

SEGUNDA PARTE
PONENCIAS PRESENTADAS EN EL COLOQUIO DE OTOÑO DE 2017
“LAS NUEVAS FRONTERAS DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA”

LA MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA*

Ángel Luis de Val Tena**
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Premisa: la autonomía de la voluntad como fuente de derechos y obligaciones en la relación jurídico-laboral. –2. Sobre la condición más beneficiosa: definición, origen, prueba y efecto vinculante. –3. Cauces jurídicos para modificar o extinguir una condición más beneficiosa. 3.1. Por acuerdo entre las partes. 3.2. Imposibilidad de suprimir o modificar unilateralmente, por el empresario, la condición más beneficiosa. 3.2.1. El carácter intangible de las condiciones más beneficiosas. 3.2.2. Excepciones. A) El mecanismo de compensación o absorción de condiciones salariales. B) El procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. C) La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. –4. Reflexiones finales: del origen pactado o reconocido a la obligación de cumplir la condición más beneficiosa

RESUMEN

*Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo y, también, por la voluntad unilateral del empresario, expresa o tácita, pueden reconocerse condiciones más beneficiosas para uno o más trabajadores, mejorando el contenido de las disposiciones legales y del convenio colectivo aplicable. Lo relevante es la incorporación de la condición más beneficiosa al contrato de trabajo, por lo que su reconocimiento formal o su prueba obliga a su cumplimiento. Por acuerdo novatorio, las partes de la relación de trabajo pueden suprimir o alterar una condición más beneficiosa. Sin embargo, el empresario no puede unilateralmente decidir su modificación o extinción, salvo que acuda a los cauces habilitados para ello, a saber: la compensación o absorción salarial, la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.*

*Recibido el 31 de mayo. Aceptado el 15 de julio.

Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del proyecto de investigación “Del derecho de la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española” (DER2017-85148-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento).

** Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y miembro del Grupo de Investigación de Referencia reconocido por el Gobierno de Aragón “Derecho del Trabajo–Universidad de Zaragoza” (S18_17R).

ABSTRACT

By the aim of the parties declared by the contract of employment and, also, by the unilateral will of the employer, express or implied, most beneficial conditions can be recognised to one or more workers, improving the content of legal provisions and of the applied collective agreement. What is relevant is the inclusion of the most beneficial condition into the contract of employment, so that its formal recognition or its evidence obliges to comply with it. By novation agreement, the parties of the labour relationship can remove or modify a concrete most beneficial condition. However, the employer can't unilaterally decide on its modification or termination, unless using the facilities provided to that purpose, such as wage compensation or absorption, substantial modification of working conditions or the application of the rebus sic stantibus clause.

Palabras clave: Condición más beneficiosa, autonomía individual, voluntad unilateral, novación contractual, compensación y absorción salarial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cláusula *rebus sic stantibus*.

Key words: Most beneficial condition, individual autonomy, unilateral will, contractual novation, wage compensation and absorption, substantial modification of working conditions, *rebus sic stantibus* clause.

1. PREMISA: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL

Cuando el legislador sistematiza las “fuentes de la relación laboral” común, establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan, en este orden: 1) por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; 2) por los convenios colectivos; 3) por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados; y 4) por los usos y costumbres locales y profesionales (art. 3.1 LET). Se refleja, así, un sistema plural de fuente reguladoras, que demuestra, por una parte, que la relación jurídica nacida del contrato no se regula solo por la voluntad de las partes o, dicho con otras palabras, no es autosuficiente respecto de la determinación de su contenido, y que la voluntad de las partes, por otra, siendo fuente de derechos obligaciones, queda condicionada, cuando no limitada, por lo dispuesto en las leyes y en los convenios colectivos.

El contrato de trabajo desarrolla una doble función¹, respecto de la relación jurídico-laboral que alumbró: constituye o crea la propia relación jurídica, tras consentir las partes en obligarse, de un lado, y lo pactado, además, es de obligado cumplimiento para ellas, de otro lado. En efecto, la voluntad de las partes, expresada en el contrato, asume, *ab initio*, la función de constituir la relación jurídica obligatoria entre el empleador y el trabajador, sin que por ello deje de manifestarse durante la propia vida del contrato, ante las vicisitudes novatorias o modificativas por las que atraviese e, incluso, en el momento de su extinción. Siendo relevante esa función constitutiva, no es la única. El contrato de trabajo cumple también la misión de regular la relación que nace del acuerdo de voluntades, si bien en este rol queda condicionada notablemente por la intervención del legislador, pero sin que por ello resulte anulada.

¹ La primera es la –así llamada– función constitutiva o creadora del contrato, siendo este el origen de las obligaciones entre las partes, pero sin que agote en ella su fuerza vinculante; la segunda es la –generalmente denominada– función normativa o reguladora de las obligaciones asumidas, que dota de contenido al contrato. Vid. DE VAL TENA, A. L., “Los límites a la libre voluntad de las partes en la relación laboral: de la inderogabilidad de las normas imperativas a la indisponibilidad de los derechos. A propósito del orden público laboral”, en VV.AA. (PARRA LUCÁN, M. A., Dir.), *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, Comares, Granada, 2016, pp. 25-28.

Tradicionalmente, la extensión de la función reguladora de la autonomía individual en la relación jurídica de trabajo ha sido confinada. Mientras en el derecho común de los contratos, la regla es la libertad de pactos, aunque no absoluta, por lo que se establecen límites genéricos, como no contrariar la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC), el ordenamiento laboral, en cambio, sobre la base de esos mismos límites, impide que puedan establecerse, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos² aplicables. Sucede, además, que la intervención normativa sobre la relación jurídica, nacida del contrato de trabajo, es muy amplia, con un haz de normas legales y convencionales –regulación heterónoma– que convierten al contrato de trabajo en un auténtico “contrato normado”³, por cuanto, sin necesidad de que las partes lo acepten expresamente y sin que puedan impedirlo, aquellas resultan aplicables, determinando por sí solas los derechos y obligaciones de los contratantes; dicho de otra manera, concurren directamente a formar el contenido del contrato o lo integran allí donde no son dispuestas o sustituyen automáticamente la cláusula *secundum legem* o la cláusula *contra legem*⁴. Buena parte del contenido de la relación de trabajo está predeterminada por las fuentes jurídicas externas que vienen a conformar directamente dicho contenido, ya sea ante la ausencia de pactos contractuales, ya sea por resultar contrarios tales acuerdos a las disposiciones imperativas.

El contrato de trabajo es, paradójicamente, el cauce para introducir en la relación jurídica un “estatuto social” de orden público⁵, es decir, un conjunto de reglas jurídicas imperativas y externas a la autonomía contractual. La intervención legislativa –“genéricamente *predeterminada* por el texto constitucional”⁶, ahora– se justifica por la necesidad de corregir la desigualdad⁷ entre las partes de la relación laboral, protegiendo a la más débil⁸, aunque no se lleguen a alcanzar posiciones de igualdad plena; desigualdad que se incrementa por la subordinación del trabajador a los poderes y facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce al empleador. Son razones de política social las que justifican que la relación jurídica, alumbrada por el contrato de trabajo, inmediatamente sea completada por las condiciones, derechos y obligaciones que provienen del poder normativo estatal y de la autonomía colectiva, articulando el contenido de la relación laboral. No obstante, siendo cierto lo anterior y por más que el contrato de trabajo pertenezca a la tipología de los contratos normados, la voluntad de las partes

² Frente a la opinión mayoritaria en la doctrina científica, así como a la práctica unanimidad de la doctrina judicial, VALDÉS DAL-RE, F., “Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo”, en VV.AA. (PARRA LUCÁN, M. A., Dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinaria*, Comares, Granada, 2017, pp. 600-601, entiende “que la prohibición tiene un sentido amplio, comprendiendo, en efecto, a toda condición de trabajo pactada en un instrumento resultado de la autonomía negocial” colectiva; es decir, comprende “a los convenios de eficacia personal general” y también “a los convenios y acuerdos colectivos de eficacia limitada, así como a los acuerdos de empresa de eficacia general”.

³ Por todos, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 38ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 268, que pone de relieve cómo la relación jurídica que emana del contrato se somete a una extensa regulación estatal y “colectiva”.

⁴ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 77.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N., “Artículo 3. Fuentes de la relación laboral”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012, p. 76.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 190.

⁷ Con carácter general, subraya DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, 6ª ed., Thomson Civitas, Vol. I, Madrid, 2007, pp. 159-160, que, en ocasiones, “el Estado asume la tarea de dotar legislativa o reglamentariamente de un contenido imperativo e irrenunciable a determinados tipos de contratos” porque, en algunos casos, “la igualdad entre los contratantes ha dejado de existir y el puro juego de la libertad contractual clásica supondría dejar a uno de los contratantes, el económicamente más débil, a merced del otro”.

⁸ Como afirma VALDÉS DAL-RE, F., “Las transformaciones de las fuentes del derecho del trabajo: una aproximación”, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 25, núm. 2, 2007, p. 14, “la función básica de la mediación normativa del Estado ha sido la protección de la parte contratante más débil, expresada mediante la sustracción o la limitación al juego de la libre contratación, de la individual pero también de la colectiva, de la determinación de los aspectos más significativos del contenido de la relación obligatoria”.

no queda reducida a su función constitutiva; las normas heterónomas, principalmente la ley pero también el convenio colectivo, dejan un ámbito de actuación a la autonomía de la voluntad, por cuanto aquellas no consumen el compendio de derechos y obligaciones que pueden constituir la relación laboral y, en no pocas ocasiones, recurren al establecimiento de normas mínimas, mejorables por el acuerdo de las partes.

El ordenamiento jurídico laboral admite expresamente el papel regulador de la autonomía individual, como “fuente de la relación laboral”, a modo de instrumento normativo. No como fuente del Derecho, pero sí como fuente de las obligaciones, y sobre la base de respetar lo dispuesto por las normas estatales y convencionales colectivas, la voluntad de las partes es reconocida por la ley, estableciendo con ella una relación de coordinación en múltiples ocasiones; bien mediante la técnica del reenvío al contrato de trabajo, bien asumiendo este la suplencia del convenio colectivo, lo cierto es que el legislador reconoce y reserva espacios de regulación a la autonomía individual⁹.

Es en este marco jurídico, reconocido y articulado *ex lege*, donde tiene encaje la condición más beneficiosa. Al ser el contrato de trabajo, como se ha dicho, una fuente habilitada para fijar las condiciones de trabajo, subordinada a la ley y al convenio colectivo, y como al mismo tiempo esas disposiciones legales y los convenios colectivos son generalmente normas mínimas frente al contrato de trabajo, por acuerdo entre las partes contratantes será posible establecer condiciones más beneficiosas para el trabajador, siempre que no exista una prohibición concreta que convierta tal condición en contraria a aquellas disposiciones o convenios¹⁰.

Por consiguiente, una condición de trabajo pactada en el contrato es, *a priori*, una condición más beneficiosa, puesto que una función –no la única– asignada a la autonomía individual es la mejora de las disposiciones legales o convencionales, de manera que no caben condiciones contra *legem*¹¹, por más que se pudieran calificar de más beneficiosas para el interés del trabajador, pero sí condiciones *praeter legem* o fuera de las previsiones legales, sin adjetivarlas como beneficiosas. Al margen de la anterior precisión, lo cierto es que la condición más beneficiosa es una condición de trabajo cuyo origen reside en la autonomía individual cuando se manifiesta dentro de los límites del artículo 3.1.c) LET¹², como norma positiva que formalmente habilita la existencia de una condición más beneficiosa, e implica que tras su reconocimiento, bien por pacto contractual¹³ o bien por decisión unilateral del empresario, esas condiciones más favorables no pueden ser modificadas ni suprimidas por la decisión unilateral del propio empresario, salvo en los casos y por las circunstancias expresamente previstos en la ley.

De esta manera, en suma, se configura, sobre todo en la doctrina de los tribunales, el llamado “principio de respeto a las condiciones más beneficiosas de origen contractual”, conforme al cual “las condiciones contractuales, expresas o tácitas, son inatacables para el empresario y subsisten incluso en el supuesto de alteración del cuadro normativo estatal y/o convencional colectivo bajo el que las mismas nacieron”¹⁴. Así enunciado, este principio¹⁵ poco o nada añae

⁹ Cfr. arts. 25.1, 26.3, 34.1 y 3, 35.1 y 4, 38.1 LET.

¹⁰ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786).

¹¹ SSTS de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016,993), de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017,1782) y de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 4100).

¹² Vid. BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Ed. Trotta, Madrid, 1991, p. 74, y CAMPS RUIZ, L. M., “La condición más beneficiosa”, en VV.AA., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 247.

¹³ Si bien, como ha destacado CASAS BAAMONDE, M. E., “La individualización de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, T. II, 1991, p. 413, “los casos de trabajos altamente cualificados pueden encontrar en el principio de condición más beneficiosa la separación y el amparo necesario a alguna de sus singularidades”.

¹⁴ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786).

¹⁵ Subraya CAMPS RUIZ, L. M., “La condición más beneficiosa”, cit., p. 247, que “no se trata propiamente de un principio general del derecho, sino simplemente de una doctrina jurisprudencial”.

diría a la regulación común de los contratos, en tanto los pactos contractuales se rigen por el acto o pacto de concesión (art. 1258 CC), sin que su cumplimiento pueda quedar al solo arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC), es decir, sin que se admita su modificación o supresión por voluntad unilateral de una de ellas.

Lógicamente, antes de abordar la modificación y extinción de la condición más beneficiosa, devine obligado determinar el concepto de condición más beneficiosa, reparando, en particular, tanto en su origen como en los efectos que proyecta sobre la relación jurídica de trabajo, como cuestiones previas sobre las que asentar y precisar las alternativas modificativas y extintivas de aquella.

2. SOBRE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA: DEFINICIÓN, ORIGEN, PRUEBA Y EFECTO VINCULANTE

Se entiende por condición más beneficiosa “el derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo que, manifestando su voluntad en tal sentido, introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión por los procedimientos oportunos”¹⁶. Formulada en esos términos, se puede afirmar que toda condición de trabajo establecida por el contrato de trabajo es, en principio, una condición más beneficiosa, puesto que la única¹⁷ virtualidad de la autonomía individual es la mejora de las disposiciones legales o convencionales.

Sería este, como describe la jurisprudencia¹⁸, el “sentido vertical” de la expresión condición más beneficiosa, que designa la mejora que en las condiciones de trabajo o empleo introducen las partes del contrato de trabajo sobre la regulación de esas condiciones contenida en la norma estatal o convencional, incluyendo también las condiciones de este carácter que pueden surgir de una conducta unilateral del empresario, planteándose entonces el problema de en qué medida esa conducta expresa realmente una voluntad de reconocimiento del beneficio a efectos de su incorporación al vínculo contractual. En “sentido horizontal”, dentro del marco de la sucesión normativa, la condición más beneficiosa se identifica como una regulación que por su carácter puede subsistir frente a otra –más restrictiva– que la sucede en el tiempo.

Las dudas se plantean no tanto por el régimen jurídico aplicable, sino por su reconocimiento como condición más beneficiosa; dicho con otras palabras, la conflictividad aflora cuando no hay consenso para discernir si se está disfrutando aquella condición de trabajo en virtud de un pacto contractual expreso o tácito o, por el contrario, solo es una actuación del empresario que nunca se incorporó al nexo contractual o, simplemente, se trata de un uso o costumbre de empresa, y, en consecuencia, en confirmar si su modificación o supresión por la voluntad única del empresario es válida o no.

Los abundantes pronunciamientos de los tribunales salen a la luz porque muchas de las condiciones más favorables se han establecido de forma verbal o, sobre todo, tácita. La inexistencia de un pacto escrito suscita posiciones encontradas entre las partes sobre la existencia misma de la condición más beneficiosa, su contenido y su régimen jurídico, entendiendo la doctrina jurisprudencial, con carácter general, que “la prueba de su efectiva existencia dependerá de que se acredite que hubo realmente voluntad de las partes, y especialmente del empresario, de asumir el correspondiente compromiso contractual, fuente u origen de la condición de que se trate; esto es, que concurra la voluntad expresa o tácita de las partes para establecer una condición o un derecho, porque de no ser así, de tratarse de una condición vin-

¹⁶ STS de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017, 656).

¹⁷ *Ibidem* nota anterior.

¹⁸ SSTs de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4122) y de 8 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1149).

culada a las propias características del trabajo desarrollado o a la mera tolerancia empresarial no habrá surgido la condición más beneficiosa y podría ser modificada o suprimida por el empresario y alterada como efecto de un cambio normativo o convencional¹⁹.

Tomando como referencia la extensa jurisprudencia²⁰ sobre la condición más beneficiosa, cabe sostener las siguientes afirmaciones:

a) Para que exista la condición más beneficiosa, se exige que sea fruto de la voluntad deliberada de establecerla, bien mediante un acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, bien mediante la decisión unilateral del empresario que es aceptada tácitamente por el trabajador²¹. Es posible, por lo tanto, entender establecida una condición más beneficiosa por un pacto tácito derivado de una actuación empresarial, aceptada por los trabajadores, en virtud del principio de libertad formal que rige en materia contractual²². Así, las condiciones ofrecidas en una circular de empresa constituyen una oferta que, una vez aceptada por el trabajador, se incorporan a la regulación contractual, constituyendo una condición más beneficiosa²³.

b) Lo relevante, en todo caso, es la voluntad empresarial de incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad o tolerancia del empresario, por lo que para su acreditación es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador²⁴.

c) No es suficiente la mera repetición o persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión; al contrario, se requiere que dicha actuación continuada descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio²⁵.

d) Se admiten las –así llamadas– condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo, que reconoce u otorga el empresario a una pluralidad de trabajadores o a todos ellos y nacen no solo de concesiones individuales, sino también de pactos y acuerdos de empresa²⁶ que no tienen naturaleza de convenio, pero que se destinan a una pluralidad de trabajadores²⁷.

e) La condición más beneficiosa se incorpora al nexo contractual de aquellos trabajadores a quienes se concedió y, por ello, la empresa no está obligada a aplicarla a otros²⁸.

A modo de resumen y con las propias palabras del Tribunal Supremo²⁹, para confirmar la existencia de una condición más beneficiosa “es preciso que esta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión”³⁰, de manera que la ventaja reconocida se haya incorporado al nexo contractual por “un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de

¹⁹ STS de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017, 656).

²⁰ SSTS de 15 de junio de 2015 (RJ 2015, 3183), de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 5755), de 19 de julio de 2016 (RJ 2016, 4815), de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017, 656) y de 18 de enero de 2018 (RJ 2018, 317).

²¹ SSTS 9 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8029), de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5965) y de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9974), entre otras.

²² STS de 17 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8243).

²³ SSTS de 1 de junio de 1992 (RJ 1992, 4504) y de 7 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2206).

²⁴ SSTS de 7 de julio de 2010 (RJ 2010, 6790) y de 22 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7275).

²⁵ Entre otras, SSTS de 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8776), de 7 de junio de 1993 (RJ 1993, 4544), de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5758) y de 24 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 7125).

²⁶ No obstante, como advierte, QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Civitas, Madrid, 2002, “el acuerdo de empresa no siempre contendrá condiciones más beneficiosas”.

²⁷ SSTS de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 454) y de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8402).

²⁸ SSTS de 10 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1148) y de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7554).

²⁹ STS de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016, 933).

³⁰ SSTS de 16 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6789), de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9974), de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1216), de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012) y 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5761).

un derecho”³¹, y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”³².

Como se ha subrayado anteriormente, la mejora que se atribuye al trabajador puede estar incorporada al contrato de trabajo *ab origine* o también se puede adquirir durante el desarrollo de la relación laboral, de manera individual, plural e incluso colectiva, a través de pactos expresos —de ser colectivos, que no tengan la naturaleza de convenio colectivo— o más frecuentemente mediante actos repetitivos que expresen la voluntad unilateral del empresario de otorgar un beneficio, ofertado sin contraprestación³³. Será esta una condición más beneficiosa adquirida, que igualmente se incorpora al nexo contractual, por lo que deviene exigible frente al empleador y goza de la misma tutela, en cuanto a su eficacia y efectos entre las partes, ante actuaciones unilaterales que la modifiquen o supriman.

Afirmado el exclusivo origen contractual³⁴ de las condiciones más beneficiosas, el pacto del que emanan puede ser expreso o tácito; y en cualquiera de ambas hipótesis su existencia

³¹ SSTs de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012) y de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5761).

³² SSTs de 25 de enero de 1995 (RJ 1995, 410), de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012) y de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5758).

³³ STS de 25 de enero de 2017 (RJ 2017, 507).

³⁴ Como señala OJEDA AVILÉS, A., “El principio de condición más beneficiosa”, en VV.AA. (DE LA VILA GIL, L. E. y LÓPEZ CUMBRE, L., Dirs.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003, p. 177, “el principio en cuestión hace referencia al mantenimiento de las condiciones más beneficiosas reconocidas por negocios jurídicos, contractuales o unilaterales, pero no por normas, legales o colectivas”. No se puede desconocer, no obstante, una línea interpretativa defensora de que la remisión del contrato al convenio colectivo aplicable produce una contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en este último, de manera que las condiciones laborales y beneficios sociales pasan a formar parte del nexo contractual de cada uno de los empleados afectados, por lo que no serán disponibles por futuros convenios colectivos o pactos de cualquier naturaleza o eficacia [STS de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6210), en un supuesto de sucesión de convenios singular, con una “cláusula de garantías individuales”]; en la doctrina, vid. CRUZ VILLALÓN, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en VV.AA. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid., 2012, p. 413, y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en VV.AA. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, p. 54. La STS de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6638) —seguida por otras, así STS de 18 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3533)— confirma que “cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque —como se ha dicho algunas veces— las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”. Al respecto, vid. MONTOYA MELGAR, A., “Las condiciones de trabajo tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo (en torno a la STS 22 diciembre 2014 [RJ 2014, 6638] y sus votos particulares)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, y también SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La condición más beneficiosa y su fuente generadora”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 174, 2015, pp. 165-175, que analiza su configuración inicial normativa, su evolución hacia la condición contractual y su vuelta a la condición normativa. Expresamente, CASAS BAAMONDE, M. E., “La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2013, pp. 23-24, considera condiciones más beneficiosas a “las condiciones de trabajo que tenían los trabajadores bajo la vigencia del convenio colectivo decaído en su vigencia (que) estarán ya incorporadas o se incorporarán, si son mantenidas con el consentimiento empresarial, a sus respectivos contratos”, aunque “no tendrán su fuente ya en una norma jurídica —el convenio desaparecido del ordenamiento; la jurisprudencia viene diciendo que el convenio no es fuente de condiciones más beneficiosas—, sino en los contratos individuales de trabajo y en la voluntad empresarial; contratos de trabajo que, por lo demás, se han celebrado y ejecutado teniendo a la vista o reposando sobre el conjunto de condiciones de trabajo establecidas en el convenio desaparecido (funciones, salario, jornada) con incorporación expresa o no, remisiva, a su clausulado”.

debe quedar, siempre, convenientemente acreditada³⁵: así, antes examinar si una condición se ha modificado o suprimido unilateralmente por la empresa, se tendrá que demostrar la existencia de dicha condición más beneficiosa³⁶.

En principio, la prueba no presenta especiales dificultades cuando existe constancia escrita del acuerdo, por lo general en el propio contrato de trabajo³⁷ o en un pacto de efectos colectivos³⁸, que estableció la condición más beneficiosa. Mientras que si la condición contractual más beneficiosa no se hubiera documentado —o lo hubiera sido con una redacción confusa o de alcance impreciso—, la prueba de su efectiva existencia dependerá de que se acredite que hubo realmente voluntad de las partes, en particular del empresario, de asumir —como se ha dicho antes— el correspondiente compromiso contractual, fuente u origen de la condición de que se trate, esto es, que concorra la voluntad expresa o tácita de las partes para establecer tal condición o crear tal derecho.

Respecto de la condiciones más beneficiosa tácitas, la jurisprudencia ha sentado la doctrina de que las condiciones que se aplican efectivamente a una relación laboral deben considerarse, en principio, como condiciones contractuales, de modo que aunque su origen pudiera haber sido una concesión unilateral y voluntaria del empresario, por vía de repetición se incorporan al contrato; adquiriendo naturaleza contractual y convirtiéndose así en obligatorias para el empresario; que no podrá, posteriormente, suprimirlas por sí mismo. Este es, probablemente, el “terreno propio”³⁹ de la condición más beneficiosa y lo más significativo de la elaboración jurisprudencial del régimen jurídico aplicable al principio de condición más beneficiosa: la consideración de que las condiciones realmente aplicadas, aunque no deriven de un pacto formalizado, responden a la lógica cambiaria del contrato de trabajo y tienen, por tanto, naturaleza contractual⁴⁰.

Determinar el momento en que se produce la incorporación contractual de estas mejoras unilaterales, a partir del cual se suman al patrimonio de derechos subjetivos del trabajador, remite, como ya se ha expuesto, a un problema de prueba, a una cuestión de hecho, que el juez debe valorar, en cada caso, según las circunstancias concurrentes.

La efectiva concesión y, sobre todo, la habitualidad, continuidad, regularidad y persistencia temporal⁴¹ en el disfrute —desde tiempo inmemorial⁴², dicen algunas sentencias— de la mejora

³⁵ SSTS de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016, 933), de 5 de abril de 2016 (RJ 2016, 1592) y de 14 de junio de 2016 (RJ 2016, 2872).

³⁶ STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1829), STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786) y STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 2017 (AS 2017, 512).

³⁷ STSJ de Castilla La Mancha de 19 de noviembre de 2015 (AS 2016, 226).

³⁸ SAN de 17 de julio de 2017 (JUR 2017, 207556).

³⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “La reducción del espacio de la condición más beneficiosa: su función propia como acuerdo contractual tácito”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015, p. 2 (BIB 2015, 4877). Así lo reconoce, igualmente, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., “Compensación y absorción de mejoras salariales. O el espacio menguante del principio de condición más beneficiosa. SJS núm. 3 de Burgos, de 22 de enero de 2016 (AS 2016, 255)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016, p. 8 (BIB 2016, 80278), puesto que “cuando el origen de tales condiciones proviene del acuerdo de las partes, son esas —y no un pretendido principio— las llamadas a definir el contenido y extensión de las obligaciones resultantes”.

⁴⁰ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786).

⁴¹ La persistencia temporal en la práctica de la empresa es valorada por las SSTS de 14 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4518), sobre cesta de Navidad y seguro médico, de 16 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7661), sobre precios de las cafeterías de un centro, y de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 5755), sobre disfrute de tiempo de bocadillo, entre otras, apreciando la existencia de una condición más beneficiosa por el reiterado comportamiento de la empresa durante años, sin la concurrencia de circunstancias que desvaloricen ese dato.

⁴² STS de 21 de abril de 2016 (RJ 2016, 2407) y SAN de 17 de julio de 2017 (JUR 2017, 207556); en ambos casos, se discutía el derecho a disfrutar de la cesta de Navidad, como condición más beneficiosa.

constituye el indicio⁴³ objetivo más relevante —aunque no necesario o imprescindible— de la existencia de una condición más beneficiosa. Se trata, al menos, de un indicio que puede ser contrarrestado por otros factores⁴⁴, que desvirtúen la naturaleza contractual y, por consiguiente, consolidada de la condición más beneficiosa; por ejemplo: a) la manifestación en contrario⁴⁵ o el hecho de que la condición nazca de un pacto que se reanuda cada año, pues ello evidencia, sin sombra de duda, que no hay voluntad de constituir este beneficio de modo indefinido; b) el hecho de que la condición esté ligada a las características del trabajo desarrollado; c) la mera condescendencia o tolerancia⁴⁶, simplemente se consiente sin admitir su incorporación al convenio colectivo⁴⁷; o, d) la reserva de la potestad de modificar o suprimir la condición reconocida⁴⁸. Se ha llegado a afirmar, con mayor alcance, que la reiteración en el tiempo de la conducta empresarial concesiva genera una “presunción de nacimiento de una condición más beneficiosa”⁴⁹ que tendrá que destruir la parte empleadora, mediante prueba en contrario⁵⁰, especialmente en el caso de conductas empresariales no pasivas, sino consistentes en una actuación activa⁵¹. Ahora bien, no parece por ello adecuado exigir rígidamente la prueba de la voluntad empresarial de atribuir a uno o más de sus trabajadores una ventaja o beneficio que supere lo establecido en las fuentes legales o convencionales de la relación contractual de trabajo, por cuanto una práctica regular y continuada debe ser valorada en sí misma como indicio probatorio, no tanto como una presunción *iuris tantum*.

En definitiva, ni es suficiente con que el beneficio se disfrute reiteradamente en el tiempo, ni se requiere la nota de duración o permanencia⁵² para que exista la obligación, en tanto puede suceder que el beneficio se haya disfrutado escasamente en el tiempo⁵³ y, sin embargo, responda a un acto de concesión unilateral por el empresario, realizado con ánimo de obligarse de futuro. Lo esencial es concluir que ha habido un acto de voluntad inequívoca empresarial para su concesión⁵⁴. Serán determinantes las circunstancias del caso concreto para que pueda llegarse a esa conclusión, teniendo en cuenta si su disfrute se viene haciendo de forma periódica y regular o si va acompañado de actos expresivos que obedecen a concesiones reiteradas tantas veces como la mejora se recibe.

Por supuesto, un vicio en el consentimiento⁵⁵, entre ellos también el error⁵⁶, puede llegar a impedir la calificación de una determinada actuación del empresario como fuente de la condición contractual más beneficiosa.

⁴³ STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1829).

⁴⁴ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786).

⁴⁵ STS de 19 de julio de 2016 (RJ 2016, 4815).

⁴⁶ STS de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016, 933); también, SAN de 27 de febrero de 2015 (JUR 2015, 82618).

⁴⁷ STS de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 5452).

⁴⁸ STS de 12 de julio de 2016 (RJ 2016, 4512); en la doctrina judicial, STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2017 (JUR 2017, 208733).

⁴⁹ STSJ de Islas Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 2 de octubre de 2015 (AS 2016, 814).

⁵⁰ Afirma la STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1829) que “en el contrato de trabajo existe una presunción de onerosidad y reciprocidad de estas concesiones, de forma que será el empresario quien deba acreditar que pese a la concesión de un beneficio de forma dilatada en el tiempo, actuó con un mero ánimo de liberalidad o que se trataba de una situación de permisividad o tolerancia”.

⁵¹ En este sentido, CAMPS RUIZ, L. M., “La condición más beneficiosa”, cit., p. 247, afirma que “al empresario incumbe, por consiguiente, la tarea de demostrar que, pese a la apariencia creada, no ha habido voluntad de comprometerse”.

⁵² SSTS de 7 de junio de 1993 (RJ 1993, 4544) y de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1216).

⁵³ Si bien, no puede obviarse que, por lo general, se utiliza este dato como revelador de la inexistencia de condición más beneficiosa; así, SAN de 2 de junio de 2015 (JUR 2015, 158438).

⁵⁴ Por todas, STS de 1 de junio de 2017 (RJ 2017, 2858).

⁵⁵ SSTS de 25 de junio de 2014 (RJ 2014, 4341 y 4582) y 3 de febrero de 2016 (RJ 2016, 933).

⁵⁶ Así, el disfrute del crédito horario los doce meses era una práctica que se llevaba a cabo en la creencia de que era la que se derivaba de la exigencia de la ley [SSTS de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017, 656) y de 18 de enero de 2018 (RJ 2018, 317)] o el error al valorar el cumplimiento de los requisitos para reconocer un derecho [SSTS de 5 de julio de 2016 (RJ 2016, 4073) y de 21 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 6201); SAN de 27 de febrero de 2015 (JUR 2015, 82618)].

Como ya se ha dicho, la condición más beneficiosa puede tener alcance individual o plural, esto es, reconocerse a un trabajador o a varios, incluso a todos⁵⁷, ya sea pactada o reconocida individualmente o por medio de un acuerdo o pacto colectivo. Si bien es cierto que la condición más beneficiosa, en su reconocimiento inicial por la jurisprudencia, se configuró con una dimensión individual, esa característica inicial se fue ampliando al admitir que el beneficio o lo más favorable se concediese también a una pluralidad de trabajadores, incorporándose a sus respectivos contratos de trabajo, siendo válidos a estos efectos los actos o pactos de empresa que no tengan naturaleza de convenio colectivo⁵⁸, ni siquiera cuando tenga naturaleza extraestatutaria⁵⁹. Así, se consideran condiciones más beneficiosas de carácter colectivo “aquéllas cuyo disfrute corresponde a todo el personal de una empresa o centro de trabajo, o, también, a un conjunto homogéneo de trabajadores que pertenecen a un determinado grupo o categoría profesional, sin que sea determinante para ello las condiciones personales o singulares de los mismos, con origen en la concesión expresa o tácita, pero inequívoca y unilateral del empresario, sustentadas en los usos y prácticas de la empresa o en un pacto expreso entre empresario y trabajadores”⁶⁰.

Como el origen, insistimos una vez más, de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, por más que el pacto pueda ser expreso o tácito, no por ende su régimen jurídico va a ser diferente. Precisamente del acuerdo de voluntades deriva su efecto vinculante para ambas partes, en un doble sentido: positivo, en tanto se les exige el deber de observancia, y negativo, al no ser posible suprimir de forma unilateral lo pactado, que se consolida, o cumplir las obligaciones de una manera diferente a lo acordado⁶¹. También, por supuesto, cuando nacida la obligación posteriormente sucede una subrogación empresarial⁶², por cuanto esta última no altera la naturaleza del beneficio reconocido, es decir, su carácter de condición más beneficiosa.

3. CAUCES JURÍDICOS PARA MODIFICAR O EXTINGUIR UNA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Que se reconozca la condición más beneficiosa, no supone que sea inmutable o que deba perdurar en los mismos términos hasta la finalización de la relación contractual de trabajo, y

⁵⁷ Así, el beneficio de facilitar el desayuno o la merienda gratuitamente a los empleados de una clínica en sus diferentes servicios o plantas, que ha permanecido durante 38 años, sin ninguna reserva o advertencia por parte de la empresa [STSJ de 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1829)].

⁵⁸ SSTS de 15 de junio de 2015 (RJ 2015, 3183), de 12 de julio de 2016 (RJ 2016, 4512), de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017,656) y de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1782). En la doctrina judicial, con meridiana claridad, STSJ de Galicia de 5 de junio de 2015 (AS 2015, 1125) y STSJ de Islas Baleares de 20 de mayo de 2016 (AS 2016, 1137); también, pero con un razonamiento inverso, para admitir la condición más beneficiosa por no estar regulada en convenio colectivo, STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786).

⁵⁹ STS de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1699), confirmando que la finalización de vigencia del pacto extraestatutario sobre un plus salarial denominado “convenio y actividad” no constituye una condición más beneficiosa “que trascienda la vigencia del pacto por deber entenderse incluido en los contratos de trabajo individuales de los trabajos afectados”. En la doctrina judicial, sin embargo, se acepta que un acuerdo colectivo extraestatutario puede contener condiciones más beneficiosas, si bien con una vigencia expresa determinada en el propio acuerdo, sin que se traslade a los contratos individuales [STSJ de Madrid de 6 de abril de 2017 (JUR 2017, 165393)]. También es favorable la opinión de CAMPS RUIZ, L. M., “La condición más beneficiosa”, cit., p. 278.

⁶⁰ STSJ de Galicia de 5 de junio de 2015 (AS 2015, 1125).

⁶¹ Así, sobre la base del negocio jurídico, MERCADER UGUINA, J. R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 146.

⁶² SSTS de 21 de abril de 2016 (RJ 2016, 2407), de 21 de junio de 2016 (RJ 2016, 3343) y de 27 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4917); también, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de enero de 2016 (AS 2016, 424), STSJ de Asturias de 14 de marzo de 2017 (AS 2017, 381), STSJ de Castilla La Mancha de 28 de marzo de 2017 (AS 2017, 595) y SSTSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 13 de junio de 2017 (AS 2017, 1769) y de 23 de junio de 2017 (AS 2017, 1767). En la doctrina, ampliamente, sobre la pervivencia de las condiciones más beneficiosas en los supuestos de subrogación empresarial, DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 239 y ss.

ello porque “el ordenamiento jurídico laboral provee de diversos instrumentos para conseguir su eliminación con la debida justificación y, en su caso, con contrapartidas”⁶³.

Así, la condición más beneficiosa se incorpora la patrimonio del trabajador, incluso cuando tenga su origen en la voluntad unilateral del empleador, y resulta de cumplimiento obligatorio, esto es, sin que se pueda ya cambiar o, menos aún, eliminar por la sola voluntad empresarial, siendo preciso el consentimiento de ambos para modificarla o extinguirla o, según las circunstancias, acudir al procedimiento especial previsto en la legislación para modificar las condiciones de trabajo, sin perjuicio de que sus efectos puedan irse atemperando, en determinados supuestos de mejoras retributivas, por el juego de los mecanismos de absorción y compensación de salarios⁶⁴. Al ser una obligación previamente asumida por el empresario, recae sobre este el deber de satisfacerla en los términos acordados o consolidados, en tanto aquella no se modifique o extinga por alguna de los cauces legalmente reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando se reconoce o conviene formalmente, habrá que estar a los términos expresados, de manera que si la empresa se reserva⁶⁵ la potestad de modificar o suprimir la condición más beneficiosa podrá hacerlo, más que concluir, de dicha reserva, que nunca tuvo la voluntad inequívoca de consolidar esa condición laboral del trabajador o trabajadores afectados.

En cualquier caso, la inmunidad de la condición más beneficiosa no se predica por señalar el convenio colectivo, como suele ser habitual, que se respetarán las situaciones personales que excedan, en el sentido de mejorar, del contenido del convenio, manteniéndose estrictamente como garantía *ad personam*⁶⁶. En verdad, las condiciones más beneficiosas, individuales, plurales o colectivas⁶⁷, no pueden ser suprimidas por convenio colectivo, estatutario o extraestatutario⁶⁸, ya que las partes del convenio colectivo no pueden disponer de esos derechos personalísimos, lo que es una muestra de respeto a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Dicho con otras palabras, “los convenios colectivos no pueden modificar ni extinguir derechos de naturaleza específicamente individual, nacidos como consecuencia de pactos concertados por el empresario con alguno o algunos trabajadores aislados, a los que lícitamente se les reconoció ciertos beneficios o ventajas que no se aplican a la generalidad de los empleados de la empresa de que se trate. Tal limitación del espacio sobre el que puede realizar su actuación la negociación colectiva se debe a que los referidos derechos de carácter individual, específico y estricto, precisamente por esa condición, quedan fuera del campo de acción propio de la autonomía colectiva, al tratarse de derechos adquiridos a título individual por uno o unos pocos trabajadores”⁶⁹.

⁶³ SSTs de 26 de junio de 2014 (RJ 2014, 4341 y 4582).

⁶⁴ SAN de 17 de julio de 2017 (JUR 2017, 207556).

⁶⁵ STS de 12 de julio de 2016 (RJ 2016, 4512).

⁶⁶ STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2015 (AS 2015, 653).

⁶⁷ Respecto de las condiciones más beneficiosas de dimensión colectiva, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 142-143, plantea no la supresión pura y simple de la condición más beneficiosa de efectos colectivos por vía del convenio colectivo, sino la de su sustitución por otra mejora o beneficio, si bien “una vez incorporada en el clausulado del convenio –ya en su configuración original ya en su compensación sustitutoria– es evidente que la condición más beneficiosa de carácter colectivo ha perdido tal carácter, transformándose en una condición establecida en el convenio colectivo, susceptible, por tanto, de ser derogada, sin más, por un convenio colectivo posterior, salvo que expresamente se haga constar su mantenimiento”.

⁶⁸ Vid. DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., pp. 238-239.

⁶⁹ STSJ de Galicia de 5 de junio de 2015 (AS 2015, 1125), si bien precisa que “la determinación de los supuestos que deban ser calificados como derechos individuales a los efectos de quedar excluidos del área propia de la negociación colectiva, tiene que hacerse con extremada restricción y rigor”, y ello porque la negociación colectiva es fuente de derecho principal del ordenamiento laboral español e instrumento esencial para la ordenación de las

Afirmado lo anterior, sorprende que la doctrina judicial haya aceptado la validez de un “pacto de homologación de las condiciones de trabajo”, firmado con los representantes de los trabajadores, a raíz de la fusión por absorción de una empresa que había suscrito, entre otros, un acuerdo con un trabajador reconociéndole una serie de beneficios sociales, mejorando lo dispuesto en la negociación colectiva sectorial aplicable. Así, se sostiene que el empresario absorbente no está obligado a mantener indefinidamente las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa absorbida, puesto que ello supondría –literal, Tribunal Supremo– “condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea, en supuestos de integración en la misma entidad de diversos grupos de trabajadores”⁷⁰, por lo que se admite modificar o anular las condiciones más beneficiosas de origen contractual. Choca más aún porque se permite como novación contractual, aunque se trate –así se dice– de “un acuerdo de empresa de naturaleza contractual (...) con eficacia personal (...) pactado con los representantes de los trabajadores de la empresa absorbida y absorbente”⁷¹.

La ley, por su parte, puede prohibir, suspender y suprimir⁷² la existencia de condiciones más beneficiosas, como derechos otorgados o reconocidos por encima de lo previsto en la ley o en el convenio colectivo. Debe rechazarse, en consecuencia, una condición más beneficiosa que se oponga a una disposición legal, *ab initio* o posteriormente tras un cambio legislativo, siempre que aquella porte la cualidad de derecho necesario absoluto y, por ello, no sea susceptible de ser alterada en modo alguno ni por la negociación colectiva ni por la individual⁷³; mientras que las normas de derecho necesario relativo permiten su mejora, pero no su empeoramiento para el trabajador por medio del convenio colectivo o del contrato individual de trabajo. De operar una reforma legislativa y limitar determinadas condiciones más beneficiosas, se trataría, en suma, no de modificar o suprimir una condición más beneficiosa de manera unilateral por el empleador, sino de aplicar el principio de jerarquía normativa⁷⁴, resultando ilegal una condición más beneficiosa que se mantuviera o surgiera en contra de una disposición legal.

Y con mayor justificación, si cabe, cuando se trata de reconocer o mantener una condición más beneficiosa en el ámbito de una relación laboral con cualquier Administración Pública, pues en tal caso, y dada la “delicada aplicabilidad”⁷⁵ en el empleo laboral público, queda condicionada a una triple exigencia: que traiga su origen en una voluntad inequívoca del empleador, que la misma sea directamente atribuible al órgano que ostente la adecuada competencia para vincular a la Administración Pública y que se trate de un beneficio *praeter legem*, en tanto no contemplado o prohibido, de forma expresa o implícita, por una disposición legal o convencional⁷⁶. Así, cuando la norma legal deja sin efecto las normas convencionales o cualesquiera actos jurídicos de reconocimiento de condiciones más beneficiosas, por contrato individual o por concesión unilateral del empresario, no pueden quedar indemnes, por cuanto la condición

condiciones de trabajo, “lo que en principio acredita de forma indubitada la plena competencia y facultades de tal negociación para regular como considere conveniente toda clase de condiciones de trabajo, cualquiera que sea su tipo, origen o configuración, siempre que se respeten, como se ha dicho, las disposiciones legales de derecho necesario; y los referidos derechos individuales son condiciones de trabajo, aunque sean de carácter particular”. La exclusión de estos derechos del campo de acción de la negociación colectiva “es una excepción a aquella regla general, y es sabido que toda excepción ha de ser interpretada restrictivamente”.

⁷⁰ STS de 15 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8709).

⁷¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 2017 (JUR 2017, 215046).

⁷² STS de 8 de junio de 2015 (RJ 2015, 2927), que afirma: “La ley puede modificar y suprimir temporalmente los derechos reconocidos en los contratos individuales y en los convenios colectivos, tengan o no naturaleza salarial”; en concreto, se acepta la supresión, por una Ley autonómica, del –así llamado– “lote de navidad” que constituye una condición más beneficiosa.

⁷³ STS de 25 de enero de 2011 (RJ 2011, 2111).

⁷⁴ STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1782).

⁷⁵ STS de 18 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6414).

⁷⁶ Recientemente, STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 4100).

más beneficiosa sería contraria a la ley y el ordenamiento jurídico no ampara el mantenimiento de este tipo de condiciones *contra legem*⁷⁷, de manera que no se puede exigir su cumplimiento ni condenar a que se cumplan.

3.1. Por acuerdo entre las partes

El mecanismo normal o más habitual de modificación o supresión de la condición más beneficiosa debería ser el pacto novatorio⁷⁸ entre las partes de la relación contractual de trabajo, ya sea un acuerdo modificativo –novación impropia⁷⁹– o extintivo. Acuerdo novatorio que no necesariamente debe ser más favorable⁸⁰, basta con que sea válido, esto es, “no contrario ni menos favorable que las disposiciones legales o convenios colectivos”⁸¹.

De origen contractual, la condición más beneficiosa puede ser modificada o extinguida por acuerdo contractual individual de las partes⁸². No obstante, cabe preguntarse si este acuerdo entre los sujetos del contrato de trabajo puede resultar contrario al principio de irrenunciabilidad de derechos, que se explicita por el legislador en los siguientes términos: “los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario”, así como tampoco “podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo” (art. 3.5 LET). Norma legal que, sin duda, limita la autonomía individual, incluso aunque revista la forma de pacto contractual.

Nótese que la indisponibilidad para el trabajador alcanza a los derechos reconocidos por la ley o el convenio colectivo, pero con matices. En efecto, son, por un lado, todos los derechos reconocidos al trabajador “por disposiciones legales de derecho necesario”, lo que afecta a las normas legales imperativas, sean de derecho necesario absoluto o relativo, y, por otro, “los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”, de lo que, *contrario sensu*, se podría colegir que solo serían irrenunciables los derechos expresamente reconocidos como tales en el convenio colectivo⁸³, lo que es un error⁸⁴, o todo lo más aquellos que se desprendan

⁷⁷ STSJ de Islas Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 25 de octubre de 2016 (AS 2017, 1642); así, desde la entrada en vigor del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, quedaron “suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, que no se ajusten a lo previsto en este artículo, en particular, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza” (art. 8.3), y sin que se pueda defender que “las condiciones más beneficiosas que disfrutaran esos empleados, por contrato individual o por concesión unilateral del empleador, quedarán sin embargo indemnes, pues la intención del legislador era clara en orden a unificar el sistema de permisos y vacaciones de todo el personal público, con total independencia de la razón jurídica en base a la cual, antes de la aplicación de esa norma legal, se vinieran disfrutando de más días de permisos o vacaciones”.

⁷⁸ STS de 19 de julio de 2016 (RJ 2016, 4815).

⁷⁹ Sobre las clases de novación objetiva del contrato de trabajo, vid. RIVERO LAMAS, J., *La novación del contrato de trabajo*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, pp. 150-151.

⁸⁰ DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., p. 263.

⁸¹ CAMPS RUIZ, L. M., “La condición más beneficiosa”, cit., p. 276.

⁸² Entre otras, STSJ de Galicia de 5 de junio de 2015 (AS 2015, 1125), STSJ de Cantabria de 3 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 260171) y STSJ de Andalucía/Málaga de 22 de marzo de 2017 (AS 2017, 1090). La STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 2017 (JUR 2017, 215046) admite, más allá incluso, “un acuerdo de empresa de naturaleza contractual, aunque con eficacia personal general, porque fue pactado con los representantes de los trabajadores”.

⁸³ Así, la STSJ de Asturias de 22 de mayo de 2009 (AS 2009, 1707), que da validez a una cláusula contractual mediante la que se renuncia expresamente a gastos de dietas y kilometraje porque no vulnera ningún derecho indisponible reconocido por convenio colectivo, pese a que el convenio colectivo aplicable –el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para los años 2005-2008– si reconocía la percepción de tales dietas.

⁸⁴ Es erróneo, en verdad, exigir que el convenio colectivo tenga que establecer una cláusula expresa de indisponibilidad, y ello porque, con palabras de MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N., “Artículo 3. Fuentes

de mandatos convencionales que supongan un desarrollo de normas legales de derecho necesario o de carácter mínimo⁸⁵.

Esta interpretación restrictiva, a la luz del tenor literal del artículo 3.5 LET, casa mal con el carácter imperativo que para la autonomía individual tienen también las condiciones mínimas de trabajo establecidas en el convenio colectivo de aplicación, así como con la fuerza vinculante del convenio⁸⁶, que obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (art. 82.3 LET), de ahí que pueda interpretarse, más desde una perspectiva teórica que práctica, el inciso final del artículo 3.5 LET como la posibilidad de conceder a la autonomía colectiva la posibilidad de elevar a rango de indisponibles algunos derechos que pudieran ser disponibles⁸⁷. Consecuentemente, los derechos reconocidos a los trabajadores por los convenios colectivos son de derecho necesario e indisponibles para la autonomía de la voluntad individual del trabajador⁸⁸, salvo declaración expresa en contrario⁸⁹.

En fin, resulta coherente, según una interpretación finalista y sistemática, extender el ámbito de la interdicción legislativa a todos los derechos reconocidos por las normas imperativas estatales y convencionales colectivas, excluyendo los derechos reconocidos en otras fuentes de regulación, singularmente en el contrato de trabajo⁹⁰, o los reconocidos unilateralmente por el empleador.

de la relación laboral”, cit., p. 104, “el convenio colectivo es de derecho necesario respecto de la autonomía individual sin que expresamente tenga que señalarlo”, en tanto “el convenio colectivo tiene carácter vinculante para todos los trabajadores y empresarios de su ámbito de aplicación (art. 82.3 LET) y, en consecuencia, solo quedarán fuera del principio de irrenunciabilidad, por lo que se refiere a los derechos reconocidos en el convenio, aquellos casos en que el propio convenio permita la renuncia”.

⁸⁵ SSTs de 27 de abril de 1999 (RJ 1999, 4538) y de 6 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1606). En la doctrina, vid. RUIZ CASTILLO, M. M., “A propósito de la indisponibilidad individual de derechos del trabajador”, *Temas laborales*, núm. 52, 1999, pp. 157-174, y LLANO SÁNCHEZ, M., “Indisponibilidad de derechos (arts. 3.5 ET, 3 LGSS y 245 LPL)”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2005, pp. 1954-1970.

⁸⁶ Gráficamente, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2010, p. 1169, señalan que una interpretación contraria a la indisponibilidad de los derechos reconocidos en convenio colectivo, salvo declaración expresa en contrario, “barrena la naturaleza misma del convenio colectivo como norma (...) que se impone a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación”.

⁸⁷ PRADOS DE REYES, F., “Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*, núm. 127, 1980, pp. 73-74.

⁸⁸ No se admite que los trabajadores renuncien, sin condiciones, a derechos establecidos en el convenio colectivo [SSTSJ de Cataluña de 11 de junio de 1998 (AS 1998, 3079) y de 13 de mayo de 1999 (AS 1999, 6068)]. En concreto, se determina la nulidad de una cláusula contractual que limita las vacaciones por antigüedad para algunos trabajadores [STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1999 (AS 1999, 6068)] o de un pacto, con los trabajadores de nuevo ingreso, de exclusión del abono del incentivo de productividad regulado en un acuerdo colectivo [STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2002 (AS 2002, 2800)] o cuando se establece un pacto entre trabajador y empresa para percibir un salario inferior al legalmente establecido en convenio colectivo [STSJ de Andalucía/Sevilla de 23 de enero de 2002 (JUR 2003, 2863)].

⁸⁹ Avanzan esta conclusión CASAS BAAMONDE, M. E., “La individualización de las relaciones laborales”, cit., p. 414, y RAMOS QUINTANA, M. I., *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 68.

⁹⁰ Entiende la jurisprudencia que los derechos protegidos por la prohibición establecida en el artículo 3.5 LET no son “los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo” [STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1443)]. Asimismo, se considera que “el derecho que la actora reclama –la «comisión por ventas»– no está en absoluto reconocido en el convenio colectivo aplicable –ni como indisponible ni como disponible–, tampoco está contemplado en ninguna disposición legal de derecho necesario y únicamente es el resultado de la concertada voluntad individual de los contratantes –no de la Ley ni de pacto colectivo alguno–, por lo que habrá de estarse a sus propios términos y condiciones” [STS de 29 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5537)].

Tras este excurso y volviendo sobre la virtualidad de la autonomía contractual individual para modificar o extinguir una condición más beneficiosa, solo queda confirmar que la voluntad concurrente de ambas partes, mediante el acuerdo expreso, no vulnera el principio de indisponibilidad de los derechos ex artículo 3.5 LET⁹¹, puesto que el contenido más favorable se ha pactado entre la empresa y el trabajador o ha sido reconocido unilateralmente por el empleador, es decir, no deviene de una disposición normativa ni puede estar pactado en un convenio colectivo, que no pueden originar una condición más beneficiosa y, precisa y únicamente, la prohibición para el trabajador de disponer de los derechos reconocidos por esas fuentes se extiende solo a los reconocidos en las mismas⁹². Por consiguiente, las condiciones más beneficiosas, siempre de origen contractual, se pueden modificar y anular porque a los derechos por ellas convenidos a favor del trabajador no les alcanza la prohibición legal de renunciar⁹³.

Además, la voluntad conjunta de las partes del contrato de trabajo podrá acordar la vigencia limitada o temporal de la condición más beneficiosa, sujetándola a un término o a una condición resolutoria, que no ampare, en realidad, una facultad de supresión *ad nutum* o una causa relacionada con la situación de la empresa⁹⁴.

Son válidos, en suma, los pactos o acuerdos que supongan la disponibilidad, total o parcial, de los derechos reconocidos como condición más beneficiosa, salvo que, bajo esa apariencia, se esconda un vicio en el consentimiento prestado por el trabajador.

3.2. Imposibilidad de suprimir o modificar unilateralmente, por el empresario, la condición más beneficiosa

3.2.1. El carácter intangible de las condiciones más beneficiosas

De existir una condición más beneficiosa, indiscutida por las partes o confirmada por una decisión judicial, el empresario, “por su única voluntad”⁹⁵, no puede modificar o suprimir la ventaja que disfrutaban los trabajadores a su servicio, ni siquiera por causas ajenas a la empresa; y es que una vez incorporado al contrato ese beneficio se impide extraerlo por la sola voluntad del empleador, suponiendo el reconocimiento de una condición más beneficiosa un límite al poder de dirección empresarial⁹⁶. No es suficiente, a esos efectos, la decisión unilateral⁹⁷ de la parte empleadora por estar vedada *ex lege*, de manera que la condición más beneficiosa “mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras –como se explicará más adelante– no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente, en este último supuesto que sea más favorable”⁹⁸. De

⁹¹ STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2015 (AS 2015, 653).

⁹² Vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, L. “Vías de extinción-modificación de la condición más beneficiosa”, *Relaciones Laborales*, T. II, 1988, p. 288, y CABEZA PEREIRO, J., “Sobre una triple clasificación de la condición más beneficiosa”, en VV.AA., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 320.

⁹³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 2017 (JUR 2017, 215046).

⁹⁴ Vid., con argumentos sólidos, BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001, pp. 337-342.

⁹⁵ STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3986).

⁹⁶ DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., p. 233. No así, por el contrario, para el poder disciplinario, cuyo legal ejercicio podrá incidir en la condición más beneficiosa; al respecto, vid. BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, cit., pp. 329-333.

⁹⁷ SAN de 24 de julio de 2015 (AS 2015, 1562); también, SSTSJ de La Rioja de 18 de febrero y de 21 de mayo de 2015 (AS 2015, 11146 y 1269), SSTSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 16 de marzo, de 12 de mayo y de 23 de junio de 2015 (JUR 2015, 219063 y AS 2015, 1537 y 1767, respectivamente), STSJ de Andalucía/Málaga de 22 de marzo de 2017 (AS 2017, 100) y STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2017 (AS 2017, 876).

⁹⁸ STSJ de Navarra de 22 de octubre de 2015 (AS 2015, 2531).

contravenir la prohibición de supresión o modificación unilateral, la decisión del empresario carecerá de validez y eficacia, persistiendo la condición más beneficiosa en los mismos términos, por lo que el trabajador podrá exigirla y su no reconocimiento supondrá, a la postre, un incumplimiento empresarial.

Se confirma así “el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas”⁹⁹, siendo de aplicación las previsiones del derecho común sobre la fuerza de obligar de los contratos (art. 1091 CC) y, específicamente, la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (art. 1256 CC)¹⁰⁰.

En conclusión, la supresión, modificación o sustitución de una condición de trabajo más beneficiosa no puede ser decidida unilateralmente por la empresa, al ser preciso el consentimiento de ambas partes para hacerlo válidamente o, según las circunstancias –como se analizará a continuación– “acudir al procedimiento especial previsto en la legislación para modificar las condiciones de trabajo, sin perjuicio de que puedan irse atemperando, en determinados casos de mejoras de índole retributiva, por el juego de los mecanismos de absorción y compensación de salarios”¹⁰¹. La actuación empresarial contraria y unilateral supondrá, en la práctica, un puro incumplimiento¹⁰² contractual.

3.2.2. Excepciones

La extinción o modificación de la condición más beneficiosa, neutralizando así el principio de intangibilidad reseñado, solamente será posible por decisión empresarial cuando se acuda a los procedimientos legalmente previstos de compensación o absorción (art. 26.5 LET) y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 LET); y solo excepcionalmente aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*. De ahí que sea más correcto afirmar la “intangibilidad relativa”¹⁰³ de las condiciones más beneficiosas frente a la mera decisión individual del empleador y, en la mayoría de las ocasiones, frente al fenómeno de la sucesión normativa¹⁰⁴.

También la extinción de la relación laboral hará decaer las condiciones más beneficiosas que viniera disfrutando el trabajador, como efecto connatural a la desaparición del vínculo contractual, con los efectos reflejos que pueda tener la calificación judicial de improcedencia o nulidad, caso de ser impugnada judicialmente aquella decisión extintiva. Y ello sin desconocer que algunas condiciones más beneficiosas pueden desplegar sus efectos justo en el momento de la finalización del contrato de trabajo.

⁹⁹ SSTS de 29 de marzo de 2002 (RJ 2000, 3134) y de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 752), que citan la STS de 11 de septiembre de 1992, y más recientes SSTS de 7 de junio de 2010 (RJ 2010, 6790), de 13 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7720), de 26 de junio de 2012 (RJ 2012, 8560), de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1854), de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 5755) y de 28 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4926); igualmente, SAN de 27 de febrero de 2015 (JUR 2015, 82618), STSJ de Navarra de 22 de octubre de 2015 (AS 2015, 2531) y STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 23 de junio de 2017 (AS 2017, 1767).

¹⁰⁰ Por todas, STS de 25 de enero de 2017 (RJ 2017, 507).

¹⁰¹ SAN de 17 de julio de 2017 (JUR 2017, 207556).

¹⁰² *Ibidem* nota anterior.

¹⁰³ MERCADER UGUINA, J. R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, cit., p. 155. De otra parte, SEMPERE ABELLÁN, J., “Sobre la intangibilidad de las condiciones más beneficiosa”, en VV.AA., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 305 y 311, ha defendido la intangibilidad, “por su consustancialidad”, de la condición más beneficiosa, salvo la posibilidad novatoria por mutuo acuerdo.

¹⁰⁴ *In extenso*, BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, cit., pp. 225-230.

A) El mecanismo de compensación o absorción de condiciones salariales

Dejando al margen la imperatividad, absoluta o relativa, de las normas de derecho necesario y su incidencia sobre las condiciones de trabajo vigentes a la entrada en vigor de aquellas, cuestión relevante ya estudiada *ut supra*, un cambio normativo no conlleva, siempre y por sí mismo, la modificación o extinción de la condición más beneficiosa, salvo si resulta aplicable el mecanismo de la absorción o compensación¹⁰⁵ en materia salarial.

Con carácter general, “operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia” (art. 26.5 LET); además, singularmente, respecto del salario mínimo interprofesional, “su revisión no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél” (art. 27.1, *in fine*, LET).

El mecanismo de la compensación y la absorción, actualmente recogido en el Estatuto de los Trabajadores, aunque con tradición muy arraigada en nuestro sistema jurídico por cuanto figuró en antiguas Ordenanzas y en los sucesivos Decretos reguladores del salario mínimo interprofesional, tras el primero que se dictó en el año 1963, siempre ha tenido como objeto “evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta; así, el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido y, por lo tanto, no acrece el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario”¹⁰⁶.

Si tomamos como referencia la vigente regulación legal, ello supone que el incremento de los salarios mínimos interprofesionales o profesionales establecidos en la ley o, lo más común, en el convenio colectivo no modifican el salario realmente a percibir por el trabajador cuando estuviera recibiendo una retribución superior en su conjunto o cómputo anual, quedando dicha subida salarial absorbida o compensada; es decir, dicho con otras palabras, si el trabajador recibe una retribución superior a la que se deduce de las normas legales o convencionales y posteriormente estas introducen un incremento retributivo, esa subida salarial queda neutralizada por la mayor cuantía que ya percibe el trabajador, parcial o totalmente caso de superar la misma.

Siempre será necesario la existencia de dos situaciones que permitan, primero, la comparación y, después, la compensación o absorción de los incrementos retributivos. En efecto, se han de comparar¹⁰⁷ dos situaciones sucesivas en el tiempo, “pero no puede ser aplicada cuando el incremento salarial depende de la aplicación de los mandatos de un único e inmutado

¹⁰⁵ El legislador parece utilizar ambos términos conjunta e indiferenciadamente, como una técnica “unitaria” para neutralizar una condición más beneficiosa; pero, a fuerza de ser rigurosos, debemos advertir que tienen significados distintos, según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE): así, compensar es “contrarrestar o equilibrar los efectos de una cosa contra otra contraria” y absorber es “consumir enteramente algo”.

¹⁰⁶ SSTs de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9548) y de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1420). Un amplio compendio de la jurisprudencia sobre la compensación y absorción en materia salarial, en STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2015 (AS 2015, 653) y STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2016 (AS 2016, 766).

¹⁰⁷ Sobre el modo de operar la absorción y compensación de salarios, con ejemplos demostrativos, vid. BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, cit., pp. 235 y ss.

convenio colectivo, razón por la cual si en un convenio colectivo se prevé el abono de dos conceptos salariales distintos, deviene completamente contrario a derecho que la empresa compense un concepto con otro¹⁰⁸.

Por lo tanto, para efectuar la compensación o absorción deben concurrir los siguientes requisitos¹⁰⁹:

a) Únicamente puede actuar respecto de partidas salariales¹¹⁰, dinerarias o en especie¹¹¹, no sobre devengos de naturaleza extrasalarial¹¹².

b) Debe existir homogeneidad entre los conceptos que se compensan, de forma que tengan una finalidad análoga, por cuanto las partidas heterogéneas solo pueden ser compensadas cuando existe pacto expreso e indubitado que lo permita.

c) No opera de modo automático y necesario, exigiéndose una manifestación clara y precisa de la voluntad empresarial cada vez que cambie el marco normativo o convencional de referencia, de forma que el derecho del empresario a absorber y compensar debe ejercitarse después de cada mejora o incremento salarial. Por el contrario, si se deja transcurrir el tiempo por espacio suficiente, se entiende como expresión de la voluntad empresarial de no hacer uso de la absorción autorizada¹¹³, adicionándose el incremento salarial establecido en la retribución anterior del trabajador. No obstante, aquella facultad podrá ejercerse cada vez que se produzca una modificación del marco normativo o convencional de referencia en la fijación de los salarios –lo que ocurre cuando se aprueba un nuevo salario mínimo interprofesional o se produce la aplicación de un nuevo convenio colectivo que sustituye al anteriormente vigente– y siempre que esa alteración implique una mejora salarial.

No obstante, el requisito de homogeneidad entre los conceptos a compensar o absorber se ha relativizado por la jurisprudencia, más aún cuando se trata de sistemas de remuneración complejos¹¹⁴. Así, en un supuesto, tratándose de los conceptos retributivos de antigüedad y salario base, se afirma que “si bien el complemento de antigüedad reviste carácter personal (...), sin embargo, se singulariza en su configuración jurídico-retributiva, por cuanto aparece ligado más rigurosamente, a ciertos efectos, al salario base y no se halla condicionado a las características del trabajo realizado o al volumen y calidad de este último”, y “desde esta perspectiva no es desmesurado homogeneizarlo con el salario base, por lo que cabe su absorción

¹⁰⁸ STSJ de Islas Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 2 de octubre de 2015 (AS 2016, 814).

¹⁰⁹ *Ibidem* nota anterior.

¹¹⁰ Vid. BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, cit., pp. 123-124, 129 y 130-136, y MERCADER UGUINA, J. R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, cit., p. 169. Sin embargo, CAMPS RUIZ, L. M., “La condición más beneficiosa”, cit., p. 269, extiende la posibilidad de absorber o compensar a otras “condiciones laborales que sean traducibles numéricamente (por ejemplo, número de días de vacaciones, número de horas de jornada)”, e igualmente MORENO VIDA, M. N., “La compensación y absorción de salarios”, en VV.AA. BORRAJO DACRUZ, E., Dir.), *El nuevo régimen jurídico del salario, La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la leyes laborales*, T. I, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 173-174, sostiene que la absorción y compensación “no queda reducida únicamente a condiciones salariales, ya que esta cabe respecto a condiciones no salariales o laborales propiamente dichas, con la única limitación de que estas sean cuantificables”.

¹¹¹ BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, cit., pp. 256-257.

¹¹² DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., p. 300, se manifiesta a favor de aplicar la técnica neutralizadora del artículo 26.5 LET a las mejoras de naturaleza estrictamente homogéneas”.

¹¹³ En esos supuestos en los que la autonomía individual se manifiesta informalmente, como advierte BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, cit., p. 258, “el mayor problema, obviamente, es probatorio”.

¹¹⁴ SSTs de 13 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1721) y de 8 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2422).

y compensación con el mismo”¹¹⁵. Con ello “parece apuntarse al paso desde una exigencia de estricta homogeneidad a la de posible neutralización entre conceptos que por genéricos –no determinados por condiciones de trabajo singulares u obligaciones adicionales del trabajador– resulten homogeneizables”¹¹⁶.

Se abre camino, de esta manera, una doctrina flexible sobre la homogeneidad de conceptos genéricos que no obedezcan a condiciones de trabajo singulares, sin que el concepto de “homogeneidad” –jurídicamente indeterminado– pueda llegar a confundirse con una esencial “igualdad”, sino que se limita –según el Diccionario de Real Academia Española (DRAE)– a lo “pertenciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres”. Y así, en efecto, ese juicio de homogeneidad no puede sino referirse “a la inclusión de ambos conceptos –compensado y compensador– en el mismo grupo de complementos salariales que contempla el artículo 26.3 LET –condiciones personales, trabajo realizado o situación y resultados de la empresa–, de manera que nuestra exigida ‘similar causa atributiva’ se limita a la mera pertenencia al mismo grupo de entre los tres citados, por cuanto que –entre otras razones– no puede razonablemente exigirse una mayor identidad –ya en la especie–, porque su exigencia anularía en la práctica el mecanismo neutralizador legal y contractualmente previsto”¹¹⁷. De esta manera, la homogeneidad ha quedado convertida en similitud¹¹⁸.

La negociación colectiva puede permitir la compensación o absorción entre partidas salariales no homogéneas¹¹⁹, siendo cada vez más frecuentes las cláusulas que permiten la neutralización entre partidas salariales heterogéneas, al considerar que entonces “no estamos ante el ejercicio unilateral por parte del empresario de la facultad de compensar o absorber determinados incrementos salariales en virtud del artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante una compensación acordada en un acuerdo colectivo que no está sometida a los límites que la jurisprudencia ha establecido en relación con los actos de absorción fundados en el precepto citado”¹²⁰. De igual manera que, a sensu contrario, la negociación colectiva puede declarar¹²¹ no absorbible o no compensable un concepto retributivo, ni siquiera con otros homogéneos¹²². Asimismo, aún no siendo conceptos homogéneos, el acuerdo expreso entre las partes permite la compensación y absorción, puesto que la exigencia de homogeneidad puede quebrar, excepto si hay prohibición expresa o cláusula de garantía¹²³ de los derechos adquiridos en el convenio colectivo aplicable o se pactó como no compensable o no absorbible¹²⁴.

¹¹⁵ SSTS 18 de junio de 1996 (RJ 1996, 6160), de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2715), de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3644), de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 8443), de 30 de junio de 2011 (RJ 2011, 6672), de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 9974), de 24 de abril de 2013 (RJ 2013, 6699) y de 25 de junio de 2013 (RJ 2013, 6231).

¹¹⁶ SSTS de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 8443), de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 9974), de 24 de abril de 2013 (RJ 2013, 669) y 3 de julio de 2013 (RJ 2013, 8083).

¹¹⁷ STS de 25 de enero de 2017 (RJ 2017, 507). También, en la misma línea, SSTS de 9 de febrero de 2017 ((RJ 2017, 849) y de 12 de mayo de 2017 (RJ 2017, 3141). Concedora del nuevo criterio jurisprudencial, la STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 2 de mayo de 2017 (AS 2017, 1826) no admite la compensación del complemento de nocturnidad, cuya finalidad es remunerar la mayor penosidad que implica el trabajo nocturno, con la retribución personal por antigüedad, pues “el primero es un plus de puesto de trabajo y el segundo remunera una condición personal del trabajador”.

¹¹⁸ Así, GORDO GONZÁLEZ, L., “La regulación de la compensación y absorción por la negociación colectiva a la vista de la última jurisprudencia”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2017, p. 212.

¹¹⁹ STS de 12 de mayo de 2017 (RJ 2017, 3141).

¹²⁰ SSTS 15 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 1300), de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 8443) y de 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2857).

¹²¹ Lo que, en opinión de MERCADER UGUINA, J. R., Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo, cit., p. 167, “no deja de ser cuestionable dado el carácter imperativo del artículo 26.5 LET”. Sobre el rol la negociación colectiva, vid. GORDO GONZÁLEZ, L., “La regulación de la compensación y absorción por la negociación colectiva a la vista de la última jurisprudencia”, cit., pp. 209 y ss.

¹²² STS de 25 de enero de 2017 (RJ 2017, 507).

¹²³ Es el caso enjuiciado en la STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2015 (JUR 2015, 253721).

¹²⁴ STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2016 (AS 2016, 766).

De estar previstas reglas específicas sobre la compensación o absorción de condiciones más beneficiosas, habrá que estar a los términos pactados en el convenio colectivo¹²⁵ o en el pacto contractual¹²⁶. E igualmente es posible que el empresario renuncie¹²⁷ a la compensación o absorción de una condición más beneficiosa.

B) El procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo

También las condiciones más beneficiosas se pueden alterar o dejar sin efecto por la vía del artículo 41 LET, que prevé el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, según se deduce¹²⁸ de lo dispuesto en ese precepto y ha admitido, sin reservas, la jurisprudencia¹²⁹. Así, “las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos” (art. 41.2 LET), incluyendo, sin citarlas expresamente, a las condiciones más beneficiosas¹³⁰.

Pero no se faculta al empleador para modificarlas por su sola voluntad y sin sujetarse a formalidad alguna. Exclusivamente podrá acordar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo “cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, considerándose tales “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” (art. 41.1, párrafo primero, LET), y bajo la condición de seguir un procedimiento reglado, de manera que, solo tras la acreditación de los requisitos causales y formales, podrá confirmarse la modificación impuesta por la empresa.

Una cuestión previa es deslindar qué condiciones de trabajo, si se modifican, pueden tener la consideración de modificaciones sustanciales. En la ley, entre otras, se califican de ese modo las que afectan a las siguientes materias (art. 41.1, párrafo segundo, LET):

- 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.

¹²⁵ Por ejemplo, como recoge la STSJ de Castilla La Mancha de 19 de noviembre de 2015 (AS 2016, 226), si el texto del convenio colectivo “excluye expresamente la posibilidad de que opere la compensación y absorción sobre complementos retributivos no regulados en el propio convenio, como es el caso de la denominada ‘gratificación voluntaria’, que se vienen percibiendo desde el inicio de la relación laboral por cada trabajador”, cabe concluir que ha sido voluntad expresa de las partes negociadoras del convenio excluir la aplicación de las previsiones del artículo 26.5 LET a la “gratificación voluntaria”. También, la STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2015 (JUR 2015, 253721): retribución superior a la establecida convencionalmente, que primero se abona bajo el concepto “a cuenta de convenio” para posteriormente denominarse “gratificación voluntaria 2”, permaneciendo invariable a pesar de las sucesivas revisiones salariales, “lo que revela la voluntad de conceder con carácter permanente una retribución superior a la convencional”.

¹²⁶ Así, si el “plus garantía” es un complemento personal que no depende de ninguna circunstancia concreta relacionada con la actividad del trabajador y nunca se ha compensado con las actualizaciones salariales por anteriores convenios, ello “evidencia una voluntad tácita de mantener la misma cuantía o de intangibilidad del plus de garantía” [STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 24 de febrero de 2017 (JUR 2017, 153174)]; de esta manera, se reconoce una nueva condición más beneficiosa sobre otra previa, podríamos decir, convirtiéndose en una mejora salarial indisponible.

¹²⁷ CAMPS RUIZ, L. M., “La condición más beneficiosa”, cit., p. 273.

¹²⁸ STSJ de Asturias de 4 de diciembre de 2015 (AS 2016, 103).

¹²⁹ STS de 11 de abril de 1991 (RJ 1991, 3262).

¹³⁰ Expresamente, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos quedan excluidas del procedimiento del artículo 41 LET y aquella deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 del mismo texto legal (art. 41.6 LET).

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 LET.

El legislador, además, distingue entre modificaciones sustanciales de carácter colectivo o individual. Al respecto, por una parte, se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte, al menos, a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, al diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o a treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores; por otra, como reflejo, se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas (art. 41.2, párrafo segundo, LET).

Tal distinción es relevante porque según sea la modificación sustancial de carácter individual o colectivo, el procedimiento¹³¹ a seguir será diferente.

La decisión de modificar sustancialmente una condición de trabajo de carácter individual debe ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad. Si el trabajador resulta perjudicado por la modificación sustancial –cuando afecte a cualquiera de las materias listadas en el artículo 41.1, párrafo segundo, LET, excepto “sistema de trabajo y rendimiento”– tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de nueve meses. Alternativamente, de no optar por la rescisión¹³² de su contrato y sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social y la sentencia que se dicte declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Como garantía y a modo de sanción legal, cuando la empresa, con el objeto de eludir el procedimiento exigido para las modificaciones sustanciales colectivas, realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el artículo 41.2 LET, 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.

En cambio, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas¹³³ con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre la causa o causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (art. 41.4 LET). La consulta –en verdad, negociación¹³⁴– se llevará a cabo en una única comi-

¹³¹ Vid. ALAMEDA CASTILLO, M. T. y BLAZQUEZ AGUDO, E. M., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 14, 2016, pp. 38-43.

¹³² Son dos opciones mutuamente excluyentes, pues una vez ejercitada la opción por la rescisión del contrato no cabe pretender la impugnación de la medida modificativa cuya finalidad es discutir su justificación, manteniendo la relación laboral [STSJ de Cantabria de 4 de enero de 2016 (AS 2016, 143)].

¹³³ No resulta válida la negociación y suscripción de acuerdos novatorios particulares con la mayoría de los trabajadores, resultando todos nulos por incumplimiento del procedimiento legalmente establecido [STS de 29 de junio de 2014 (RJ 2014, 4942)].

¹³⁴ NAVARRO NIETO, F., “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016, pp. 48-52.

sión negociadora, integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponde a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados. De no ser ese el supuesto, el legislador ha previsto unas reglas¹³⁵ para conformar la representación de los trabajadores, según el procedimiento afecte a trabajadores de un único centro de trabajo, con o sin representantes legales o unitarios, o de varios centros de trabajo, con comité intercentros o no y, en su caso, con o sin representantes legales o unitarios.

La empresa está obligada a comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Desde la fecha de esa comunicación, el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días, excepto cuando alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

¹³⁵ Así, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas supletorias:

a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1.^a Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2.^a Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

3.^a Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen.

Un amplio análisis, en ALCÁZAR ORTIZ, S., *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Lex Nova Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 213-218.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores; ahora bien, la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Durante el periodo de consultas, de duración –recordémoslo– no superior a quince días, las partes deben negociar de buena fe¹³⁶, para intentar conseguir un acuerdo. El acuerdo, para ser válido, requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores, siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

No obstante, el empresario y la representación de los trabajadores pueden acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo indicado para el periodo de consultas.

En todo caso, el empresario debe notificar de manera expresa¹³⁷ a los trabajadores su decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, una vez finalizado el periodo de consultas.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurre la causa justificativa y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un máximo de nueve meses.

De no haber acuerdo, la decisión del empresario surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación y contra esa decisión se podrá reclamar a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el artículo 41.3, párrafo tercero, LET, teniendo en cuenta que la interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

Así, volviendo sobre la premisa inicial, a las condiciones más beneficiosas incorporadas a la relación contractual el ordenamiento jurídico les otorga protección, al no ser revocables por la voluntad unilateral del empresario. Pero, de manera excepcional, sobre la base de una causa determinada –económica, técnica, organizativa o de producción– y justificada que afecte a la competitividad, productividad u organización de la empresa o, en definitiva, a su viabilidad¹³⁸ y, también, de un procedimiento, el empleador unilateralmente¹³⁹ podrá implementar modificaciones

¹³⁶ Se aprecia la falta de buena fe cuando se da una doble circunstancia: la ausencia de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio [SSTS 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2883), de 21 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4214) y de 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6792)].

¹³⁷ STS de 14 de octubre de 2015 (RJ 2015, 5851).

¹³⁸ Ciertamente, debe existir una adecuación entre las razones alegadas, la modificación sustancial a introducir y su idoneidad para contribuir a la mejora de la situación de la empresa; en la doctrina, por todos, RIVERO LAMAS, J., "Modificación sustancial de condiciones de trabajo: algunos problemas del artículo 41 ET", en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, L. E., Dir.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 248.

¹³⁹ Dicho con las palabras del Tribunal Supremo, "el supuesto del artículo 41 LET, en suma, solo contempla los casos en que la modificación sustancial de la condición de trabajo se produce por iniciativa unilateral de la empresa por causas determinadas" [STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1782)], y añade, por asumir los términos de la STC 8/2015, de 22 de enero (RTC 2015, 8), que "la norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras

de condiciones más beneficiosas reconocidas a los trabajadores. En esos limitados supuestos y bajo las condiciones señaladas¹⁴⁰, ante los avatares que pueden afectar a la relación laboral, el legislador dispensa la adecuada protección en términos de causalidad y procedimiento¹⁴¹.

De manera singular, cuando estemos ante una condición más beneficiosa de carácter colectivo, que por su origen contractual puede ser objeto de modificación, reducción, suspensión o supresión por la vía artículo 41 LET, será obligatorio observar los requisitos procedimentales, el período de consultas con los sujetos colectivos legitimados para ello y las restantes formalidades, por lo que si no se siguen o se eluden la modificación será declarada nula¹⁴².

A estos efectos, un dato importante es la calificación de la condición de trabajo como “sustancial”. Lo determinante, *a priori*, no es la condición de trabajo –concerniente a la ejecución de la prestación de trabajo y a la retribución de la misma a cargo de la empresa– por sí misma; más relevante es el alcance de la modificación propuesta por la empresa, esto es, la entidad cualitativa y cuantitativa del cambio, la duración temporal de la medida adoptada, las eventuales compensaciones y efectos sobre el trabajador o cualesquiera otras circunstancias concurrentes¹⁴³, eso sí en relación con la condición de trabajo afectada. La jurisprudencia, una vez para calificar la modificación como sustancial y otras para considerarla accidental, ha declarado que por modificación sustancial de las condiciones de trabajo “hay que entender aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista ad *exemplum* del artículo 41.1, párrafo segundo, LET, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, estas no tienen dicha condición, siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial”¹⁴⁴. Con la referencia a las materias enumeradas en el artículo 41.1 LET parece afirmar, a modo de presunción *iuris et de iure*, que si la modificación afecta condiciones de trabajo relativas 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 o funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 LET, toda modificación sería, *ratione materiae*, sustancial. Sin duda, esta interpretación, tal vez expuesta en aras a dotar de mayor seguridad jurídica a la actuación empresarial y de mayores garantías para los trabajadores, deriva del propio tenor literal del precepto legal que siempre otorga aquella consideración de modificaciones sustanciales a cuantas se refieran, al menos, a esas materias listadas¹⁴⁵.

productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)”. Un amplio comentario a esta doctrina constitucional, en DE VAL TENA, A. L., “La reforma laboral de 2012: sentencias TC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero”, en VV.AA. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 792 y ss.

¹⁴⁰ Como señala la STSJ de Andalucía/Málaga de 22 de marzo de 2017 (AS 2017, 1090), no cabe admitir la modificación unilateral por la empresa cuando se incumplen los requisitos procedimentales obligatorios. En el mismo sentido, SSTSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 12 de febrero de 2015 (JUR 2016, 77895), de 16 de marzo de 2015 (JUR 2015, 219063) y de 23 de junio de 2017 (AS 2017, 1767) y STSJ del País Vasco de 4 de julio de 2017 (JUR 2017, 235665).

¹⁴¹ SSTS de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6210) y de 21 de junio de 2016 (RJ 2016, 3343).

¹⁴² SAN de 24 de julio de 2015 (AS 2015, 1562) y STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786).

¹⁴³ SSTS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006, 3105) y de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5394).

¹⁴⁴ SSTS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9163), de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7308), de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7877) o de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 3388).

¹⁴⁵ Se coincide en afirmar que el artículo 41.1 LET no contiene una enumeración exhaustiva, sino abierta o *ad exemplum*, es decir, que pueden incluirse otras materias [por todas, SSTS de 22 de enero de 2013 (RJ 2013,

Lo más razonable, ante los contenidos heterogéneos que pueden presentar las condiciones más beneficiosas, es valorar el alcance de la variación de la condición más beneficiosa, sin que toda modificación sea considerada sustancial¹⁴⁶, salvo cuando afecte a una de las materias recogidas en el artículo 41.1, párrafo segundo, LET porque se consideran *ex lege* sustanciales¹⁴⁷.

Carece de asidero legal y está fuera de la lógica jurídica, considerar cualquier modificación de una condición más beneficiosa como sustancial¹⁴⁸, por más que así se encontraría una fácil solución, afianzando el principio de seguridad jurídica, para determinar el procedimiento a seguir, que sería en todo caso el establecido en el artículo 41 LET.

En definitiva, la modificación de una condición de trabajo más beneficiosa vigente, individual o colectiva, no puede ser introducida unilateralmente por la empresa fuera del artículo 41 LET, salvo en tres supuestos¹⁴⁹:

a) Cuando no pueda considerarse sustancial y quede dentro del poder de dirección¹⁵⁰ del empresario [arts. 5.) y 20 LET]. Este puede imponer los cambios, sin necesidad de justificación ni de procedimiento ni formalidad alguna, sin más límites que el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, a su dignidad, al principio de buena fe contractual y los que en

1952) y de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5805)]. Entre otras, al tratar sobre condiciones más beneficiosas, STSJ de Asturias de 4 de diciembre de 2015 (AS 2016, 103) y STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2017 (AS 2017, 786); la primera, por ejemplo, admite la supresión o variación por la vía del artículo 41 LET de mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

¹⁴⁶ En la doctrina, DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., pp. 267-268, y MERCADER UGUINA, J. R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 162-163.

¹⁴⁷ No se desconoce la doctrina jurisprudencial que afirma que “el mencionado listado no incorpora todas las modificaciones que pueden ser sustanciales ni tampoco atribuye el carácter de sustancial a toda modificación que afecte a alguna de las condiciones listadas; en definitiva, la aplicación del artículo 41 LET no está referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la necesidad de que sea sustancial la modificación [SSTS de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 2905) y de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 5112), entre otras]. En la doctrina, en relación a la modificación de la condición más beneficiosa, DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., p. 266.

¹⁴⁸ En este sentido, BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, cit., pp. 289 y 291, que parte de una premisa: “la sustancialidad intrínseca que entraña cualquier modificación de toda condición más beneficiosa por el mero hecho de serla”, por lo que, coherentemente, “cualquier pretensión empresarial de modificación de la mejora, haciendo abstracción de su entidad, se tendría que canalizar por la vía de las modificaciones sustanciales propiamente dichas”; también ASQUERINO LAMPARERO, M. J., “La condición más beneficiosa: visión general”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2011, p. 19 (BIB 2011, 1462). En contra, DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., p. 271, que afirma “no resulta adecuado equiparar todas las condiciones más beneficiosas sin tener en cuenta el contenido que albergan” o, dicho en otros términos, “no es correcto calificar de sustancial una modificación por el solo hecho de que le afecte a una condición laboral que tenga la caracterización de condición más beneficiosa”.

¹⁴⁹ SAN de 24 de julio de 2015 (AS 2015, 1562); así, una modificación horaria, que se traduce nada menos que en la sustitución de un horario en jornada continuada por un horario en jornada partida, durante todos los viernes del año y en verano, y se ha suprimido la flexibilidad horaria tanto de entrada como de salida, durante todo el año, “no puede por menos de calificarse de sustancial aplicando tales criterios, pues no cabe duda de que se trata de un horario más gravoso y notoriamente distinto del anterior”. También, STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2017 (JUR 2017, 208733), que diferencia entre modificaciones “sustanciales” y “accidentales”, si bien finalmente concluye que no ha surgido –se trataba de un sistema de incentivos que se determinaba unilateral y anualmente por la empresa– una condición más beneficiosa, por lo que resulta ajena la modificación al procedimiento del artículo 41 LET, quedando al *ius variandi* empresarial.

¹⁵⁰ Para los supuestos de condiciones más beneficiosas no esenciales, DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., p. 269, defiende que la modificación o supresión unilateral solo se puede llevar término a través de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

su caso deriven de los acuerdos individuales o colectivos¹⁵¹. De actuar así y el trabajador no estar conforme, podrá este reclamar por la vía del procedimiento ordinario¹⁵² para que se le restituya en su anterior condición de trabajo modificada, sobre la base de un perjuicio.

b) Cuando sea estrictamente precisa para dar cumplimiento a una obligación impuesta por una norma de rango superior que se impone –por ser imperativa– a la condición modificada¹⁵³.

c) Cuando resulte factible aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyos presupuestos se exponen a continuación.

C) La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Además de admitir la posibilidad de modificación o supresión de una condición más beneficiosa mediante pacto entre el empleador y el trabajador, por el mecanismo de la absorción o compensación tras una mejora normativa o a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, también será factible por aplicación de la cláusula jurídica *rebus sic stantibus*, cuando circunstancias nuevas e imprevistas ocasionen un evidente desequilibrio contractual si se mantiene el beneficio previamente establecido¹⁵⁴. Se considera que existe una cláusula implícita¹⁵⁵ o tácita¹⁵⁶ de este tipo en todos los contratos, de forma que, si sobreviene un cambio importante en el estado de los hechos existentes o contemplados cuando surgió el acuerdo, podrá revisarse el contenido de las obligaciones para compensar el desequilibrio de las prestaciones.

La causa para poder aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* es siempre una alteración sustancial de las condiciones en que se concedió y requiere probar la certeza de la causa invocada en la decisión empresarial, pues no puede alegarse aquella como justificación de la modificación o extinción de una condición más beneficiosa si no está acreditada la concurrencia de circunstancias objetivas en las que apoyarla. Han de cambiar notablemente las condiciones –por ejemplo, tras una reforma legal¹⁵⁷– en las que se concedió la mejora, lo que conlleva una alteración de la base del negocio de origen, esto es, una ruptura del equilibrio contractual tenido en cuenta al tiempo de su concesión.

Este debate sobre la exigibilidad de las obligaciones contractuales, en el campo del derecho común¹⁵⁸, pero igualmente trasladable al ámbito de la relación contractual de trabajo, se plantea en el supuesto de obligaciones de tracto sucesivo cuando se produce una grave transformación del escenario en que se pactaron. Si superamos el valor determinante de la causa y damos

¹⁵¹ STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 22 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 251884).

¹⁵² STSJ de Madrid de 4 de junio de 1998 (AS 1998, 2697).

¹⁵³ Por todas, STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1782).

¹⁵⁴ STSJ de Cantabria de 3 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 260171).

¹⁵⁵ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, 6ª ed., Thomson Civitas, Vol. II, Madrid, 2008, p. 1057.

¹⁵⁶ ALAMEDA CASTILLO, M. T. y BLAZQUEZ AGUDO, E. M., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo”, cit., p. 26.

¹⁵⁷ SSTs de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335 y RJ 1994, 7043), al debatirse en los dos procesos la influencia del RD-Ley 5/1992, de 21 julio, y de la Ley 28/1992, de 24 noviembre, que sustituye a aquel, sobre las mejoras, a cargo de las empresas, de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por incapacidad laboral transitoria (arts. 181 y ss. LGSS 1974), declarando que, al desaparecer el abono del subsidio de los días 4.º al 15.º a cargo de la Seguridad Social y desplazarse al empresario la carga económica, había desaparecido el presupuesto básico de la mejora estipulada como condicionante tenido en cuenta al tiempo de su concesión, de suerte que tal mejora solo completaba una obligación principal de pago por la Seguridad Social; por ello acordó que durante los días 4.º al 15.º el empresario sustituía íntegramente la obligación de la Seguridad Social, pero se liberaba de la mejora estipulada. En el mismo sentido, STS de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1257).

¹⁵⁸ Por todos, en sentido crítico, DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, cit., pp. 1057 y ss.

mayor relevancia a la base del negocio jurídico, es decir, a la existencia de elementos esenciales de la conformación de la voluntad negocial en el momento de la conclusión del contrato o acuerdo, objetivamente necesarias para que el mismo pueda continuar existiendo y no vea frustrada su finalidad, aquellas circunstancias sobre cuya base se edificó el negocio constituyen “la condición motriz de la voluntad contractual”¹⁵⁹. De ahí que ese cambio o alteración sea trascendente a la hora de poder exigir una condición más beneficiosa previamente reconocida.

La doctrina jurisprudencial, que ha admitido su operatividad como excepción del principio *pacta sunt servanda*, autoriza excepcionalmente la revisión o resolución de un contrato de trabajo en aquellos casos en que “por virtud de acontecimientos posteriores e imprevisibles resulta extremadamente oneroso para una de las partes mantenerlo en su inicial contexto, lo que es de aplicación a las mejoras voluntarias que el empresario, por vía de condición más beneficiosa, haya podido conceder a los trabajadores, pues dicho acto, en cuanto comporta la atribución de derechos sociales, implica una ampliación del contrato de trabajo originario, siendo, cuando aquellas han sido aceptadas, la situación idéntica a la de un sinalagma convencional, fuente de obligaciones de acuerdo con el artículo 3.1.c) de la LET y el artículo 1255 del CC, en consecuencia su suspensión está condicionada a la aceptación por los trabajadores o a su compensación por vía de neutralización, salvo que por la vía excepcional antes dicha proceda su extinción, siempre y cuando concurren los requisitos expuestos”¹⁶⁰.

Las condiciones para aplicar de la cláusula *rebus sic stantibus* son varias: una alteración extraordinaria sobre la situación existente en el momento de la asunción de la obligación, que produzca una desproporción inusitada o exorbitante de las prestaciones con quiebra del equilibrio contractual y que todo ello acontezca por haber sobrevenido circunstancias radicalmente imprevisibles¹⁶¹. Aun así, aquella cláusula solo cabe aplicarla restrictivamente si se trata de obligaciones incorporadas al contrato de trabajo, no derivadas de otras fuentes normativas¹⁶², sin que por ello sea necesariamente subsidiaria¹⁶³, es decir, que solo opere cuando no se pueda acudir a otros instrumentos legales para restablecer el equilibrio de las prestaciones derivadas del contrato.

Sin embargo, desde una posición doctrinal minoritaria se sostiene que modificación de las obligaciones voluntariamente asumidas por el empresario no podrá acordarse unilateralmente, aun existiendo causa que la justifique, salvo que se someta al procedimiento del artículo 41 LET, rechazando de plano la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁶⁴. Incluso, tratándose de una condición individual de trabajo, la citada cláusula habría de invocarse como causa justificativa¹⁶⁵ de la modificación en el procedimiento previsto en el artículo 41 LET, pero nunca alcanzaría a fundamentar la supresión o modificación por la unilateral voluntad de la empresa¹⁶⁶.

¹⁵⁹ STS de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1257).

¹⁶⁰ STS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335).

¹⁶¹ SSTS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335), de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562), de 16 de abril de 1999 (RJ 1999, 4429), de 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3771) y de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7166).

¹⁶² Con rotundidad, las SSTS de 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3771) y de 5 de abril de 2010 (RJ 2010, 1482): nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en convenio colectivo, pues tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex artículo 37 CE. También, SSTS de 20 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7437) y de 15 de abril de 2011 (RJ 2011, 3960).

¹⁶³ Vid. BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, cit., pp. 323-324, que remarca, además, la limitada admisibilidad de la figura, que “va a depender, dado el carácter residual de la misma, de la existencia o no de instrumentos típicamente laborales capaces de cumplir la funcionalidad de la *rebus sic stantibus*”.

¹⁶⁴ Cfr. Voto particular de la STS de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335).

¹⁶⁵ En la doctrina, a favor de interpretar las causas empresariales —económicas, técnicas, organizativas o de producción— como una especificación de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, vid. DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., pp. 287-289.

¹⁶⁶ SSTS de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4104), de 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3771) y de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7166).

Y ello porque, así se entiende, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* se integraría en el precepto estatutario, donde cabe perfectamente incluir los supuestos de “alteraciones sobrevenidas de las circunstancias contractuales”, entre las que se integran las teorías relativas a la “excesiva onerosidad sobrevenida” o la “alteración del negocio jurídico”¹⁶⁷.

Pues bien, aunque se ha argumentado que el instituto modificatorio del artículo 41 LET es un “duplicado” en el ordenamiento laboral de la cláusula *rebus sic stantibus*, ello “no excluye la utilización residual” de la mencionada cláusula, por más que sea difícil que puedan concurrir todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia, máxime si a estos hay que sumar “la prueba de la buena fe y la ausencia de culpa para alegar la cláusula”¹⁶⁸.

De ser apreciada, en fin, esta cláusula revisoría, el problema será concretar los nuevos términos de la condición modificada, salvo que la propuesta sea de supresión de la condición más beneficiosa, si bien, en cualquier caso y en última instancia, tanto su apreciación como sus efectos quedan en manos del Juez. Dicho en términos más amplios, las partes pueden no compartir los efectos que la alteración de las circunstancias iniciales proyecta sobre la condición más beneficiosa, trasladando la controversia a los órganos jurisdiccionales.

4. REFLEXIONES FINALES: DEL ORIGEN PACTADO O RECONOCIDO A LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Es un lugar común en la doctrina científica y en la jurisprudencia señalar como origen de la condición más beneficiosa –se denomina así por cuanto supera el contenido de los derechos reconocidos al trabajador en el orden normativo o convencional colectivo de referencia– la voluntad de las partes de la relación jurídica de trabajo, aunque el acuerdo entre el empleador y el trabajador no tiene que ser necesariamente expreso, menos aún formalizarse por escrito, sino que puede ser tácito, derivado de una decisión o acto unilateral del empresario mediante el que atribuye o reconoce un derecho al trabajador. Conviene, no obstante, el pacto explícito y formalizado por escrito, para dotar al mismo de la debida seguridad jurídica, pues así quedará constancia de la condición más beneficiosa, con su régimen jurídico –requisitos, contenido y extensión– aplicable para poder exigir su estricto cumplimiento. Que sea idónea la formulación expresa de toda condición más favorable para el trabajador, ello no obsta para su reconocimiento implícito –no dejaría de ser una “ficción jurídica”¹⁶⁹– tras una sucesión de hechos concluyentes del empleador que pongan de manifiesto una voluntad inequívoca de obligarse, superando la mera tolerancia o condescendencia, siempre que no medie un vicio en el consentimiento, con la seguida aceptación por la otra parte contratante, el trabajador.

Sea uno u otro el supuesto constitutivo, la condición más beneficiosa tiene siempre origen contractual y, por consiguiente, conlleva el deber –vertiente positiva– de cumplir lo pactado e impide al empresario eludir –vertiente negativa– unilateralmente la obligación asumida, esto es, modificarla, sustituirla o revocarla por su sola voluntad. A la postre, nacida la condición más beneficiosa del acuerdo de voluntades, explícito o implícito, su no respeto supone un incumplimiento contractual del sujeto obligado, de ahí que puede exigirse su observancia en los términos acordados.

¹⁶⁷ BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, cit., p. 178.

¹⁶⁸ RIVERO LAMAS, J., “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Entorno al artículo 41)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, T. I, 2000, p. 872.

¹⁶⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “La reducción del espacio de la condición más beneficiosa: su función propia como acuerdo contractual tácito”, cit., p. 1.

También en ambos supuestos estaremos ante condiciones más beneficiosas, solo que el disfrute por concesión unilateral del empresario, cuando este no la reconozca en un determinado momento o simplemente se aparte de ella, ocasiona al trabajador la dificultad de probar su nacimiento, vigencia y contenido, si bien los tribunales, ante la reiteración de una conducta empresarial concesiva, admiten una especie de “presunción de nacimiento de una condición más beneficiosa”¹⁷⁰, trasladando a la parte empleadora la carga de probar que no ha habido voluntad de obligarse¹⁷¹.

Así, la condición más beneficiosa no es más que una condición de trabajo cuyo origen radica en la autonomía individual, cuando actúa dentro de los límites que le permite el artículo 3.1.c) LET, como norma positiva básica que posibilita y fundamenta su existencia. Si en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos, a *sensu contrario* se podrán pactar o conceder condiciones más favorables para el trabajador, esto es, acordar o reconocer obligaciones del empresario que amplíen el conjunto de derechos establecidos en el marco jurídico heterónomo de aplicación a la relación jurídica y que, recordémoslo, se impone a la relación contractual de trabajo.

Como obligación empresarial o como derecho del trabajador, la condición más beneficiosa debe ser respetada en sus propios términos. Goza, por lo tanto, la condición más beneficiosa de una garantía de permanencia, hasta el punto de que el principio clásico de condición más beneficiosa ha sido reformulado por la jurisprudencia como “el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas”¹⁷². Empero, dicha garantía para el trabajador no es absoluta porque es factible su modificación o supresión por los procedimientos legalmente establecidos. Uno, específico, para las condiciones más beneficiosas de naturaleza salarial, así “operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia” (art. 26.5 LET). Otro, general, que permite la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sean individuales o colectivas, por la decisión unilateral del empresario cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, con un reforzado procedimiento negociador –período de consultas– con los representantes de los trabajadores (art. 41 LET), caracterizada la modificación como colectiva. Sin perjuicio, además, de admitir, excepcionalmente y más desde una perspectiva teórica que práctica, el recurso a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* cuando no resulte posible activar aquellos procedimientos, lo que rara vez sucederá.

Cuando la modificación pretendida de una condición más beneficiosa no pueda ser calificada como sustancial, no será preciso acudir al procedimiento articulado en el artículo 41 LET, por no configurar el legislador un único procedimiento “universal” para cualquier modificación sobre una condición de trabajo que pretenda incorporar el empresario. Alegar una causa y seguir los trámites, según sea individual o colectiva la modificación, le aportará seguridad jurídica en su forma de proceder, pero no por ello se ha de concluir su necesaria implementación. Ante una modificación no sustantiva o, en la terminología de la jurisprudencia, accesorio, el poder de dirección o *ius variandi* empresarial puede imponer los cambios, sin necesidad de formalidad

¹⁷⁰ STSJ de Islas Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 2 de octubre de 2015 (AS 2016, 814).

¹⁷¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “El nacimiento de la condición más beneficiosa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, T. IV, 1996, p. 2 (BIB 1996, 1447).

¹⁷² SSTs de 16 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6789), de 29 de marzo de 2002 (RJ 2000, 3134), de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 752), de 7 de junio de 2010 (RJ 2010, 6790), de 13 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7720), de 26 de junio de 2012 (RJ 2012, 8560), de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1854), de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 5755), de 28 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4926) y de 8 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1149).

alguna y sin más límites que el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, a su dignidad, al principio de buena fe contractual y los que en su caso deriven de los acuerdos individuales o colectivos.

Desde luego que se acepta también la novación modificativa o extintiva de la condición más beneficiosa, pues no juega –dado su origen contractual, insistimos– la prohibición legal de disponer de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o en los convenios colectivos (art. 3.5 LET). De igual manera que tendrán incidencia sobre la condición más beneficiosa las vicisitudes –suspensión y extinción– que pueda sufrir la relación contractual o la posterior vigencia de normas de derecho necesario que resulte de aplicación.

El rechazo, a fuerza de ser coherentes, a cualquier tipo de condición más beneficiosa de origen normativo, como lo serían las establecidas en un convenio colectivo, nos lleva a advertir la contradicción que supone llamar “condiciones más beneficiosas de origen (normativo) colectivo” a aquellas que se reconocen a los trabajadores tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo una vez denunciado y superado el periodo legal de ultraactividad¹⁷³, más aún si se defiende que esas condiciones de trabajo de efectos colectivos podrán ser disponibles por la autonomía colectiva¹⁷⁴. Y ello, en definitiva, porque el título de nacimiento de toda condición más beneficiosa es el pacto entre el empresario y el trabajador o la voluntad unilateral empresarial, integrándose en todo caso en el contrato de trabajo.

Si la solución jurisprudencial al problema de vacío convencional, que deriva de la limitada ultraactividad del convenio colectivo, pasa ineludiblemente por entender contractualizadas las normas del convenio colectivo extinto, debería reconocerse que ese es un supuesto *sui generis* de condición más beneficiosa, que se separa del tipo común y, en consecuencia, se rige por unas reglas propias en cuanto a su mantenimiento cuando finalmente se apruebe un nuevo convenio colectivo en el ámbito que cubría el anterior derogado. O, aún mejor, rechazar¹⁷⁵ que se trate, en realidad, de condiciones más beneficiosas, en cuanto tal incorporación al contrato sería meramente temporal, hasta que haya un nuevo convenio colectivo, y esa anexión al contrato no surge de un acuerdo tácito de las partes para incorporar derechos o beneficios sobre las normas legales existentes.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta, por regla general, que la simple remisión contractual genérica a la normativa aplicable a la relación laboral no supone la contractualización de las respectivas condiciones normativas, salvo que se trate de una remisión expresa e individualizada a un determinado punto de la disciplina normativa¹⁷⁶.

¹⁷³ Artículo 86.3, último párrafo, LET: “Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

¹⁷⁴ Vid. CASAS BAAMONDE, M. E., “La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos”, cit., p. 24, que desataca la consecuencia de que “su posible modificación por el empresario precisará tramitarse a través del procedimiento del artículo 41 LET, siendo esas condiciones de trabajo individuales/plurales por sus efectos colectivos disponibles por la autonomía colectiva”. Posteriormente, precisan CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RE, F., “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2013, p. 11, que las condiciones más beneficiosas adquiridas por los trabajadores a título individual, que no tienen su fuente en el convenio colectivo, pero que este las ha respetado colocándolas bajo el abrigo de las técnicas de la absorción y compensación, se mantienen como tales, pero no así las demás condiciones de trabajo, que no se “contractualizan” como condiciones más beneficiosas, si bien operan en el contrato ante la pérdida de vigencia del convenio colectivo, lo que supone, ante todo, es la pérdida de “fuerza vinculante”. De ahí la posibilidad de “su disponibilidad por pacto posterior, individual o colectivo, y de su eventual modificación por el empleador acudiendo a la vía del artículo 41 LET”.

¹⁷⁵ Así GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia (y II)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014, p. 9 (BIB 2014, 3673).

¹⁷⁶ SSTSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 28 de agosto de 2014 (JUR 2015, 12168) y de 30 de noviembre de 2015 (AS 2017, 1135), entre otras muchas anteriores.

En conclusión, si podemos coincidir en que el pacto de mejora de las condiciones de trabajo o la concesión unilateral de una condición más beneficiosa, superando las referencias mínimas del marco normativo aplicable, es un instrumento adecuado, al servicio de una mejor gestión de los recursos humanos, para motivar y premiar a los trabajadores, quizá el –así formulado ahora– principio de intangibilidad de la condición más beneficiosa sea un freno para su reconocimiento contractual, de ahí que debemos subrayar que el ordenamiento jurídico sí facilita algunos instrumentos que permiten la modificación e, incluso, la extinción de las condiciones más beneficiosas, al margen de que sea cierta la prohibición de decisiones unilaterales modificativas o revocatorias sin justificación causal o normativa. En rigor, el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas tiene una eficacia relativa, siendo varios los instrumentos alternativos que permiten ajustar o neutralizar una condición más beneficiosa.