

La lista abierta (numerus apertus) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial (artículo 41.1 ET): no están todas las que son ni son todas las que están.

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: *El artículo 41.1 del ET conforma un numerus apertus (lista abierta) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial; conviene señalar que no están todas las que son ni son todas las que están.*

Palabras clave: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Lista abierta.*

Abstract: *L'article 41 du texte refondu de la Loi espagnole sur le Statut des Travailleurs (ET) prévoit un numerus apertus des conditions de travail, dont la modification par l'employeur est considérée substantielle. Il est important de souligner que ni toutes celles qui s'y trouvent le sont ni toutes celles qui le sont s'y trouvent.*

Keywords: *La modification substantielle des conditions de travail des salariés. Nombre ouvert.*

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la sentencia núm. 354/2021, de 26 de marzo, de la Sala de lo Social del TS, que resuelve el RCUUD núm. 3037/2018. El referido recurso se interpone frente a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid, de 21 de mayo de 2018, que resuelve el recurso de suplicación núm. 112/2018 formulado frente a la sentencia del JS núm. 2 de Ponferrada, de 19 de septiembre de 2017 (autos núm. 387/2017), dictada en proceso de conflicto colectivo sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 354/2021, de 26 de marzo.

Tipo y número de recurso: RCUUD núm. 3037/2018.

ECLI:ES:TS:2021:1273.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si la decisión empresarial de alterar el sistema de cálculo de la retribución variable (incentivos) constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 [ET](#)) y, en su caso, la calificación que merece. El caso tiene la particularidad de que el sistema de incentivos no se establece en el convenio colectivo aplicable^[1], y tampoco se recoge en pacto colectivo ni en disposición contractual.

Se trata de una empresa de mercadería dedicada a la venta telefónica de productos de empresas clientes. El conflicto colectivo afecta a unos 600 trabajadores (agentes de venta) y surge en junio de 2017, tras la decisión empresarial de modificar el sistema de cálculo de la retribución variable. Los hechos que resultan acreditados y relevantes para la resolución del caso son los que siguen a continuación.

Desde el año 2014, la empresa viene estableciendo un sistema de incentivos basado en dos fórmulas de venta (Recomendador y NBA's) y cuyos parámetros de cálculo han variado con los años. En las comunicaciones remitidas, la empresa ha ido señalando que la fórmula de cálculo de la retribución variable no es inmodificable ni genera derecho consolidado alguno en favor de los trabajadores. Hasta el momento de plantearse el conflicto colectivo (2017), los trabajadores no habían protestado sobre el modo seguido por la empresa para fijar unilateralmente el sistema de incentivos.

En junio de 2017, la empresa introduce los siguientes cambios en las dos fórmulas de venta (Recomendador y NBA's) utilizadas para calcular los incentivos:

- **Recomendador** es un sistema de comisiones cuya cuantía varía en función de las tarifas que contrate el cliente a partir de las recomendaciones efectuadas por el agente. El sistema Recomendador indica la tarifa que el agente debe recomendar al cliente, y en función de dichas recomendaciones el agente obtiene puntos:
 - Con el sistema Recomendador establecido en 2014, la comisión venía dada en función de color que tuviera asignada la tarifa recomendada al cliente, y del servicio al que iba referida (servicio platino o servicio tarifas). El reparto de puntos quedaba como sigue:
 - Color verde: 9 puntos servicio platino, 4 puntos servicio tarifas.
 - Color naranja: 4 puntos servicio platino, 3 puntos servicio tarifas.
 - Color rojo: 4 puntos servicio platino, 7 puntos servicio tarifas. El color rojo es de penalización y, por tanto, de descuento de puntos.
 - El nuevo sistema Recomendador instaurado en 2017:
 - Añade las tarifas con descuento, de manera que el agente que las aplique obtendrá 3 puntos adicionales, que antes no se contemplaban.
 - Mantiene la clasificación en colores para asignar puntos en función del concreto producto vendido, pero las tarifas de un mismo color dejan de puntuar igual: 1) en la franja verde, la puntuación varía de 0 a 14 puntos, y la asignación de puntos depende del nivel de consumo del usuario; y 2) en la franja roja de penalización se parte de menos un punto y cada salto se multiplica por dos.

- **NBA's** es un sistema de comisiones cuya cuantía se asocia a la venta cruzada (*cross-selling*), es decir, que el agente obtiene puntos por la venta de productos adicionales y relacionados con aquel en el que está interesado el cliente:
 - El sistema NBA's establecido en 2014 contemplaba dos tipos de altas: 1) alta que implica la firma de un nuevo contrato con el cliente, y 2) alta que supone la activación de productos o servicios adicionales dentro del contrato que ya tiene suscrito el cliente. El agente obtiene puntos por informar sobre los productos adicionales incluidos en el sistema NBA's, y el alta se gestiona por el departamento de ventas de una empresa externa.
 - El nuevo sistema NBA's instaurado en 2017 introduce los cambios siguientes:
 - El agente no solo informa del producto adicional, sino que también gestiona su venta, recopila los datos y verifica que la venta cumple con los estándares de calidad.
 - El agente puede ofertar no solo productos *cross-selling* que aparecen en el sistema NBA's (el sistema indica los productos que deben ofertarse al cliente), sino también productos no NBA's. Los puntos obtenidos por la venta de unos productos (NBA's) y otros (no NBA's) se calculan de distinto modo.

El **20 de junio de 2017**, el sindicato CC.OO. plantea demanda de conflicto colectivo a través de la cual interesa la declaración de nulidad o, subsidiariamente, el carácter injustificado de la decisión empresarial por considerar que, afectando al sistema de remuneración y funciones de los trabajadores, comporta una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo sujeta al procedimiento establecido en el artículo 41.2 del ET.

El **19 de septiembre de 2017**, el JS núm. 2 de Ponferrada dicta sentencia (autos núm. 387/2017) en la que: 1) desestima la demanda de conflicto colectivo, y 2) absuelve a la empresa demandada de las pretensiones aducidas en su contra. La referida sentencia del JS núm. 2 de Ponferrada es recurrida en suplicación por el sindicato demandante.

El **21 de mayo de 2018**, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid dicta sentencia en la que estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por el sindicato CC.OO. y, en consecuencia: 1) revoca la sentencia del JS núm. 2 de Ponferrada, de 19 de septiembre de 2017 (autos núm. 387/2017); y 2) declara el carácter injustificado de la decisión empresarial de alterar el sistema de cálculo de la retribución variable por incentivos, reponiendo a los trabajadores en las condiciones existentes con anterioridad al cambio.

La empresa anuncia y formaliza en plazo RCUD frente a la referida sentencia del TSJ de Castilla y León, que viene a resolver la sentencia de la Sala de lo Social del TS que ahora se comenta.

IV. Posición de las partes

1. La parte recurrente (empresa)

En el escrito de interposición del RCUD, la parte recurrente (empresa):

- Invoca como sentencia de contraste la STSJ de Madrid-SOC núm. 1034/2017, de 27 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 907/2017)^[2].
- Formula un solo punto de contradicción, referido a la infracción de los artículos 41.1.d) y 41.2 del ET por la sentencia recurrida. La empresa

sostiene que el sistema de incentivos no es producto de la negociación colectiva ni de pacto individual. La empresa añade que su decisión de modificar el sistema de cálculo de la retribución variable:

- Es manifestación del *ius variandi* y no comporta una modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- No provoca menoscabo alguno en los derechos retributivos de los trabajadores.
- No existe condición más beneficiosa, porque la voluntad empresarial ha sido la de no hacer permanente ni invariable el sistema de cálculo de los incentivos.

2. La parte recurrida (sindicato CC.OO.)

La parte recurrida (sindicato CC.OO.) impugna el RCUd en base a tres motivos:

- El escrito de interposición del RCUd incurre en falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción.
- Entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste no existe contradicción.
- No existe la infracción de norma [artículos 41.1.d) y 41.2 ET] en los términos alegados por la parte recurrente.

3. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal emite informe ex artículo 226.3 de la [Ley 36/2011](#), considerando la procedencia del RCUd. El Ministerio Fiscal argumenta que la empresa recurrente ha venido modificando el sistema de cálculo de la retribución variable utilizando dos fórmulas de venta desde 2014 (Recomendador y NBA's), sin que el convenio colectivo aplicable estableciera nada al respecto y sin que los trabajadores hayan protestado sobre el modo en que la empresa ha venido calculando los incentivos. El Ministerio Fiscal concluye que no cabe afirmar que la modificación adoptada por la empresa sobre el sistema de cálculo de la retribución variable sea sustancial porque no ha resultado acreditado en qué manera y forma repercute negativamente sobre el sistema anterior a 2017.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Social del TS fundamenta la resolución del RCUd no solo en la normativa vigente, sino también en la doctrina jurisprudencial precedente:

- Normativa: artículo 41 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).
- Doctrina jurisprudencial:
 - STS-SOC núm. 339/2020, de 14 de mayo (RCO núm. 214/2018) ([ECLI:ES:TS:2020:1195](#)).
 - STS-SOC núm. 157/2020, de 19 de febrero (RCO núm. 183/2018) ([ECLI:ES:TS:2020:835](#)).

VI. Doctrina básica

La doctrina de la Sala de lo Social del TS se condensa en las tres ideas siguientes:

- La decisión unilateral de la empresa de cambiar el sistema de cálculo de la retribución variable (incentivos) no comporta *per se* (automáticamente) una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

- El hecho de que la modificación alcance a la condición de trabajo listada en el artículo 41.1.d) del ET (sistema de remuneración y cuantía salarial) no es suficiente para afirmar que es sustancial.
- La sustancialidad en la modificación del sistema de cálculo de la retribución variable debe acreditarse, lo cual pasa por mostrar la relevancia cuantitativa de la decisión empresarial y el efecto negativo que esta causa en las condiciones salariales de los trabajadores afectados (menoscabo en los derechos retributivos de los trabajadores).

VII. Parte dispositiva

A la vista de los preceptos legales y de la doctrina jurisprudencial, la Sala de lo Social del TS falla en los términos siguientes:

- Estimar el RCUA núm. 3037/2018 interpuesto por la empresa contra la sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid, de 21 de mayo de 2018 (Recurso de suplicación núm. 112/2018).
- Casar la sentencia recurrida, desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia dictada por el JS núm. 2 de Ponferrada, de 19 de septiembre de 2017 (autos núm. 387/2017).
- Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Social del TS recuerda la doctrina jurisprudencial precedente, señalando que:

- *El ordenamiento jurídico reconoce la capacidad empresarial de variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, siempre que el cambio no haya de ser reputado sustancial; esto es, forma parte del poder de dirección empresarial un "ius variandi" o poder de modificación no sustancial del contrato, entendido como poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral, sujeto, obviamente, a las exigencias derivadas del principio de buena fe.*
- *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo afectan a unas determinadas y por algunas de las causas legalmente establecidas, sin que toda decisión empresarial de alterar algunos de los elementos que configuren la relación laboral puedan incardinarse en aquella figura ni aunque afecte a esas condiciones expresadas en el art. 41 del ET -no siendo cerrada la lista de condiciones a las que pueda afectar el régimen del indicado precepto-.*
- *El problema subsiguiente es determinar cuándo una modificación debe ser considerada como sustancial y, por tanto, debe seguir para su aplicación el régimen previsto en el artículo 41 ET y cuándo no ostenta tal carácter y puede ser llevada a cabo a través del ejercicio regular del poder de dirección empresarial.*
- *Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.1 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del*

poder de dirección y del "ius variandi" empresarial. Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.

La aplicación al caso ahora examinado de la doctrina jurisprudencial expuesta lleva al TS a concluir que *no es posible calificar de sustancial la modificación unilateral que ha realizado en 2017 la empresa en el sistema de incentivos porque se está partiendo de una alteración que es de plena competencia de la empresa en tanto que así lo ha venido realizando al no implantar un sistema invariable o consolidable. Además, tampoco se advierte que sea sustancial la alteración producida porque nada de ello ha quedado acreditado y la parte actora no logró, en revisión de los hechos probados en suplicación, obtener el efecto que allí pretendió, de forma que no se obtiene, con los datos que han quedado configurados en el relato fáctico, la relevancia cuantitativa que haya podido tener aquella decisión empresarial ya que la misma no se desprende del solo hecho de haberse rebajado en 0,08 euros el valor del punto en el método Recomendador cuando, por el contrario, se indica en la sentencia de instancia, en valoración no atacada, que la modificación ha supuesto un incremento de puntos.*

IX. Comentario: no están todas las que son ni son todas las que están

El empresario puede adoptar medidas de reorganización que comporten una modificación de las condiciones de trabajo inicialmente establecidas. Si la modificación es sustancial, el empresario queda sujeto a los límites causales, materiales y procedimentales del artículo 41 del ET. La cuestión consiste en determinar cuándo una modificación de condiciones de trabajo es sustancial.

El artículo 41.1.párrafo 2º del ET señala que *Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:*

- a) *Jornada de trabajo.*
- b) *Horario y distribución del tiempo de trabajo.*
- c) *Régimen de trabajo a turnos.*
- d) *Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- e) *Sistema de trabajo y rendimiento.*
- f) *Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.*

La Sala de lo Social del TS ha venido declarando desde antiguo que el artículo 41.1 del ET incorpora una lista abierta (*numerus apertus*) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial; dicho de otro modo: no se trata de una lista cerrada (*numerus clausus*), sino de una enumeración de condiciones de trabajo meramente ejemplificativa (*ad exemplum*) y no exhaustiva. El propio precepto estatutario lo deja claro al señalar que tendrá la consideración de sustancial la modificación que afecte, *entre otras*, a las materias (condiciones de trabajo) señaladas^[3]. La mencionada lista es abierta en un doble sentido porque^[4]: 1) no incorpora todas las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de modificación sustancial, y 2) no toda modificación que afecta a alguna de las condiciones de trabajo listadas tiene automáticamente el carácter de sustancial. En definitiva, **“no están todas las que son ni son todas las que están”**.

El TS destaca que no es posible trazar una noción dogmática de “modificación sustancial”, debiendo acudir a *criterios empíricos de casuismo*; es decir, hay que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso. La jurisprudencia social precisa que

son dos los aspectos que deben valorarse conjuntamente en cada supuesto para determinar si la modificación es o no sustancial; a saber: 1) el tipo de condición de trabajo afectada, y 2) la intensidad misma de la modificación.

- **El tipo de condición de trabajo afectada.** La modificación va referida a un aspecto fundamental de la relación laboral. Se consideran fundamentales, entre otras (no solo), las condiciones que lista el artículo 41.1.párrafo 2º del ET.
- **La intensidad misma de la modificación,** que va referida al nivel de perjuicio o sacrificio real o potencial que impone al trabajador. El grado de intensidad se valora a partir de tres parámetros: 1) la importancia cualitativa de la modificación, 2) el alcance temporal de la modificación y 3) las eventuales compensaciones pactadas que lleva aparejada la modificación.

En definitiva, la modificación sustancial es aquella de tal naturaleza que altera y transforma condiciones de trabajo fundamentales de la relación laboral, tales como las recogidas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.1 del ET, pasando a ser otras distintas de un modo notorio. La sustancialidad de una concreta modificación depende no solo de la condición de trabajo afectada, sino también de la intensidad (entidad) del cambio, que viene determinada desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones pactadas^[5].

La expresión “no están todas las que son ni son todas las que están” bien puede utilizarse para delimitar el alcance del artículo 41 del ET porque:

- La modificación es sustancial cuando afecta con suficiente entidad a una condición de trabajo que, aun no estando expresamente listada, tiene carácter fundamental (“no están todas las que son”).
- La modificación no es sustancial cuando, afectando a una condición de trabajo expresamente listada, carece de suficiente entidad (“no son todas las que están”).

La aplicación de los criterios descritos llevó a la STS-SOC núm. 824/2020, de 30 de septiembre (RCO núm. 109/2019)^[6], a calificar como modificación sustancial de condiciones de trabajo la decisión empresarial de alterar el periodo de disfrute vacacional. Nótese que el artículo 41.1 del ET no incluye el descanso anual (vacaciones) en la lista *ad exemplum* de materias susceptibles de modificación sustancial, de modo que se trata de un supuesto de “**no están todas las (condiciones) que son**”. A falta de acuerdo, la empresa modifica unilateralmente el régimen vacacional por medio de la ampliación del periodo de disfrute de 12 días laborables, entre el 1 de julio y el 30 de septiembre, para fijarlo entre el 5 de junio y el 10 de octubre; y además excluye del periodo de disfrute los meses de julio y agosto para los empleados de mantenimiento. El TS concluye que la empresa debió acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET porque altera de manera sustancial una condición fundamental del contrato de trabajo.

Otro supuesto destacable es analizado por la STS-SOC 849/2019, de 5 de diciembre (RCO núm. 135/2019)^[7], que no considera sustancial la modificación unilateral operada por la empresa en el sistema de cálculo de la retribución variable por incentivos (objetivos); se trata de un supuesto de “**no son todas las (condiciones) que están**”. El TS señala que la modificación adoptada por la empresa, a pesar de alcanzar a las condiciones de trabajo previstas en los artículos 41.1.d) (sistema de remuneración y cuantía salarial) y 41.1.e) del ET (sistema de trabajo y rendimiento), no tiene la consideración de sustancial, porque es de escasa trascendencia y no afecta decisivamente a las condiciones de trabajo ni al objeto del contrato de trabajo; *se trata de una pequeña modificación de los objetivos mensuales*

que se circunscribe a cinco días concretos, en el marco de una campaña de ventas decisiva cuantitativa y cualitativamente; modificación de la que se desconoce -porque no ha sido objeto de prueba, ni siquiera de controversia- su importe exacto y que no afecta al sistema ordinario de rendimiento e incentivos vigente en la empresa, sino únicamente a su determinación excepcional para cuatro días concretos. La STS-SOC núm. 354/202, que ahora se comenta, considera que la modificación del sistema de cálculo de la retribución variable tampoco es sustancial, máxime si se tiene en cuenta que no ha resultado acreditado el menoscabo que origina en los derechos retributivos de los más de 600 trabajadores afectados. Nótese que la modificación del sistema de retribución variable por objetivos ha tenido en otros casos entidad suficiente para declararla sustancial^[8].

La STS-SOC núm. 278/2021, de 9 de marzo (RCO núm. 73/2019),^[9] analiza un caso singular. Con motivo de la implantación de una nueva plataforma digital, la empresa (televisión pública gallega) encarga nuevas funciones a los redactores y a los operadores-montadores de vídeo, previa disposición de medios e impartición de formación. El TS concluye que la nueva tarea encomendada a los redactores comporta una modificación sustancial ex artículo 41 del ET, no así la atribuida a los operadores-montadores de vídeo, que se enmarca dentro del *ius variandi* empresarial ex artículos 20.1 y 20.2 del ET:

- La empresa encomienda a los redactores la edición básica de sus informaciones, guiones y contenidos, que consiste en cortar, pegar y arrastrar programas informáticos; cada una de esas funciones, de duración aproximada entre sesenta y noventa minutos, sirve de cobertura gráfica a las informaciones o noticias que los redactores elaboran. El TS concluye que esta nueva tarea comporta una modificación sustancial porque afecta a un aspecto fundamental de la prestación de servicios (funciones) que, además de incardinarse en el ámbito de los operadores montadores situados en un nivel inferior, no es de escaso transcurso, teniendo vocación de permanencia.
- La empresa encomienda a los operadores-montadores de vídeo la "inxesta", que consiste en poner a disposición de los profesionales el contenido de información proporcionado por diversas vías (tarjetas de memoria, satélite, agencias, etc.) y en preservar las cintas DVCPRO y su conversión en formato digital; estas tareas afectan aproximadamente al 50 % del material archivado, pudiendo durar la transformación unos 3 años. El TS considera que la nueva tarea, aun afectando a una condición de trabajo listada en el artículo 41.1.f) del ET (funciones), no tiene carácter sustancial porque no ha resultado acreditada su trascendencia o mayor onerosidad para los trabajadores afectados. El TS concluye que la medida adoptada por la empresa es manifestación de la movilidad funcional ordinaria, derivada del legítimo ejercicio del *ius variandi* empresarial.

En conclusión y tomando las palabras de la Sala de lo Social del TS, en cada caso concreto es preciso analizar la situación jurídica existente con anterioridad y su comparación con la resultante de la decisión empresarial, para establecer hasta qué punto pudiere haberse producido realmente una alteración de las condiciones de trabajo precedentes que pueda calificarse como sustancial por afectar a alguno de los aspectos fundamentales de la relación laboral hasta entonces vigentes^[10].

X. Apunte final

Llegados a este punto merece la pena añadir tres consideraciones, a modo de apunte final:

Primera consideración. La modificación de condiciones de trabajo no es sustancial cuando no parte de la iniciativa unilateral de la empresa, sino que responde

al cumplimiento de un mandato legal. El TS afirma que *los cambios introducidos en la relación laboral (aunque sean de relevancia) como consecuencia de los mandatos legales no han de sujetarse a las disposiciones del artículo 41 ET*. En este sentido, la modificación del tiempo de trabajo escapa del artículo 41 del ET y, por tanto, no exige la observancia del procedimiento en él establecido, cuando responde al cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales^[11] o de una Ley Presupuestaria^[12].

Segunda consideración. Si la modificación de condiciones de trabajo no es sustancial, sino meramente accidental, el empresario puede adoptarla a través del ejercicio regular de su poder de dirección y organización (*ius variandi*) ex artículos 5.c), 20.1 y 20.2 del ET.

Tercera consideración. A la vista de lo dispuesto en el artículo 41.2.párrafo 1º del ET, la modificación sustancial de condiciones de trabajo se define por la concurrencia de un tercer elemento que se suma a los dos señalados más arriba (tipo de condición de trabajo modificada e intensidad de la modificación), y es el instrumento que establece la condición de trabajo. La modificación sustancial alcanza a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de: 1) contrato de trabajo, 2) acuerdo colectivo, 3) pacto colectivo o 4) decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Si la modificación afecta a condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo y listadas en el artículo 82.3 del ET, el empresario ha de observar el régimen sobre inaplicación (descuelgue) del convenio colectivo del referido precepto estatutario (artículo 41.6 ET). En el caso ahora examinado, el sistema de cálculo de la retribución variable que modifica unilateralmente la empresa no viene recogido en pacto colectivo ni individual, y tampoco en el convenio colectivo aplicable. La STS-SOC núm. 532/2019, de 3 de julio (RCO núm. 51/2018)^[13] expone con precisión y claridad las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET) y la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo (artículo 82.3 ET):

- La lista de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial es abierta (artículo 41.1 ET), mientras que el elenco de condiciones de trabajo respecto de las que cabe el descuelgue del convenio colectivo es cerrado (artículo 82.3 ET); aunque ambas listas son casi coincidentes, el artículo 82.3 del ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social que el artículo 41.1 del ET omite.
- Los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el artículo 41 ET. Sin embargo, la alteración de las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue.
- El empresario debe acudir al procedimiento del artículo 41 del ET cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET. La cuestión consiste en determinar cómo se articula la modificación de una condición de trabajo regulada en convenio colectivo que no figura en la lista cerrada del artículo 82.3 del ET.
- La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede adoptarla unilateralmente aun cuando no alcance acuerdo con la representación legal de los trabajadores en el periodo de consultas. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio

colectivo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario, siendo necesario el pacto o el laudo sustitutivo.

- La modificación sustancial de condiciones de trabajo no cuenta con una duración máxima legal, mientras que el descuelgue no puede ir más allá de la vigencia del convenio colectivo.
- La impugnación judicial de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y de la inaplicación del convenio colectivo se articulan de distinto modo (plazos, modalidad procesal, etc.) y las consecuencias que lleva aparejada la calificación judicial también difieren para una medida y otra.
- En determinados casos, el trabajador afectado por una modificación sustancial de condiciones de trabajo puede rescindir su contrato con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (artículo 41.3.párrafo 2º). Sin embargo, la opción de extinción indemnizada del contrato de trabajo no se contempla para los trabajadores afectados por un descuelgue.

Referencias:

1. [^] *Las relaciones laborales en la empresa se rigen por II Convenio Colectivo estatal del sector de contact center (Código de convenio núm. 99012145012002. BOE núm. 165, de 12 julio 2017. Modificación en BOE núm. 219, de 14 agosto 2020).*
2. [^] [ECLI:ES:TSJM:2017:12001](#).
3. [^] *En este sentido, vid., por todas, STS-SOC núm. 717/2016, de 12 de septiembre (RCO núm. 246/2015. [ECLI:ES:TS:2016:4782](#)).*
4. [^] *En este sentido, vid., por todas, SSTS, Sala Social, de 10 de noviembre de 2015 (RCO núm. 261/2014. [ECLI:ES:TS:2015:5527](#)), 25 de noviembre de 2015 (RCO núm. 229/2014. [ECLI:ES:TS:2015:5426](#)), 8 de abril de 2016 (RCO núm. 285/2014. [ECLI:ES:TS:2016:2498](#)), 12 de septiembre de 2016 (RCO núm. 246/2015. [ECLI:ES:TS:2016:4782](#)), 24 de enero de 2017 (RCO núm. 97/2016. [ECLI:ES:TS:2017:628](#)), 26 de noviembre de 2019 (RCO núm. 97/2018. [ECLI:ES:TS:2019:4280](#)), 5 de diciembre de 2019 (RCO núm. 135/2018. [ECLI:ES:TS:2019:4238](#)), 19 de febrero de 2020 (RCO núm. 183/2018. [ECLI:ES:TS:2020:835](#)) y 26 de marzo de 2021 (RCUD núm. 3037/2018. [ECLI:ES:TS:2021:1273](#)).*
5. [^] *Por todas, vid. SSTS, Sala Social, de 17 de enero de 2017 (RCO núm. 36/2017. [ECLI:ES:TS:2017:799](#)), 29 de junio de 2017 (RCO núm. 186/2016. [ECLI:ES:TS:2017:2892](#)), 29 de noviembre de 2017 (RCO núm. 23/2017. [ECLI:ES:TS:2017:4720](#)), 4 de diciembre de 2018 (RCO núm. 245/2017. [ECLI:ES:TS:2018:4483](#)), 26 de noviembre de 2019 (RCO núm. 97/2018. [ECLI:ES:TS:2019:4280](#)), 5 de diciembre de 2019 (RCO núm. 135/2018. [ECLI:ES:TS:2019:4238](#)), 28 de enero de 2020 (RCO núm. 176/2018. [ECLI:ES:TS:2020:298](#)), 19 de febrero de 2020 (RCO núm. 183/2018. [ECLI:ES:TS:2020:835](#)), 27 de febrero de 2020 (RCO núm. 201/2018. [ECLI:ES:TS:2020:891](#)), 14 de mayo de 2020 (RCO núm.*

- 314/2018. [ECLI:ES:TS:2020:1195](#)), 11 de junio de 2020 (RCO núm. 168/2019. [ECLI:ES:TS:2020:1978](#)), 30 de septiembre de 2020 (RCO núm. 109/2019. [ECLI:ES:TS:2020:3153](#)), 9 de marzo de 2021 (RCO núm. 73/2019. [ECLI:ES:TS:2021:953](#)) y 26 de marzo de 2021 (RCUD núm. 3037/2018. [ECLI:ES:TS:2021:1273](#)).
6. [^] [ECLI:ES:TS:2020:3153](#).
 7. [^] [ECLI:ES:TS:2019:4238](#).
 8. [^] Por todas, *vid.*, SSTS, Sala Social, de 4 de diciembre de 2018 (RCO núm. 245/2017. [ECLI:ES:TS:2018:4483](#)).
 9. [^] [ECLI:ES:TS:2021:953](#).
 10. [^] STS-SOC núm. 339/2020, de 14 de mayo (RCO núm. 214/2018. [ECLI:ES:TS:2020:1195](#)).
 11. [^] La STS, Sala Social, de 18 de diciembre de 2013 (RCUD núm. 2566/2012. [ECLI:ES:TS:2013:6541](#)), declara que la decisión de la empresa de excluir a una trabajadora del turno nocturno por motivos de salud no comporta una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino que responde al cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales.
 12. [^] La STS, Sala Social, de 21 de noviembre de 2014 (RCO núm. 9/2014. [ECLI:ES:TS:2014:5645](#)), señala que la decisión de la empresa de incrementar la jornada de 35 horas a 37,5 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual no comporta una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino que responde al cumplimiento del mandato recogido en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado. Sobre modificación de las condiciones de trabajo por cumplimiento del mandato recogido en una Ley Presupuestaria *vid.*, por todas, STS, Sala Social, de 15 de marzo de 2017 (RCO núm. 159/2016. [ECLI:ES:TS:2017:1174](#)) y 19 de febrero de 2019 (RCO núm. 186/2017. [ECLI:ES:TS:2019:727](#)).
 13. [^] Sobre las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET) y la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo (artículo 82.3 ET), *vid.*, también, SSTS, Sala Social, de 17 de diciembre de 2014 (RCO núm. 24/2014. [ECLI:ES:TS:2014:5792](#)), 23 de junio de 2015 (RCO núm. 315/2013. [ECLI:ES:TS:2015:3294](#)), 6 de julio de 2016 (RCO núm. 616/2016. [ECLI:ES:TS:2016:3906](#)), 29 de junio de 2017 (RCO núm. 186/2016. [ECLI:ES:TS:2017:2892](#)), 29 de noviembre de 2017 (RCO núm. 23/2017. [ECLI:ES:TS:2017:4720](#)) y 3 de julio de 2019 (RCO núm. 51/2018. [ECLI:ES:TS:2019:2525](#)).