, en lo que parece ser la nueva tendencia de los tiempos. Si antes hablábamos de la existencia de varias “jornadas máximas” (la del artículo 34 ET y las establecidas por los respectivos convenios colectivos), ahora sólo la primera parece merecer tal calificativo, entendido como referencia al límite infranqueable que se impone a las instancias inferiores de regulación de las relaciones de trabajo.

En segundo lugar, ya no es imprescindible el acuerdo de los representantes de los trabajadores (o de las comisiones negociadoras elegidas *ad hoc* por los trabajadores) para proceder a la inaplicación. A falta de acuerdo, se inicia un complejo trayecto a través de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales (comenzando por la intervención de la Comisión Partidaria del convenio afectado), que puede terminar con la imposición de un arbitraje obligatorio (por solicitud de cualquiera de las partes). El arbitraje, o la designación del árbitro, se encomienda en el ámbito estatal a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y en las Comunidades Autónomas “a los órganos correspondientes”. Expresión que habrá de entenderse referida a los diversos órganos de participación institucional en materia laboral que se han constituido en los diferentes ámbitos autonómicos. Al margen de las dudas de constitucionalidad que ya ha suscitado la medida, no deja de ser llamativa esta recuperación de figuras del pasado, que se creían hasta el momento superadas. En efecto, el recurso a arbitrajes obligatorios a cargo de organismos públicos de carácter participativo, fue una constante en los sistemas europeos de relaciones laborales de la primera mitad del siglo XX.

4. La reducción de jornada a través del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

Fue ésta, en cierto modo, la medida “estrella” de la reforma laboral de 2010. Se pretendió entonces la importación del tan traído y llevado “modelo

alemán”, fomentando la reducción temporal de jornada como alternativa al despido colectivo. No supuso ello en puridad una novedad absoluta dentro de nuestro ordenamiento. Lo cierto es que las reducciones de jornada por las causas y por el procedimiento previstos para la suspensión del contrato de trabajo en situaciones de crisis ya estaban recogidas en la Ley. No se aludía expresamente a ellas en el ET, pero sí se las mencionaba en la normativa sobre la prestación de desempleo. En concreto, la Ley General de Seguridad Social preveía la posibilidad de acceder al desempleo parcial, cuando el trabajador viese temporalmente reducida su jornada de trabajo en al menos una tercera parte, siendo la reducción autorizada "por un periodo de regulación de empleo" (art. 203.3 LGSS). Así pues, la actuación del reformador en este punto no fue tanto la de incluir un nuevo instrumento de gestión de la crisis, como la de recordar la posibilidad de acudir a uno ya existente, fomentando su utilización a través, por un lado, de una regulación más clara y flexible, así como, por otro, de un mayor incentivo económico de la medida.

El Decreto-Ley 3/2012 es continuista en este punto respecto de la ya realizado en 2010. La intención de fomentar el recurso a este mecanismo de adaptación se reafirma y se da un paso clave en la simplificación del procedimiento, al eliminar la exigencia de autorización administrativa para su realización. El control del fraude en las prestaciones por desempleo, una de las razones por las que se había mantenido la exigencia de autorización, se consigue ahora a través de la comunicación, a la autoridad laboral y a la entidad gestora de dichas prestaciones, tanto del inicio del procedimiento, como de la decisión adoptada finalmente por el empresario sin acuerdo de los representantes de los trabajadores. En los supuestos de acuerdo, además, se prevé la impugnación del mismo cuando “pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”.

Lo que no ha realizado adecuadamente ninguna de las dos reformas mencionadas es la delimitación de la medida prevista en el artículo 47 con otras fórmulas posibles en nuestro ordenamiento para conseguir efectos similares. En concreto, con las reglas de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Y es que, como pondremos de relieve en las líneas que siguen, ninguno de los criterios distintivos que podrían ser útiles al efecto resulta, a la postre, definitivo. Tal es el caso, desde luego, del criterio de la temporalidad. En un primer momento, cabría sostener que el artículo 41 está configurado para la adopción de medidas de carácter indefinido, lo que permitiría establecer un claro deslinde con el 47, centrado en las suspensiones del contrato (temporales por naturaleza) y, por extensión, en las reducciones de carácter coyuntural. Sin embargo, nada en la regulación de las modificaciones sustanciales permite concluir que el mecanismo se encuentre cerrado a las medidas de carácter temporal, lo cual parece apuntar a que son también

admisibles, por más que lo normal sea que se adopten sin referencia al dato temporal y, por tanto, se consideren tácitamente indefinidas¹⁴.

Otro punto de distinción pueden constituirlo las causas exigidas para realizar ambas medidas. Tanto el artículo 41 como el 47 exigen la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero la descripción que de ellas se hace difiere de uno a otro precepto. En principio, la modificación sustancial de condiciones de trabajo responde a una situación fisiológica de la empresa y permite adoptar decisiones de gestión ordinaria que ayudan a la organización a adaptarse a las circunstancias que se le presentan. Por el contrario, la reducción del artículo 47, al igual que la suspensión de los contratos de trabajo del mismo precepto y el propio despido colectivo, se conciben como medidas paliativas en el marco de un proceso de crisis empresarial ya desencadenada¹⁵. La modificación respondería a circunstancias ordinarias de menor gravedad, los expedientes a situaciones patológicas graves.

Sin embargo, esta inicial conceptualización de ambas vicisitudes del contrato había quedado sensiblemente desdibujada tras la cadena de reformas flexibilizadoras que se han ido sucediendo hasta la Ley 35/2010. En efecto, las definiciones de las causas en uno y otro precepto habían llegado a ser muy similares, lo que difuminaba mucho la frontera entre unas y otras medidas de ajuste. De hecho, podía afirmarse que las justificaciones causales de ambas situaciones se habían aproximado, quedando las dos configuradas como herramientas ordinarias de gestión del personal y permitiéndose al empresario un mayor margen de libertad para decidir cuál es la medida de ajuste más adecuada a la situación concreta de su organización¹⁶. El Real Decreto-Ley 3/2012 ha supuesto una ligera inflexión en esta evolución.

En efecto, mientras que las causas de los despidos colectivos, de las suspensiones del contrato y de las reducciones de jornada se mantienen en un tono muy similar al de la normativa anterior (eso sí, más simplificado), las descritas en el artículo 41 se definen ahora de forma muy genérica, con una simple mención a que se consideran tales “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. Parece recuperarse así la idea de que la causalidad del artículo 41 es más permisiva, flexible y menos exigente que la de los artículo 51 y 47. Ello no obstante, siguen manteniéndose importantes zonas de concurrencia, en las

¹⁴ PEDRAJAS MORENO, A, "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", *loc. cit.*, pág. 377.

¹⁵ FERRADANS CARAMÉS, C., "La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo", *Temas Laborales*, nº. 107/2010, págs. 234 y 235.

¹⁶ LLANO SÁNCHEZ, M., "La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, nº. 22, 2010, págs. 2634 y 2635.

que la dirección de la empresa podría seguir eligiendo indistintamente entre unas medidas y otras.

El artículo 47 ET señala que a sus efectos se entenderá por reducción la disminución temporal de entre un 10% y un 70% de la jornada. Parece, pues, que no pueden encauzarse por esta vía reducciones fuera de tales umbrales porcentuales. Sin embargo, nada obsta el precepto para que puedan adoptarse reducciones mediante otros mecanismos, especialmente a través del artículo 41, tanto fuera como dentro de dichos límites. Es evidente que una reducción de entre el 10 y el 70 % de la jornada encaja en el concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, dada la difuminación de la frontera entre las causas justificativas de las distintas medidas de ajuste que hemos puesto de relieve, no van a ser extrañas las situaciones en que pueda optarse entre un procedimiento u otro.

La reducción como modificación sustancial puede llegar algo más lejos, ya que, por ejemplo, un 10 % de una jornada de 8 horas diarias supone 48 minutos y los tribunales han declarado sustanciales reducciones de menor entidad. Más dudas plantea la posibilidad de que pueda acordarse vía artículo 41 una reducción de la jornada por encima del 70 %. Es muy probable que tales casos queden fuera por exceso del ámbito de aplicación del precepto, por suponer una alteración demasiado importante del objeto del contrato. En puridad, una tal modificación estaría más cerca de una suspensión del contrato que de un ajuste de jornada¹⁷.

Podemos concluir, en definitiva, que la modificación sustancial de la jornada y la reducción por la vía del antiguo expediente de regulación de empleo se comportan bajo la actual regulación como conjuntos secantes: diferenciados entre sí, pero coincidentes en un amplio espacio de intersección. En la actualidad, esa concurrencia se ha hecho todavía mayor, desde el momento en que los procedimientos son ahora también muy similares, al desaparecer la preceptiva autorización administrativa en las reducciones de jornada del artículo 47. La única diferencia que persiste parece ser el hecho de que en éste último precepto es siempre obligatorio plantear un periodo de

¹⁷ VELASCO PORTERO, M^a. T., FRÖHLICH, M., "La reducción de jornada por motivos económicos: el modelo alemán como referencia", en VV. AA., *La reforma Laboral de 2010* (SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 346. Debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 47 ET introduce, desde 2010, una definición de reducción de jornada tan amplia que produce un solapamiento conceptual con la figura de la suspensión. En consecuencia, dependiendo de la forma en que finalmente se resuelva dicho solapamiento, podría resultar que la trascendencia de los porcentajes mínimos y máximos fijados para la reducción fuese mínima, pues las medidas que los incumpliesen podrían adoptarse en forma de suspensión. Sobre el particular *vid.* SOLÁ MONTELS, X., "La suspensión del contrato y la reducción de jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y a la luz de la futura reforma del reglamento de procedimientos de regulación de empleo", ponencia a las *XII Jornades catalanes de Dret social: Les reformes Laborals de 2010* (Lleida, febrero de 2011), págs. 4 a 8 (ejemplar mecanografiado).

consultas con los representantes de los trabajadores, mientras que el artículo 41 sólo lo exige para las modificaciones de carácter colectivo.

Si la opción en numerosos casos puede ser indistinta para la empresa, no lo es tanto para los trabajadores. Es preciso recordar que la reducción del artículo 47 es necesariamente temporal y garantiza la percepción por los afectados de las prestaciones de desempleo, ya sea como desempleo total, ya sea como parcial. En contraste, la modificación sustancial de condiciones puede ser temporal o indefinida y ante ella la única forma que tendrían los trabajadores de acceder al desempleo sería la de rescindir sus contratos de trabajo¹⁸. No parece razonable dejar una decisión tan trascendente para los derechos de los empleados casi totalmente en manos del empleador.

Al respecto, pueden formularse dos propuestas de solución de *lege ferenda*, ambas facilitadas por la aproximación de los procedimientos realizada en 2012. Una consistiría en la remisión al procedimiento del artículo 47 de todos los supuestos de reducción de jornada con disminución proporcional del salario. Las empresas seguirían gozando de un amplio margen de flexibilidad a través de la modificación de la distribución del tiempo de trabajo y del horario por la vía del artículo 41, pero los trabajadores ganarían cotas de seguridad en alteraciones que afectan directamente a su poder adquisitivo. La segunda supondría extender el derecho a acceder a la prestación por desempleo a todos los supuestos de reducción de la jornada como fórmula de regulación de empleo, hayan seguido el artículo 47 o el 41. Para ello, bastaría con extender los mecanismos administrativos de control previstos en el primero de los preceptos citados al segundo.

Si el procedimiento del artículo 47 difiere del establecido en el 41 en que es siempre obligatorio abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, vuelve a concurrir con él a la hora de regular la impugnación de la decisión finalmente adoptada por el empresario. En efecto, señala la nueva redacción del precepto que la impugnación por la vía del conflicto colectivo sólo procederá “cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 de esta Ley”. Vuelve el Decreto-Ley 3/2012 a insistir en un apartamiento parcial del concepto clásico de conflicto colectivo, que lo concibe como el que afecta a un interés general de un grupo genérico de trabajadores,

¹⁸ La legislación de Seguridad Social no conceptúa las reducciones de jornada realizadas a través del artículo 41 como susceptibles de generar una situación de desempleo, ni de carácter total, ni parcial. Así pues, la pérdida de salario que pueden suponer no se compensará por esa vía. El único camino que tiene abierto el trabajador afectado para convertirse en receptor de la prestación es rescindir el contrato de trabajo, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 41.3 ET. Para esos casos la Ley General de Seguridad Social sí establece que el trabajador que opta por la resolución voluntaria se encuentra en situación legal de desempleo (art. 208.1 1) e)). Vid. STS 18-9-2008 (1875/2007). Vid. también CRUZ VILLALÓN, J., “Modificación del tiempo de trabajo”, *loc. cit.*, pág. 251.

con independencia del número de afectados. Se produce así una reducción de la capacidad de acción de los representantes de los trabajadores, que puede llevar a situaciones paradójicas, tal y como vimos al hablar de las modificaciones sustanciales. El fenómeno es, sin duda, merecedor de una reflexión más profunda en otro lugar, pues podría suponer el primer paso de un replanteamiento legal de la dimensión colectiva de las relaciones laborales.