



Artículo 1
Toda persona...

R=N+A



COLECCIÓN APUNTES UNIVERSITARIOS

DERECHO DEL TRABAJO II

GRADO DERECHO

9 Créditos

DOBLE GRADO ADE - DERECHO

9 Créditos

DOBLE GRADO DERECHO - CIENCIAS POLÍTICAS Y DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

9 Créditos

DOBLE GRADO DERECHO - CRIMINOLOGÍA

9 Créditos

Pillatoner
Tot en cartutxos de tinta i toners per a impresora

Pillapuntes
Venda d'apuntes universitaris i consumibles informàtics

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la editorial.

Edita e imprime: PILLATONER SL

Autor: Eva Martínez Pujades

C/ Ramón Llull, 45 bajo – 46021 – Valencia

Teléfono: 96 304 57 13

E-mail: pillatoner@yahoo.es

Fecha edición: Marzo 2015

Prólogo

Pillatoner SL, es una empresa dedicada a la edición y venta de apuntes para universitarios. Somos una empresa joven que tiene por objetivo lograr dotar al estudiante universitario de un material de apoyo adicional a los ya existentes (manuales, asistencia a clase, material de reprografía, etc.)

Es por ello que recopilamos los apuntes de aquellos alumnos que asisten regularmente a clase, que completan sus apuntes con manuales, así como con conocimientos previos. Ofrecemos al estudiante, un resumen de lo más imprescindible de cada asignatura, con el fin de que sirva de material adicional (adicional porque sin conocimientos previos, difícilmente valdrá de algo esta compilación de apuntes), a los métodos ya existentes.

Esperemos que con esta colección, la vida universitaria se haga al estudiante más corta y fructífera. Suerte y a estudiar, que es el único método conocido (exceptuando las chuletas), de aprobar la carrera.

Temario

Tema 1. La prestación laboral: determinación y modificación

- La determinación de la prestación de trabajo
 - Determinación de las funciones
 - El rendimiento debido
 - Circunstancias de la prestación: lugar y tiempo
 - El deber de la buena fe y otras obligaciones del trabajador
- Las modificaciones contractuales
 - La modificación del contrato de trabajo
 - La movilidad funcional
 - La modificación sustancial de las condiciones de trabajo
 - La movilidad geográfica

Tema 2. Tiempo de trabajo y períodos de descanso

- La jornada ordinaria de trabajo
 - La duración de la jornada ordinaria
 - La distribución de la jornada ordinaria
 - El cómputo de la jornada (límites legales)
 - Jornadas especiales en actividades determinadas
 - Jornadas especiales por circunstancias personales
- Las horas extraordinarias
 - Horas extraordinarias comunes
 - Horas extraordinarias por fuerza mayor
- Las horas recuperables
- El horario de trabajo
 - Jornada continuada o jornada partida
 - Horario rígido y horario flexible
 - Trabajo a turnos
- El calendario laboral
- El descanso semanal
- Las fiestas laborales
- Las vacaciones anuales

Tema 3. La prestación salarial

- Concepto legal de salario
 - Salario y percepciones extra salariales
 - Salario en dinero y en especie
- Sistemas salariales
- Estructura del salario
 - Salario base
 - Complementos salariales
 - Salario global
- Determinación del salario
- La absorción y compensación salarial
- Pago del salario
- La protección del salario
- El fondo de garantía social

Tema 4. Derechos del trabajador y poderes empresariales

- Los derechos del trabajador
 - El derecho a la no discriminación
 - Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa
- Los poderes del empresario
- El deber de rendimiento
- El deber de buena fe contractual

Tema 5. Las vicisitudes del contrato de trabajo

- La interrupción de la prestación laboral
 - Por voluntad del trabajador
 - Por causas imputables al empresario y por fuerza mayor
- La suspensión del contrato de trabajo
- Las excedencias laborales
 - Caracterización general y tipos de excedencia
 - La excedencia voluntaria ordinaria
 - La excedencia para cuidado de familiares
 - Excedencias pactadas

Tema 6. Extinción del contrato de trabajo

- La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario
 - El despido disciplinario
 - El despido colectivo
 - El despido por fuerza mayor
 - El despido por causas objetivas
- La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador
 - El libre desistimiento del trabajador
 - Resolución con causa justificada
 - Dimisión de la trabajadora víctima de violencia de género
- La extinción del contrato por otras causas

Tema 7. Libertad sindical y derecho de asociación

- Concepto y reconocimiento constitucional de la libertad sindical
 - Concepto de sindicato
 - Evolución histórica del sindicato
 - Normativa internacional sobre libertad sindical
 - Normativa española
 - Tutela de libertad sindical
- Libertad sindical individual
 - Constitución del sindicato
 - Depósito de estatutos
 - Derecho de afiliación
 - Libertad sindical individual negativa
- Libertad sindical colectiva
 - Libertad sindical colectiva: organización del sindicato
 - Actividad sindical
 - Capacidad procesal del sindicato
 - Responsabilidad del sindicato
- Tipología de sindicatos según su representatividad
 - Los distintos tipos de sindicatos en el ordenamiento español
 - Derecho reconocidos a todos los sindicatos

- Participación institucional de los sindicatos
- Asociaciones empresariales y de trabajadores autónomos

Tema 8. Representación y participación de los trabajadores en la empresa

- Los dos canales de representación en la empresa
- La representación unitaria
 - o La estructura de la representación unitaria
 - o El número de representantes
 - o Los criterios legales de funcionamiento de los representantes unitarios
 - o El procedimiento electoral
 - o Regulación del mandato representativo
 - o Las competencias de los representantes
 - o Las garantías y facilidades de los representantes
- La representación y acción sindical en la empresa
 - o Los derechos de los afiliados a los sindicatos
 - o Las secciones sindicales
 - o Los delegados sindicales
- La representación especializada en materia de prevención de riesgos laborales
 - o Los delegados de prevención
 - o El comité de seguridad y salud
- Los órganos de representación de los funcionarios en las administraciones públicas
- La representación y participación en empresas de dimensión comunitaria
- El derecho de reunión

Tema 9. La negociación colectiva

- La constitución y los distintos tipos de negociación colectiva
 - o Los distintos tipos de pactos colectivos

- Los acuerdos colectivos
 - o Los acuerdos sectoriales
 - o Los acuerdos interprofesionales
- Los convenios colectivos ordinarios
 - o Las unidades de negociación
 - o Concurrencia de convenios e inaplicación de condiciones de trabajo convencionales
 - o La legitimación para negociar
 - o El procedimiento de negociación
 - o El contenido de los convenios colectivos
 - o La administración e interpretación del convenio
 - o La impugnación judicial del convenio colectivo
 - o El control administrativo del cumplimiento del convenio colectivo
 - o La duración del convenio colectivo
 - o La adhesión y extensión
- Los convenios colectivos extraestatutarios
- Otros acuerdos colectivos
- La concertación social
- La negociación colectiva en las administraciones públicas

Tema 10. Conflictos colectivos

- La huelga
 - o Titularidad del derecho de huelga
 - o Las motivaciones de las huelgas
 - o Huelga y servicios esenciales
 - o Finalización de la huelga
 - o Los efectos de la huelga
- El cierre patronal
- Procedimientos para la solución de conflictos colectivos

Tema 11. Derecho de la seguridad social

- Organización
 - El sistema español de seguridad social
 - Inscripciones de empresas, afiliación, altas y bajas
 - Financiación, cotización y recaudación
- Acción protectora
 - Régimen jurídico general de las prestaciones
 - Prestaciones por asistencia sanitaria
 - La incapacidad permanente
 - Jubilación
 - Muerte y supervivencia
 - Prestaciones familiares
 - Desempleo

TEMA 1. LA PRESTACIÓN LABORAL: DETERMINACIÓN Y MODIFICACIÓN

La determinación de la prestación de trabajo

Objeto del contrato de trabajo y determinación de la prestación laboral

Los requisitos para la validez de cualquier contrato son:

- Causa
- Consentimiento
- Objeto

El objeto ha de ser cierto y que sea materia del contrato.

En el caso del contrato de trabajo el objeto lo forman:

- La prestación laboral.
- La obligación del trabajador.
- La prestación salarial.
- La obligación del empresario.

Determinación de las funciones: la clasificación profesional

La noción de clasificación profesional tiene un doble sentido:

- **Los sistemas de clasificación profesional:** (art. 22 ET) En sentido **objetivo** ha de ser entendida como el sistema de clasificación profesional aplicable a una empresa:
 - o Los grupos profesionales (artículo 22.1 ET) y la desaparición de las categorías

***22.1.** Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales.*

- o La definición de grupo profesional (artículo 22.2 ET)

***22.2.** Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y*

podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.

Se trata de unidades clasificatorias menores que pueden contribuir a una determinación mayor de la prestación debida por el trabajador.

- La prohibición de discriminación (artículo 22.3 ET)

22.3. *La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres.*

- Mecanismos de establecimiento:
 - negociación colectiva
 - acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores

La reforma de 2012 ha modificado el planteamiento anterior y ahora el sistema de clasificación ha de organizarse necesariamente por grupos profesionales. La disposición adicional 9ª Ley 3/2012: *“en el plazo de un año (desde su entrada en vigor) los convenios colectivos en vigor deberán adoptar su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico”.*

- **La clasificación profesional del trabajador:** en sentido **subjetivo**, como la concreta ubicación del trabajador en los grupos o especializaciones previstas a él a efectos de saber cuáles son las funciones que debe desarrollar en la empresa:

22.4. *Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.*

La determinación del contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo compete al acuerdo individual entre el trabajador y el empresario. La relevancia de este momento individual de la clasificación se traduce, de un lado, en que el contrato individual, a la hora de clasificar al trabajador, no está vinculado por la profesionalidad subjetiva ostentada por el trabajador, y de otro, porque solo está obligado limitadamente por el sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa.

- **Determinación contractual.** Posibilidades para proceder a la determinación de las concretas funciones a desarrollar por el trabajador:
 - Grupo profesional del convenio: En el caso más normal se asigna al trabajador en el contrato un determinado grupo profesional según la tabla de clasificación profesional existente en la empresa. El trabajador se compromete así a las funciones que correspondan a ese grupo profesional o a la unidad clasificatoria inferior que se le asigne, según el convenio colectivo o acuerdo de empresa aplicable. El acuerdo puede ser expreso o tácito.
 - Descripción de funciones:

Es posible asignar al trabajador en el contrato unas determinadas funciones. No es necesario que las mismas coincidan con las incluidas en grupos establecidos en la tabla de clasificación profesional puesto que el art. 22.4 confía la determinación del objeto de la prestación al acuerdo individual.
 - Polivalencia funcional. Art. 22.4 (criterio de la prevalencia)

Es la realización de funciones propias de más de un grupo. La polivalencia debe ser pactada expresamente, sin que pueda deducirse del hecho que, en virtud del genérico deber de obediencia, un colectivo de trabajadores haya aceptado el desarrollo de funciones diferentes a las de la categoría que tienen asignadas.
 - Nada

- Nivel retributivo

Prima aquí el principio de **adecuación funciones-clasificación**: es preciso que el grupo en que quede clasificado el trabajador tiene que corresponderse con la prestación o funciones pactadas y efectivamente desarrolladas. Si no hay adecuación porque la prestación desarrollada no corresponde a la prevista formalmente, el trabajador puede reclamar que se le clasifique correctamente.

En el caso de la polivalencia funcional, hay que equiparar al trabajador, según la ley, al grupo profesional correspondiente a las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo. Se consagra con ello el *principio de prevalencia*, cuyo efecto es que el trabajador no tendrá los derechos correspondientes a la clasificación superior. El convenio colectivo, no obstante, podrá mejorar lo dispuesto en la ley en beneficio de los trabajadores estableciendo para estos supuestos el *criterio de la preeminencia*, obligando, esto es, a que la equiparación se realice en atención a las funciones correspondientes a categoría o grupo profesional superior.

La falta de adecuación entre función y categoría puede ser:

- **Originaria**: desde el inicio del contrato, las funciones desarrolladas por el trabajador no se corresponden con la categoría que se le ha asignado. Con base en el art. 22ET el trabajador puede reclamar la clasificación correcta desde el primer momento, siempre que cumpla con los requisitos para ostentarla.
- **Sobrevenida**: no tiene lugar desde el inicio del contrato, se genera una expectativa de ascenso a su favor. Resultan de aplicación aquí las reglas del art. 39.2 ET. En consecuencia, aparte de que el convenio colectivo puede fijar límites sustantivos o procedimentales al ascenso, es necesario que la situación de desarrollo de funciones diferentes se haya prolongado en el tiempo.

Partiendo de la existencia de un sistema objetivo de clasificación profesional aplicable en la empresa, bastará con acordar en el contrato de trabajo la clasificación subjetiva del trabajador en aquél para, de este modo, determinar indirectamente sus funciones.

El rendimiento debido

La cantidad de trabajo que deber ser prestado viene determinado por la noción de rendimiento. El ET establece que uno de los deberes básicos del trabajador es el de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de diligencia (art 5.a).

Este deber se concreta en el art. 20.2 ET:

***20.2.** En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.*

Y como garantía del efectivo cumplimiento, se enumera entre las causas de despido disciplinario la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

Aun cuando el artículo 20.2 ET no lo prevé expresamente, la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de pactos individuales sobre el rendimiento. Además, el artículo 54.2.e) ET se refiere expresamente al rendimiento pactado, siempre que no sean abusivos.

El problema fundamental que plantea el rendimiento debido surge a la hora de medir o determinar el mínimo al que un trabajador se obliga. Conviene distinguir entre:

- Trabajos que no pueden ser medidos objetivamente. Dentro de estos se encuentran los trabajos intelectuales en sentido amplio. En estos casos el rendimiento exigible viene establecido en base a criterios generales e indeterminados, normalmente negativos, tales como la eficacia, culpa grave, negligencia manifiesta. Una forma de objetivar el alcance del deber de rendimiento se encuentra en el recurso a parámetros comparativos.

- Trabajos objetivables. Los rendimientos de los trabajos objetivables eran fijados tradicionalmente por costumbre local o profesional. Esto es, la practica repetida y un sentimiento inconcreto de conocer con qué ritmo se cumple y con qué ritmo se incumple. Los sistemas de medición son el sistema Bedaux, el Crea,...

Es posible que la fijación del rendimiento se produzca a diversos niveles: de un lado, existe un rendimiento mínimo exigible en todo caso, por debajo del cual este se puede colocar en situación de incumplimiento contractual a efectos del ejercicio del poder disciplinario; de otro, se prevén niveles superiores que posibilitan al trabajador alcanzar retribuciones superiores a medida que vaya alcanzando también rendimientos superiores.

Circunstancias de la prestación: lugar y tiempo

Las normas laborales en este sentido guardan silencio. Por tanto, corresponde al contrato determinarlas.

Conforme al principio general de libertad de forma del artículo 8 ET, la fijación puede ser expresa o tácita. Pero el empresario debe informar por escrito al trabajador del lugar (centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios habitualmente) y el tiempo de la prestación (duración y distribución de la jornada ordinaria, vacaciones).

El deber de buena fe y otras obligaciones del trabajador

El ET exige al trabajador cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de buena fe y diligencia (art. 5.a)). Por otro lado, el Estatuto enumera entre los deberes básicos de los trabajadores cuantos se deriven en su caso de los respectivos contratos de trabajo (5.e))

- **El deber de buena fe y sus concreciones.**

Debe tenerse en cuenta el artículo 20.2 ET: *'' En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. ''*

Por su parte, el artículo 54.2.d) considera incumplimiento contractual y causa de despido disciplinario la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

El deber de buena fe es bidireccional. Sin embargo no debe confundirse el deber de buena fe contractual con el deber de lealtad y fidelidad al interés empresarial.

En su sentido más estricto la buena fe es:

- Un canon hermenéutico de la voluntad de las partes.
- Una fuente de integración del contenido normativo del contrato.
- Un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes.
- Un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas.

Todo ello con la finalidad de que el intercambio contractual no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza.

Otras obligaciones:

- o Obligación de denunciar al empresario en cualquier entorpecimiento que observase en su trabajo, faltas en el material, en los instrumentos de trabajo o en las máquinas.
- o Obligación de no ocasionar perjuicios a la empresa en los locales, máquinas e instrumentos de trabajo.
- o Obligación de abstenerse de aceptar propinas, regalos o cualquier otra ventaja que constituyera soborno para hacerle incumplir sus deberes contractuales.
- o Obligación de mantener los secretos relativos a la explotación y negocios del empresario. Esta obligación se exige también después de la extinción del contrato. Podemos hablar aquí el sigilo profesional.
- **La prohibición de competencia desleal.**
 - o Artículo 5.d) ET: los trabajadores están obligados a no concurrir con la actividad de la empresa.
 - o Art. 21 ET, concreta el alcance de esta obligación, debiendo distinguir dos situaciones:
 - La prohibición de concurrencia durante la vigencia del contrato de trabajo.

El artículo 21.1 ET prevé: **21.1.** *No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.* Lo prohibido es pues, la concurrencia desleal, no el pluriempleo.

- Aparentemente la prohibición se refiere únicamente al trabajo por cuenta ajena para otra empresa concurrente. Sin embargo, la jurisprudencia entiende igualmente prohibido hacer competencia al empresario como trabajador por cuenta propia.
- La concurrencia prohibida ha de ser en todo caso desleal. Para ser relevante, la prestación de servicios en dos empresas dedicadas a la misma actividad ha de ser habitual y no esporádica. La deslealtad puede definirse como la disponibilidad y aprovechamiento de datos internos de la empresa, de información acerca de su organización y técnicas productivas, de los circuitos financieros y comerciales, así como de relaciones personales con proveedores, clientes, etc. En consecuencia, aunque se trabaje en una empresa de la competencia, no existe concurrencia desleal si en la actividad concreta que desarrolla el trabajador faltan esos requisitos → Tiene que haber un principio de ejecución dotado de intencionalidad suficiente, si bien no es necesario que se haya materializado la puesta en marcha y funcionamiento de la nueva empresa.
- Pese a la competencia desleal, el empresario puede dar su consentimiento de forma expresa. Esa tolerancia impide al empresario sancionar la conducta del trabajador aunque no prohibirla luego a partir de un determinado momento.

- La prohibición de competencia postcontractual.

Entre trabajador y empresario puede pactarse la pervivencia de esta obligación una vez extinguido el contrato, en los términos y con los requisitos del artículo 21.2 ET. Con este pacto el empresario se garantiza que el trabajador no utilizará en otras empresas los conocimientos adquiridos en la suya, y el trabajador se asegura evitar la urgente necesidad de encontrar un nuevo empleo de características similares al anterior. El pacto es de **no competencia**.

- Puede pactarse con mucha antelación.
- Su duración máxima será de 2 años para los técnicos y de 6 meses para los demás trabajadores.
- El empresario ha de tener un efectivo interés industrial o comercial en el pacto. El pacto es bilateral.
- La validez del pacto se condiciona a que se pague al trabajador una compensación económica adecuada. Por supuesto, en caso de incumplimiento por el trabajador, esta compensación ha de ser restituida.

– **Otras obligaciones del trabajador**

El artículo 5.f) ET supone que el trabajador queda sujeto a cuantos deberes deriven de su respectivo contrato de trabajo. El artículo 21 ET establece algunos pactos que típicamente pueden establecerse en él.

- Pacto de plena dedicación.

No podrá efectuarse la prestación laboral para diversos empresarios cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa. El pacto de plena dedicación sí que impide el pluriempleo.
Limitaciones:

- No puede imponerse unilateralmente por el empresario, debe haberse pactado expresamente.
- Su duración puede ser limitada en el tiempo, o hacerse coincidir con la duración del propio contrato de trabajo.
- Resulta imprescindible que vaya acompañado de una compensación económica expresa.
- El trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de 30 días. En este caso, sólo perderá la compensación u otros derechos vinculados a la plena dedicación.(art 21.3 ET)
- En caso de incumplimiento de esta obligación, el empresario podrá ser despedido o sancionado disciplinariamente por transgresión de la buena fe

contractual, pudiendo en su caso el empresario exigir una indemnización de daños y perjuicios en vía laboral.

- Pacto de permanencia en la empresa.

Artículo 21.4 ET: *4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.*

En cuanto que el pacto de permanencia de la empresa recorta la libertad de desistimiento del trabajador, se somete a una serie de exigencias:

- Ha de ser consecuencia de la voluntad concorde de trabajador y empresario.
- Ha de formalizarse por escrito, parece que con valor constitutivo.
- El comienzo de sus efectos debe quedar remitido a la recepción por el trabajador de la especialización profesional correspondiente
- La duración del pacto está legalmente limitada a un máximo de 2 años.
- Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Las modificaciones contractuales

La modificación del contrato de trabajo

- Los posibles procedimientos de modificación contractual.

En derecho común, dado que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, existe una regla general favorable a la imposibilidad de modificar de forma sobrevenida las obligaciones pactadas salvo en el caso de que ambas partes estén conformes.

En el contrato de trabajo, sin embargo, existen reglas especiales que posibilitan la introducción unilateral de cambios en la configuración de las obligaciones pactadas.

Encontramos por tanto:

- Modificaciones unilaterales y bilaterales: pactos novatorios.

Junto a la modificación unilateral expresamente admitida por las normas laborales se admite, por aplicación de las reglas del derecho común, la posibilidad de modificaciones bilaterales articuladas a través de pactos novatorios. Estos pactos no están sujetos a los mismos límites que las modificaciones unilaterales sino exclusivamente a los requisitos generales de capacidad, consentimiento, objeto y forma exigidos para el nacimiento de la relación laboral en el contrato.

La jurisprudencia ha excluido que, mediante pacto individual, pueda procederse a la renuncia hacia el futuro a la aplicación de las reglas legales que limitan la modificación unilateral por voluntad empresarial.

Los pactos novatorios no están sujetos a forma alguna, conforme a las reglas generales. Como regla general, la voluntad modificativa no debe presumirse ni inferirse de una mera actitud del trabajador, salvo que la misma haya durado en el tiempo de forma considerable.

- Modificaciones unilaterales a instancias del trabajador y por voluntad empresarial.

Las normas laborales reconocen a ambas partes la posibilidad de imponer a la otra una determinada modificación contractual. El trabajador puede exigir de la empresa la adopción de un determinado cambio contractual:

- Se detectan supuestos en los que el contrato varía a instancias del trabajador en los diferentes terrenos en los que típicamente se admite la modificación.
- Las modificaciones solicitadas por el trabajador responden a intereses sociales variados. A estos efectos cabe encontrar normas laborales que autorizan la modificación en supuestos en los que están en juego los siguientes:
 - La integridad psicofísica del trabajador.
 - La conservación del empleo.
 - La conciliación de la vida familiar y laboral.

- La protección de las trabajadoras víctimas de violencia de género y de los trabajadores víctimas del terrorismo.
- Son diferentes las formas de tutela: mientras que el empresario ostenta el privilegio de autotutelar sus decisiones e imponérselas a la contraparte, los trabajadores carecen de él, debiendo recurrir a las autoridades competentes. También porque las facultades novatorias legalmente reconocidas a los trabajadores son discontinuas y se encuentran aisladas unas de las otras, mientras que las que se le reconocen al empresario se integran en un contexto más amplio: los poderes directivos.
- Modificaciones sustanciales y modificaciones no sustanciales: el *ius variandi*.

Las restricciones a las modificaciones sustanciales del artículo 41 ET implican la capacidad empresarial de variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, siempre que el cambio no haya de ser reputado sustancial. En pocas palabras, forma parte del poder de dirección empresarial un <<ius variandi>> o poder de modificación no sustancial del contrato, entendido como un poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral.

- La modificación no sustancial de condiciones de trabajo.
- La modificación por mutuo acuerdo.

La modificación bilateral es aquella que tiene lugar por mutuo acuerdo entre trabajador y empresario. En estos supuestos hay dos grupos de límites.

- Por aplicación del art. 3.1 C ET, será necesario que ese acuerdo respete lo acordado en reglamentos, C.colect, y los contratos.
- Ese contrato está sujeto a las normas generales del CCiv.

Si ese pacto novatorio incumple alguno de estos dos tipos de límites, esa cláusula contractual será nula, pero el contrato permanecerá válido en lo restante y se tendrá que sustituir.

La movilidad funcional

Delimitado el objeto del contrato por la clasificación profesional del trabajador, como regla general el empresario puede exigirle todas las funciones derivadas de ella, incluso aunque no las haya desarrollado con anterioridad. Igualmente, los tribunales consideran que resultan exigibles de forma marginal tareas correspondientes a otras clasificaciones siempre que resulten claramente instrumentales a las de la propia.

De acuerdo con el artículo 39 ET, el empresario puede exigir tareas diferentes a las derivadas de la clasificación asignada inicialmente al trabajador: esta posibilidad es conocida como movilidad funcional. Se trata de un precepto que tiene carácter mínimo, siendo por tanto mejorable para los trabajadores por convenio colectivo y por contrato individual. Se podría llegar a pacta expresamente la inmovilidad funcional, renunciándose por parte del empresario al derecho de variar las funciones previstas legalmente.

El artículo 39 ET prevé 3 tipos de movilidad funcional:

- Horizontal.
- Vertical.
- Extraordinaria.

Movilidad funcional unilateral del empresario

- Dentro del grupo profesional o categoría equivalente. **Horizontal**

Cabe deducir del art 93.2 ET que, mientras no exceda la definición del grupo profesional en el que haya sido clasificado el trabajador, el empresario puede exigir cualquiera de las funciones incluidas en él.

- o Características:
 - Se trata de una movilidad funcional no causal: la ley no exige causa justificativa alguna al empresario para realizar este tipo de movilidad funcional.
 - La ley no señala límite temporal, pudiendo por ello ser temporal o indefinida.
- o Límites:
 - Titulaciones (art. 39.1 ET)

39.1. *La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.*

- Dignidad del trabajador: debe entenderse ilegal la movilidad funcional cuando resulta atentatoria de los derechos fundamentales o las libertades públicas del trabajador.
- Límites económicos (art. 39.3 ET)

39.3. *El trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.*

- Huelga (art. 39.4 ET)

El empresario lo que no puede es movilizar a los trabajadores no huelguistas para cubrir los puestos de trabajo de los trabajadores huelguistas, si ello limita el derecho de huelga, art.28.2 CE. No puede contratar a trabajadores de fuera para cubrir los puestos de trabajo de los huelguistas, o los propios trabajadores de dentro que no han ido a la huelga, poniendo en peligro la propia finalidad de la huelga. STC 123/1992(no hace falta saberla), la preeminencia del derecho de huelga hace que otros derechos, queden en vida vegetativa, como el derecho empresarial, al empresario no se le prohíbe la movilidad funcional, sino su ejercicio si ello priva de efectividad a la huelga. El empresario sí que podrá proceder a la movilidad funcional si la huelga fuera ilegal o se incumpliera los servicios mínimos o de seguridad y mantenimiento.

○ Efectos:

- Desde la perspectiva profesional: la única garantía es la contenida en el art. 39.3 ET: `` *No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de*

funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.´´

- Desde el punto de vista económico: el trabajador movilizado funcionalmente tendrá <<derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice>>. Sin embargo debe tenerse en cuenta que en el caso de encomienda de funciones inferiores, se mantendrá la retribución de origen.

– Fuera del grupo profesional o categoría equivalente. **Vertical**

Es la que se desarrolla fuera del grupo profesional o de categoría profesional equivalente. Puede ser:

- Ascendente: encomienda de funciones superiores.
- Descendente: encomienda de funciones inferiores.

39.2. *La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores.*

En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes.

- Límites genéricos:
 - Causal: solo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que justifiquen la movilidad.
 - Temporal: solo será posible por el tiempo imprescindible para su atención.
 - Comunicación a los representantes: el empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores.
- Límites a la movilidad funcional ascendente:
 - Retribución: el trabajador tiene derecho a la retribución que efectivamente realice, al tratarse de funciones correspondientes a un grupo o categoría superior es de suponer que serán mayores a las que percibe ordinariamente. De hecho el art. 39.2 ET parte de esta idea al autorizarle a reclamar la diferencia salarial correspondiente.
 - Ascenso/cobertura de vacante: el art. 39.2 ET prevé una garantía de las expectativas profesionales del trabajador en caso de que la prestación se prolongue por un periodo superior a 6 meses en 1 año U 8 meses en 2 años. En principio se le atribuye el derecho a reclamar el ascenso pero solo si a ello no obsta lo dispuesto en el convenio colectivo. En caso contrario, únicamente le corresponde el derecho a reclamar de la empresa la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones superiores realizadas conforme a las reglas de materia de ascensos aplicables en la empresa.
- Límites a la movilidad funcional descendente:
 - Retribución: la movilidad descendente no puede producir perjuicios al trabajador en sus retribuciones. De la lectura del art 39.3 y 26.3 ET cabe deducir que la movilidad descendente no puede producir perjuicio al trabajador por lo que respecta a:
 - Salario base

- Otros complementos del salario que vayan vinculados a la categoría profesional
- Complementos personales

Sin embargo, los complementos de puesto, al no tener carácter consolidable, no quedan incluidos en la garantía.

– Movilidad funcional extraordinaria. **Extraordinaria**

○ Artículo 39.4 del ET:

- Supuesto: **39.4.** *El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo.*

Y el artículo 41.1 ET incluye, en este mismo sentido, entre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo al cambio de funciones, cuando exceda de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET.

- Posibilidades. Esta movilidad que excede las previsiones del artículo 39 ET es una verdadera reclasificación puesto que solo puede ser la que excede el límite del grupo profesional de forma indefinida. A ella puede llegarse de dos formas:
 - Cabe alcanzar un acuerdo novatorio individual con el trabajador (acuerdo de las partes).
 - Pueden aplicarse las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en el art. 41 ET

– La movilidad funcional *parcial*

Se da en aquellos casos en los que un trabajador sigue realizando las funciones para las que ha sido contratado, pero además para saturar su jornada y cumpla el cupo de horas, se le ordena realizar otras funciones diferentes, sean

o no sean de su grupo profesional; en estas situaciones lo difícil es determinar el grupo profesional de las funciones que realiza al que pertenece el trabajador a efectos de salario. En estos casos de polivalencia de funciones impuesta al trabajador no se aplica la regla de la prevalencia, es decir no te quedas en el grupo profesional al que le dediques más horas.

La movilidad funcional del trabajador

- Los ascensos

Las modificaciones de la clasificación pueden ser bilaterales, cuando se pactan entre el empresario y el trabajador, o unilaterales, cuando vienen impuestas por el empresario. Así mismo, pueden ser en beneficio del trabajador, cuando se le reconoce una categoría superior mediante los llamados ascensos, o perjudicarle si en la reclasificación se le asigna una inferior.

En cuanto a los ascensos, el artículo 24 ET se remite a las reglas fijadas en convenio colectivo, o en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Directamente tan solo establece, con carácter imperativo, unos criterios:

- Antigüedad
- Formación
- Méritos
- Facultades organizativas del empresario

Que resultan muy indeterminados o contradictorios entre sí. Solo aparece contundente un principio general de no discriminación por razón de sexo.

Elementos comunes de todos los convenios colectivos sobre los ascensos:

- Al respecto los convenios establecen normalmente distintos sistemas de ascenso
 - o Antigüedad
 - o Concurso (con oposición o sin ella)
 - o Libre designación
- En todo caso los ascensos se consideran voluntarios, no constituyendo una obligación para el trabajador (se regula como un derecho del trabajador).

- Además, en ocasiones, estas normas establecen que el ascenso sea a prueba durante un determinado tiempo, pudiendo volver el trabajador a la categoría anterior en caso de no superarla.
- Los ascensos están condicionados a la existencia de una vacante.

Por razones objetivas

- Disminución del rendimiento normal en el trabajo del trabajador en situación de incapacidad permanente parcial (RD 1451/1983), para su profesión habitual y esta situación repercute en su rendimiento. Cuando el empresario constata esta disminución tendrá que ocuparle en un puesto adecuado para su capacidad residual. Si esto no fuera posible el empresario podrá disminuir el salario del trabajador sin que esta reducción se pase del 25%.
- Recuperación total de la capacidad del trabajador en situación de incapacidad permanente parcial (RD 1451/1983), tienen derecho a volver a ocupar su puesto original, si venían ocupando uno inferior, siempre y cuando no hayan pasado tres años, si estuviera en un puesto superior, no se le movería ya que se consolidaría el ascenso.
- Artículo 26 LPRL, en caso de las trabajadoras embarazadas en situación de parto reciente o lactancia, pueden ver perjudicada su salud o la de su hijo tiene derecho a un cambio en las condiciones de trabajo, una movilidad funcional, primero en su grupo y si no fuera de su grupo profesional; y si esto no fuera posible se pasaría a una fase de suspensión del contrato por riesgo.
- Enfermedades profesionales, (decreto de 13 de abril del 61), reconoce que los trabajadores en esta situación tendrán derecho a ocupar un nuevo puesto, manteniéndose sus antiguas retribuciones, menos las inherentes a su antiguo puesto. Si esto no fuera posible sería despedido pero pagándole 12 meses íntegro

La movilidad funcional bilateral

- No juega el artículo 39 ET

Por mutuo acuerdo entre las partes, regida por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y por tanto no se aplica el art.39 ET.

- Dos límites
 - resulta de aplicación las reglas generales de los contratos, siendo especialmente importante en estos casos la ausencia de vicios (dolo, violencia, intimidación.).
 - es importante determinar que no haya otro trabajador con mejor derecho, habrá que atender a la regla de ascensos fijadas en el convenio colectivo.
- Problema: la falta de acuerdo expreso
 - El hecho de que este por escrito, dificulta la prueba en caso de vicios.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo

– El alcance del art. 41 et (introducción)

Las condiciones en que ha de prestarse el trabajo pactado vienen establecidas por las distintas fuentes del ordenamiento laboral. La modificación de las mismas puede producirse de diversos modos: cuando se modifiquen las normas que las hayan establecido, cuando se modifiquen las condiciones de mutuo acuerdo, y por decisión unilateral del empresario.

El artículo 41.1 ET establece que: *1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.*

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- 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 rendimiento.

- Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

El procedimiento del artículo 41 ET es subsidiario con respecto a los procedimientos de modificación que eventualmente establezca la fuente que fija la condición.

Las condiciones de trabajo:

La identidad de las condiciones de trabajo

Las condiciones de trabajo pueden ser objeto de modificación con independencia de la fuente que las establezca. De acuerdo con el artículo 41.2 ET:

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 disfrutados por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

El precepto permite, con ello, eliminar eventuales condiciones más beneficiosas, modificar decisiones empresariales preexistentes sobre organización del trabajo e implicar las previsiones de acuerdos de empresa o pactos extraestatutarios.

Desde el punto de vista de su contenido, al referirse el artículo 41 ET a “condiciones de trabajo”, cabría pensar que solo quedan incluidas las circunstancias de la prestación distintas al lugar de trabajo. Sin embargo, la interpretación consolidada apunta hacia una interpretación omnicomprendiva de la noción. Es la propia ley la que se refiere a la prestación laboral y a la prestación salarial, al incluir entre las modificaciones sustanciales enumeradas a la modificación de funciones que exceda el art 39 ET y a los sistemas de remuneración.

Cabe apuntar dos limitaciones:

- La imposibilidad de utilizar el art 41 ET para transformar modalidades contractuales en otras diferentes.

- La existencia de condiciones que expresamente tienen establecido por Ley un procedimiento de modificación distinto (flexibilidad horaria, periodo de vacaciones,...)

Origen de las condiciones a modificar

La modificación:

“Sustancial”

El listado contenido en el precepto 41.1 ET no permite resolver el problema de qué es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo pues ni son todas las que están ni están todas las que son.

Puesto que lo que importa es que la modificación sea ‘‘sustancial’’, el problema es determinar cuándo lo es y cuándo no. En términos generales, la jurisprudencia entiende que la modificación es sustancial cuando transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasen a ser otros de modo notorio. A estos efectos, la jurisprudencia viene utilizando diferentes criterios indiciarios que se complementan entre sí:

- La importancia cualitativa de la condición.
- La mayor o menor intensidad cuantitativa de la modificación, así como el carácter definitivo o temporal.
- El nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados, así como las eventuales compensaciones pactadas.

Justificada

Hablamos del carácter causal. El artículo 41.1 condiciona la operatividad de la modificación sustancial a la presencia de causas que la justifiquen: económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por supuesto es el empresario quien debe acreditar la concurrencia de la causa así como argumentar que las modificaciones conducen razonablemente a las finalidades de mejora indicadas.

Duración

Las causas son tan amplias que se perpetúan. En cuanto al carácter temporal o indefinido de la modificación dependerá de las causas motivadoras, y debería desaparecer cuando desaparezca la causa. Como la justificación de las

causas es tan amplia, se podría perpetuar. También depende la duración de la modificación del origen a modificar, ya que si se trata de modificar un convenio extraestatutario o pacto, la duración de la modificación acabará cuando finalice la vigencia del convenio o pacto.

Clases. Procedimiento:

Colectiva/Individual

El art. 41.2 ET distingue modificaciones individuales y colectivas. El criterio de diferenciación es exclusivamente cuantitativo. Se considera colectiva: *la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a:*

- Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se considera individual: *la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.*

El computo de los 90 días se efectúa computando tanto hacia adelante desde que se produce el primer traslado, como hacia atrás cada vez que se produzca un nuevo traslado.

La ley previene que la empresa pueda descomponer arbitrariamente la modificación. Por ello, el artículo 41.3 IV ET considera fraude de ley u lo sanciona con la nulidad de las nuevas modificaciones efectuadas que, con el objeto de eludir las previsiones legales para las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales antes señalados, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación.

Fraude de ley

Artículo 41.3 IV ET:

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las

condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado segundo para las modificaciones colectivas, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

Individual: notificación

El **procedimiento** se encuentra regulado en el art. 41.3 ET: *La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.*

Pese al silencio legal, la notificación habrá de ser escrita y motivada, esto es, con indicación de las causas, pues sólo así se permite la defensa procesal, en su caso del trabajador.

En cuanto a los efectos, el trabajador puede optar entre aceptarla o rescindir el contrato con indemnización de 20 días por año de servicio con un tope de nueve mensualidades; puede, asimismo, impugnar la decisión. Debe tenerse en cuenta:

- La aceptación no tiene asignada compensación alguna, sin perjuicio de lo que se hubiera pactado en su caso.
- La extinción tiene carácter extrajudicial. El trabajador solo puede optar por la extinción indemnizada de su contrato si la modificación acepta a ciertas materias y resulta perjudicado por la misma. Si la empresa ha introducido modificaciones sustanciales sin respetar lo previsto en el artículo 41 que además redunden en el menoscabo de la dignidad del trabajador, el trabajador podrá iniciar actuaciones judiciales para extinguir el contrato con una indemnización superior.
- La impugnación solo es posible si el trabajador no ha decidido extinguir directamente el contrato, no impide la ejecutividad de la orden empresarial. La acción está sujeta al plazo de caducidad de 20 días, que no comienza a correr mientras que no se haya entregado la notificación escrita al trabajador o a sus representantes. El procedimiento es de carácter urgente, preferente y sumario, siendo la sentencia irrecurrible,

salvo en el caso de modificaciones colectivas. La sentencia puede declarar la modificación como:

- Justificada: conviene cuando la modificación es regular desde las perspectivas procedimental y causal. La decisión empresarial se consolida.
- Injustificada: en caso de irregularidad causal o procedimental. Se reconoce el derecho al trabajador a ser repuesto en sus condiciones anteriores, y eventualmente se condena a la empresa a resarcir los daños que, por su inmediata ejecutividad, haya podido producir la decisión empresarial. De no producirse tal reposición, el trabajador podrá solicitar la extinción de su contrato, con indemnización equivalente al despido improcedente, declarándose el contrato extinguido en el trámite de ejecución de la sentencia.
- Nula: se declara en los casos de fraude de ley. En estos casos el trabajador puede optar entre la resolución del contrato en los términos que se acaban de exponer y obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia de reposición en las anteriores condiciones mediante el recurso a la ejecución del despido nulo.

Colectiva: período de consultas:

- Se lleva a cabo en una única comisión negociadora
- La intervención como interlocutores de los representantes de los trabajadores
- La negociación de buena fe según las reglas de las mayorías
- Notificación
 - Debe abrirse un periodo de consultas. Puede desarrollarse con los representantes legales de los trabajadores; pero se han de efectuar con las secciones sindicales si estas así lo acuerdan y suman la mayoría de los miembros del comité y delegados de personal.

Para los casos en los que en la empresa no existan representantes legales de los trabajadores, éstos pueden designar bien una comisión de hasta 3 miembros elegido por ellos entre los de la propia empresa bien una comisión de designación por los sindicatos más representativos. Esta decisión ha de tomarse dentro de los 5 primeros días del periodo de consultas.

- Las consultas, cuya duración no ha de ser superior a 15 días, deben versar sobre las causas motivadoras, sobre la posibilidad de evitar o reducir las modificaciones sustanciales y sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias de los mismos sobre los trabajadores afectados. Obligación de negociar con buena fe. Se requiere la conformidad de la mayoría de los representantes unitarios o de las representaciones sindicales que representen a la mayoría de aquellos. Durante su desarrollo, los interlocutores puede acordar la sustitución de las consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que resulte aplicable en la empresa, que deberá desarrollarse en el plazo máximo previsto para las consultas.
- Las consultas pueden terminar con acuerdo o sin él. En el primer caso, se presume que concurren las causas exigidas en el art 41.1 ET, siendo imposible su impugnación salvo por la existencia de: fraude, dolo, coacción o abuso del derecho en su conclusión. Notificación individual con preaviso de 7 días.

A falta de acuerdo, salvo que el convenio establezca otra cosa, es el empresario quien decide si la modificación se lleva a término o no, debiendo en el primer caso notificar la decisión a los trabajadores con una antelación mínima de 7 días.

- En cuanto a los efectos, es aplicable lo mismo que para la modificación individual. Los trabajadores pueden aceptarla, extinguir el contrato o impugnarla. En este último caso, la impugnación puede ser efectuada tanto individual como colectivamente. La impugnación colectiva es preferente sobre las individuales: en consecuencia, una vez iniciada aquella, se suspende la tramitación de éstas. Concluirá en fin con la declaración de que la modificación es justificada, injustificada o nula, existiendo pronunciamientos jurisprudenciales que asignan esta calificación a las modificaciones colectivas introducidas sin consultas.

Las modificaciones normativas (CC estatutario)

En estos casos si lo modificado es un convenio, el art.82.3, únicamente se podrá modificar las siguientes condiciones: jornada, horario y distribución del

tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites del art.39, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la SS. Además en al art.82.3.

Los efectos de la modificación sustancial (están explicados en cada tipo)

- Modificación de carácter individual:
 - o Aceptar/impugnar 138 LRJS
 - o Extinguir/Indemnización 20 días con el tope de 9 mensualidades
 - o Extinguir “ex” art. 50 1 a)
- Modificación de carácter colectivo: diferencias, según haya o no acuerdo en período de consultas

La movilidad geográfica

El lugar de trabajo: determinación

Movilidad geográfica:

Concepto:

Está regulada en el artículo 40 ET, el elemento característico que resulta preciso es que el trabajador debe cambiar su residencia habitual para atender su nuevo destino.

El requisito del cambio de residencia integra un concepto indeterminado que se relaciona valorando conjuntamente diversas circunstancias (residencia anterior del trabajador, medios de transporte existentes, cambio de municipio o provincia,...)

Sin embargo, los cambios de puesto de trabajo en el interior del centro de trabajo o a otro cuando no exijan cambio de residencia no quedan sujetos a las reglas del art. 40 ET. En estos casos habrá que estar a lo que disponga el convenio colectivo aplicable, y si nada dijera éste, tales cambios podría realizarlos el empresario unilateralmente, en base a su poder de dirección.

Exigiéndose cambio de residencia, el artículo 40 ET distingue entre: el traslado, de carácter permanente, y el desplazamiento, de carácter temporal.

Clases:

- Desde el punto de vista del lugar de trabajo
- Desde el punto de vista de la decisión del empresario

La movilidad geográfica a iniciativa del empresario

Por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

- Cambios de puesto de trabajo dentro de un mismo centro de trabajo
Cambios dentro del centro de trabajo del trabajador, no sales de él.

Hay que tener en cuenta que este caso entra dentro del poder dirección del empresario, ius variandi empresarial.

- Cambios de centro de trabajo sin cambios de residencia

Cambio de puesto de trabajo a otro centro, pero que no implique cambio de residencia.

No se regula tampoco en el art.40 ET, y entraría dentro del ius variandi del empresario.

- Traslados:

- o Concepto legal
- o Definición: Se entiende por traslado el cambio permanente (indefinido o temporal superior a 12 meses en un periodo de 3 años) a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia al trabajador trasladado, con independencia de que sea en el territorio nacional o en el extranjero.

Quedan excluidos del concepto los cambios de lugar efectuados precisamente por razón del trabajo contratado, esto es, los de los trabajadores que hubieran sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes.

- Grupos: desde el punto de vista de quien decide esa movilización geográfica:
 - o decidida unilateralmente por el empresario: por razones técnicas, productivas, económicas... o por razones disciplinarias
 - o decidida por el trabajador: por razones familiares, solicitada por la trabajadora víctima de violencia de género, trabajadores con discapacidad.

- decidida bilateralmente.
- Cambio de residencia: Los tribunales lo deben determinar en cada caso, determinado la distancia del centro, los gastos de desplazamiento; en ocasiones los convenios colectivos fijan el número de kilómetros a partir del cual se entenderá que hay un traslado.
- Fuera de España: Por último hay que tener en cuenta en la medida en que la ley no apunta la diferencia, la normativa de traslado se aplicaría tanto al traslado nacional como al internacional.

Causas

El traslado debe estar justificado en ciertas causas, en concreto por la existencia de razones:

- Económicas
- Técnicas
- Organizativas
- De producción
- El artículo 40.1 ET contempla un supuesto específico de causa justificativa: la existencia de contrataciones referidas a la actividad empresarial.

Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores

No obstante por convenio colectivo o acuerdo acordado en período de consulta se puede acordar otras prioridades, para trabajadores con cargas familiares, personas con discapacidad...etc.

La ley diferencia dos clases de traslado: los plurales o individuales y los colectivos, en función de que el traslado afecte en un período de días (90 días), según el número de trabajadores que se traslade y el número que tenga la empresa (art.40.2).

Son colectivos los que afecten a todo el centro de trabajo, y los que afecten al menos a 10 trabajadores de menos de 100, al 10% o a 30 en empresas de 300 o más trabajadores. Serán traslados individuales o plurales los que no alcancen estas cifras.

A demás el estatuto de los trabajadores indica que habrá fraude de ley, serán nulos, si en períodos sucesivos de 90 días realiza traslados por debajo de

estas cifras con el objetivo de eludir el régimen jurídico de los traslados colectivos, sin que concurran nuevas causas que justifiquen su actuación.

Clases y procedimientos

El artículo 40 ET prevé diferentes tipos de traslado.

Conforme al art. 40.2 ET, el traslado es colectivo cuando:

- Afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de 5 trabajadores. No puede considerarse traslado colectivo el cierre de varios centros, cada uno de los cuales tiene menos de 5 trabajadores si el total de afectados no alcanza el umbral que se expone a continuación.
- Igualmente es colectivo cuando, en un periodo de 90 días, comprenda un número de trabajadores de al menos:
 - 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 tr.
 - 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100-300 tr.
 - 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más tr.

En este supuesto el número de trabajadores se computa, aparentemente, en relación al total de trabajadores de la empresa, no del centro.

El artículo 40.1 ET considera fraudulentos los traslados colectivos que sean objeto de artificiosa separación.

Si el traslado no alcanza los requisitos del colectivo, el empresario únicamente está obligado a notificar su decisión al o a los trabajadores afectados y a sus representantes legales con una antelación mínima de 30 días a la fecha de la efectividad de la medida.

Si el traslado es colectivo el proceso es más complejo. El artículo 40.2 ET establece la necesidad de desarrollar una consulta con los representantes de los trabajadores. Acabadas las consultas, con acuerdo o sin él, es el empresario el que toma las decisiones correspondientes. En su caso, los traslados que se produzcan quedan sujetos a las reglas sustantivas y procedimentales de los traslados individuales.

Tanto en el caso de los traslados individuales como en los colectivos, el empresario debe respetar las preferencias para la permanencia en su puesto de trabajo de algunos trabajadores. Por ejemplo, los representantes legales de los

trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo en caso de traslados.

En fin, el artículo 40.5 Et permite al convenio colectivo o al acuerdo alcanzado en el periodo de consultas establecer otras preferencias para otros colectivos tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

Efectos

El artículo 40.1 ET concede al trabajador el derecho a optar entre extinguir el contrato (con una indemnización) o aceptar el traslado (con una compensación por gastos). Asimismo, puede impugnar la decisión empresarial.

- Si opta por aceptar el traslado, tiene derecho a una compensación tanto por los gastos propios como de los familiares a su cargo en los términos que convengan a ambas partes y, como mínimo, los establecidos en convenio colectivo. De no existir convenio colectivo o individual, el tribunal decidirá discrecionalmente.
- Si opta por extinguir tiene derecho a una indemnización idéntica a la que se prevé para el despido colectivo por causas objetivas: 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año con un máximo de 12 mensualidades.
- Si no ha optado directamente por extinguir el contrato, puede impugnar la decisión empresarial ante la jurisdicción competente, en términos similares a los que se han estudiado para la modificación sustancial, tanto por lo que se refiere a las vías procesales como respecto de los resultados.

Traslados de centro de trabajo

Hay que diferenciar según haya o no cambio de residencia. Si no hay cambio de residencia de los trabajadores, entra dentro del poder directivo del empresario, y por tanto no hay más límites que los establecidos en el convenio colectivo.

Si por el contrario implica cambio de residencia, art.40 ET, en estos casos la causa organizativa será el traslado de las instalaciones. ET no regula estas situaciones pero el art. 64 ET hay un derecho de comité de empresa, tendrá

derecho a informar antes de que el empresario lleve a cabo traslados totales o parciales de las instalaciones.

Desplazamientos

Concepto legal

El desplazamiento se diferencia del traslado en su carácter temporal, siendo su duración, en principio, de hasta 12 meses. Pero el artículo 40.4 ET dispone que reciban tratamiento de traslado, a todos los efectos, aquellos desplazamientos cuya duración acumulada exceda de 12 meses en un periodo de 3 años.

El desplazamiento debe exigir también del trabajador que resida en población distinta de la de su residencia habitual.

Causas

Tienen que venir justificados por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por contrataciones referidas a la actividad empresarial.

Prioridad representantes

La prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores es la misma que para los casos de traslado.

Procedimiento

También se exige que el trabajador sea informado del desplazamiento, con antelación a la fecha de su efectividad. La duración de dicho preaviso dependerá de la del desplazamiento: no inferior a 5 días laborables si el desplazamiento es de duración superior a 3 meses, y en todo caso, suficiente.

Si la duración es superior a 3 meses, además, se tiene el derecho a un permiso de 4 días laborales en su domicilio de origen por cada 3 meses de desplazamiento, computando aparte los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario.

Se establece la obligación empresarial de abonar, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas. La cuantía de estas retribuciones se suele

contener detalladamente en los convenios colectivos. En ausencia de regulación convencional tendrán que venir pactadas o fijadas, en caso de conflicto, por los tribunales de justicia a reclamación de los interesados que habrán de justificar las cantidades reclamadas.

Efectos

Contra la orden de desplazamiento (que es ejecutiva) el trabajador podrá recurrir ante la jurisdicción en los mismos términos previstos para los traslados.

Por causas disciplinarias

Son los convenios colectivos los que regulan el régimen disciplinario de las empresas, en muchas ocasiones es la movilidad geográfica una medida.

Los cambios de puesto de trabajo dentro del centro de trabajo y los cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia suelen aparecer como sanciones por faltas leves o graves, por su parte los traslados corresponde a faltas muy graves, siendo la sanción inmediatamente inferior a los despidos.

No resulta en estos casos aplicable el art.40 ET, y por ello el trabajador no tiene derecho a ningún tipo de compensación, a pesar de ello algunos convenios colectivos, en caso de sanción el trabajador tenga derecho al pago de los gastos familiares de traslado, porque si no se acabarían convirtiendo en despidos encubierto.

La movilidad geográfica a iniciativa del trabajador

Movilidad geográfica por reagrupamiento familiar. Art. 40.3 del et

40.3. *Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo.*

En primer lugar hay que destacar que estamos ante un derecho del cónyuge, aunque no es un derecho preferente. Esto significa que pueden plantearse conflicto con otros trabajadores en casos de ascensos, excedencias...etc.

En segundo lugar hay que destacar que aunque la ley habla de traslados, la ley habría que aplicarse en casos de desplazamientos, y que además el

término traslado abarca todo tipo, el bien jurídico que se quiere proteger es la familia, el reagrupamiento familiar. Esto excluye a las parejas de hecho. Sin embargo hay que tener en cuenta que la ley no fija ningún plazo para la prescripción de ese derecho, por ello una vez legalizada esta relación (matrimonio) se pueda aplicar este derecho.

El derecho queda restringido en casos en el que el cónyuge sea trabajador de la misma empresa, no obstante como no hay ningún plazo para el ejercicio del derecho, nada obsta a que

- Se condiciona el derecho a que exista un puesto de trabajo en la misma localidad. Incluso por la finalidad de la norma podría tratarse de otra localidad distinta pero más cercana a la de residencia del trabajador.
- La ley condiciona el derecho a que exista un puesto de trabajo en la misma localidad, esto significa que podría tratarse de un centro de trabajo distinto e incluso por la finalidad de la norma se entiende que podría tratarse de otra localidad distinta en admitir las solicitudes si se trata de un grupo de trabajo inferior. (Tampoco existe ningún inconveniente en admitir solicitudes de trabajo si hay vacantes de puesto de trabajo del grupo inferior en la misma localidad.)

Movilidad geográfica por violencia de género, víctimas del terrorismo o personas con discapacidad Art. 40.3 bis y ter del ET

40.3 bis. *Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.*

En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores. Terminado este periodo, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.

40.3 ter. *Para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo.*

Los trabajadores que tengan que huir por violencia tienen derecho preferente a ocupar puestos de trabajo de su mismo grupo en cualquiera de los centros de trabajo que tenga la empresa. En este caso la empresa tiene la obligación de informar en el momento del abandono o de los que puedan surgir. El ejercicio de este derecho tendrá una duración inicial de 6 meses durante los cuales el trabajador tendrá derecho a la reserva de su antiguo puesto de trabajo, pasados los cuales el trabajador tendrá que decidir si vuelve al puesto de origen o se queda en el nuevo, en cuyo caso pierde el derecho de reserva

La movilidad geográfica bilateral

Se puede producir por mutuo acuerdo entre el empresario y el trabajador (el puesto de trabajo se fija en el contrato y se puede modificar por mutuo acuerdo entre las partes).

Como dijimos ya, el único problema es que el pacto no sea escrito, entonces habría que comprobar que hubo aceptación tácita del trabajador.

Si fuese bilateral se podrá anular por vicios, y si fuese unilateral podría extinguirse el contrato con la indemnización máxima por despido improcedente. (art.50)

- Posibilidad y problema
- Límites, existen dos límites fundamentales a estas decisiones:
 - o Reglas generales de los contornos: que no hayan vicios o falta de consentimiento.
 - o Sistema de cobertura de vacantes que exista en la empresa.
- Efectos, en estos casos no se aplica el art.40 ET, en cuanto a los efectos de esta movilidad geográfica habrá que estar a lo pactado, y si no se ha pactado nada se entiende que el trabajador acepta las nuevas condiciones (tanto de salario, como de puesto de trabajo).
- Las permutas, es una especialidad dentro de la movilidad geográfica bilateral. Son cambios de destino entre trabajadores de una misma empresa que están en distintos centros de trabajo. Esta son se regulan pro el estatuto pero aparecen en muchos convenios colectivos. Los convenios colectivos exigen lo siguiente:
 - o Se exige identidad entre los permutantes, teniendo el mismo cargo o puesto de trabajo.
 - o La permuta queda siempre condicionada a la aceptación por parte de la empresa.
 - o Es necesario que los permutantes acepten las modificaciones salariales derivados de la permuta.
 - o Los convenios indican que no hay derecho a indemnización alguna.

Pasos para calcular la indemnización por despido:

- calcular la antigüedad del trabajador->9 años, 1 mes, 15 días (siempre que hay días se redondea y se pone un mes más) -> 9 años y 2 meses.
- Salario diario->780, hay que dividir el salario entre 30,42=25,6.
- Calcular indemnización-> (20 días de salario a indemnizar x 25,6 x 9)+ (20x25, 6x2/12)=4693,3 euros.
- Calcular el tope de las 12 mensualidades. 12x30, 42x25, 6=9345 euros, el trabajador cobrará la indemnización, sin embargo el trabajador cobrará el tope cuando la indemnización sea mayor a este.