

LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA REFORMA LABORAL DE 2010

Jesús Cruz Villalón¹
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Extracto

La reforma laboral 2010 a primera vista ha prestado una escasa atención a las medidas de flexibilidad interna, lo que exige explicar el contexto general en el que se ha desarrollado el proceso legislativo en esta ocasión. A pesar de ello, una lectura más pausada del texto legal muestra la presencia de medidas de cierto alcance en diversos aspectos, particularmente los relativos a modificaciones sustanciales, descuelgues salariales y reducciones de jornada. El conjunto de preceptos afectados presentan un hilo conductor común, en el sentido de que responden a similares objetivos y, sobre todo, contienen aspectos novedosos que se reproducen sistemáticamente en todos los casos. Ello permite y al propio tiempo obliga a realizar un análisis y comentario de las novedades con una perspectiva transversal, que evite una consideración sucesiva y aislada de cada uno de los preceptos afectados por la reforma. Particular relevancia se le atribuye al reforzamiento del protagonismo de los acuerdos de empresa frente a los convenios sectoriales, a la voluntad de acentuar la práctica de los procedimientos voluntarios de mediación y arbitraje si bien su implementación práctica depende de cómo esa propuesta sea acogida por las partes, sin olvidar la original solución prevista para las empresas sin representación legal de los trabajadores. Al hilo de todo ello, el trabajo intenta desentrañar los muy abundantes y concretos problemas de interpretación positiva que suscita la nueva redacción de los preceptos reformados.

Índice

- 1.- Significación general: relevancia y condicionantes
- 2.- La tipología de condiciones modificables
- 3.- La ampliación causal
- 4.- La interlocución en las empresas sin representación institucional
- 5.- El fomento de los procedimientos de resolución privada de las discrepancias
- 6.- La conexión entre modificaciones de condiciones y negociación colectiva

1.- Significación general: relevancia y condicionantes

En una primera aproximación da la impresión de que existe un fuerte consenso entre todos acerca de la importancia que presentan los instrumentos de flexibilidad interna en el seno de la empresa, de modo que de inicio recibe una valoración muy positiva la adopción de medidas de estas características y, por ende, pudiera pensarse que hay una fuerte predisposición de los interlocutores sociales a facilitar y fomentar los instrumentos legales de flexibilidad interna. En particular, las partes lo suelen percibir

¹ Este artículo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía “Eficacia de la Norma Laboral desde la Perspectiva de la Calidad en el Empleo: Experiencias Comparadas” (P07-SEJ-03023).

como una interesante vía alternativa a las fórmulas más complejas y conflictivas que comportan directa reducción de empleo. Así vienen a expresarse de forma reiterada en los sucesivos Acuerdo Interconfederales de Negociación Colectiva, que han venido firmando con cierta continuidad a lo largo de los últimos años. Por aludir exclusivamente al último de ellos, se declarará en el mismo que “las partes coinciden en la necesidad de acudir a mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo y de la actividad productiva”². El propio Gobierno ofrece un enfoque similar en la exposición de motivos de la Ley que aprueba la reforma laboral de 2010, de modo que indicará que la flexibilidad interna constituye uno de los “tres objetivos fundamentales” de tal reforma, previa la constatación de que una de las debilidades de nuestro sistema de relaciones laborales se encuentra en la presencia de “un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual” y, por tanto, optando con la reforma por “reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas”³.

Sin embargo, apenas se intenta profundizar en las medidas concretas que conviene acometer para colocar a la flexibilidad interna en el centro de atención de las políticas empresariales de gestión de personal, se comprueba inmediatamente la dificultad de alcanzar el debido consenso acerca de cualquier tipo de reforma legislativa al respecto, siendo emblemático al respecto lo que ha sucedido con las propuestas y las específicas medidas introducidas a través de la última de las reformas laborales.

Desde el punto de vista empresarial, la flexibilidad interna se concibe exclusivamente como un vehículo para reforzar sus facultades directivas en la empresa, reclamando en ese orden el incremento de sus facultades discrecionales y unilaterales de gestión en el ámbito de la empresa; si se quiere, dicho con cierto exceso, se pretende lisa y llanamente convertirse en una excusa para adoptar medidas de desregulación legislativa que amplíen el ejercicio de su poderes de dirección en la empresa, siendo pues el propio empleador quien acudiría a estas medidas cuando lo estime favorables a los requerimientos de gestión empresarial. Y, sobre todo, lo perciben como algo imprescindible en sí mismo, sin toma en consideración de los necesarios equilibrios de los intereses en juego, por tanto sin aceptar compensaciones de intercambio. En concreto, sin adoptarse en paralelo otras medidas de corrección de las vías de escape que se vienen utilizando como respuesta alternativa a las dificultades o impedimentos derivados de la ausencia de instrumentos efectivos de flexibilidad interna.

En efecto, nuestro sistema de relaciones laborales, ante la constatación de los obstáculos legales y sindicales a la adopción de medidas de flexibilidad interna, ha provocado que las empresas hayan buscado por diversas vías fórmulas alternativas de satisfacer sus requerimientos de flexibilidad, que han consolidado en las prácticas de gestión empresarial, al extremo que puede afirmarse que con el paso del tiempo ha cuajado en una cultura empresarial y laboral. Sin entrar en mayores detalles, estas vías de escape se han materializado en tres mecanismos: el abuso de la rotación contractual a

² Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, de 9 de febrero de 2010 (BOE 22 de febrero).

³ Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre).

través del uso recurrente de la contratación temporal injustificada, sustituyendo unos trabajadores por otros que pasan a prestar servicios con condiciones laborales diversas; las fórmulas de descentralización productiva respecto de aquellas actividades donde se percibe la necesidad de efectuar un uso más intenso y reiterado de cambios en las condiciones de trabajo; las fórmulas de externalización vía el establecimiento de relaciones obligacionales con trabajadores autónomos. De todos ellos, probablemente el más utilizado sea el correspondiente al propio de los trabajadores temporales, a veces incluso por vía de novaciones contractuales acudiendo al mismo tipo de trabajador. Todo ello determina como resultado que en muchas ocasiones los requerimientos de flexibilidad de las empresas se encuentren mal repartidos subjetivamente, de modo que una de las consecuencias de la segmentación laboral sea la de que los trabajadores temporales soportan en la práctica dosis muy superiores de flexibilidad interna a las que asumen los trabajadores por tiempo indefinido.

En todo caso, asentadas las calificadas como vías de escape, con las distorsiones que ello produce pero igualmente con las ventajas que proporciona a las empresas, sea más difícil redirigir la gestión de personal hacia un uso más intenso de los instrumentos de flexibilidad interna. Dicho de otro modo, por muchas facilidades que se le ofrezcan a las empresas para acudir a los procedimientos varios de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, éstos siempre resultarán más complejos de gestionar que el instrumento más simple de la contratación temporal y similares. Con lo cual un auténtico cambio de rumbo a estos efectos sólo se produciría en la medida en que se actuara sobre el conjunto de las instituciones laborales, incluidas las relativas a la contratación. Al no haberse hecho esto con la reforma actual, las expectativas de éxito y de resultados materiales de las medidas incorporadas por las mismas son más débiles de lo que cabría esperar en otro caso.

Pero, es más, desde el punto de vista sindical tampoco se aprecia tanta simpatía como podría pensarse a la facilitación de los mecanismos de flexibilidad interna, a pesar de que el discurso oficial les lleve a afirmar lo contrario, pues se trata de una aceptación meramente teórica, que después no siempre se ve confirmada por la práctica. En efecto, los obstáculos a la utilización de mecanismos ágiles de flexibilidad interna en nuestras relaciones laborales hoy en día no provienen sustancialmente del marco legal contemplado al efecto en la normativa laboral: las reformas precedentes efectuadas en nuestra legislación, en particular la correspondiente a 1994, proporcionan vías diversas que facilitan en gran medida la adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades sobrevenidas de las empresas; obviamente dicho esto como valoración general y sin perjuicio de que fuera viable una reconsideración de algunos aspectos de la legislación general. Sin embargo, donde sí se aprecian cierto tipo de dificultades o rémoras a un funcionamiento ágil de la flexibilidad interna es en determinadas reglas asentadas con el paso del tiempo en la negociación colectiva, de modo que tan sólo vía una renovación de contenidos y una modernización de las funciones asignadas a los convenios colectivos cabría superar los mencionados obstáculos. Y es en ese preciso momento de abordar adaptaciones de los contenidos de los convenios colectivos a los requerimientos de flexibilidad interna de las empresas donde se perciben mayores desacuerdos entre los interlocutores sociales, con lo que nuevamente volvemos a impedimentos que desembocan en las vías de escape antes mencionadas.

Por lo demás, ha de tenerse presente que los cambios sociales y culturales verificados en los últimos años hacen mucho más complejas medidas de flexibilidad

interna que funcionaban en el pasado con mayor naturalidad y aceptación. Por sólo mencionar el principal aspecto que a nuestro juicio no permite que la gestión de la flexibilidad interna escape al contraste de intereses, se encuentra el hecho de que esta flexibilidad cada vez más entra en colisión con la articulación de un modelo eficiente de conciliación de la vida familiar y profesional; vertiente ésta última que resulta cada vez más relevante a partir del instante en que se produce la plena integración de la mujer en el trabajo, además con justas aspiraciones de hacerlo en plano de total igualdad con el hombre en el trabajo y, por tanto, con fórmulas que permitan la mencionada conciliación tanto a hombres como a mujeres por igual. En un modelo de pasado, de acentuado reparto de roles profesionales y familiares, el trabajador manifestaba mayor facilidad a la plena disponibilidad a las necesidades de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo requeridas por la empresa y, en particular, a los cambios de tiempo y de lugar de ejecución del trabajo. Cuando lo anterior, a partir de ahora, se tiene que compatibilizar con responsabilidades familiares de muy diverso tipo por parte tanto de hombre como de mujeres, la disponibilidad al cambio resulta mucho más compleja, al extremo de que cierto tipo de cambios para ciertas personas les llegan a obligar a renunciar al trabajo que tienen.

Incluso a veces, nos enfrentamos a dos expectativas de flexibilidad o bien de fijeza, de signo opuesto por parte de cada uno de los implicados, que no resultan fácilmente encajables, al extremo de que se trata de lograr la cuadratura del círculo. Y ello con diversas formas de expresión: flexibilidad empresarial para atender las necesidades sobrevenidas de cambio productivo u organizativo, frente a la flexibilidad opuesta de los trabajadores para poder atender inesperadas y también sobrevenidas obligaciones de atención familiar; flexibilidad empresarial mencionada, frente a fijeza opuesta de condiciones necesitadas por los trabajadores para atender a sus también inamovibles responsabilidades familiares; fijeza de condiciones empresariales particularmente para atender puntualmente a sus clientes, frente a la flexibilidad opuesta de los trabajadores para poder atender a las necesidades familiares; finalmente idéntica fijeza de condiciones empresariales en los términos antes indicados, frente a rigideces opuestas de los trabajadores. Todas estas combinaciones, aplicadas con mayor o menor intensidad a cada una de las condiciones de trabajo muestran la complejidad de intereses en juego en la materia, que no siempre se pueden resolver con el fácil expediente de atender a una u otra de las vertientes. Desde el punto de vista del régimen jurídico de regulación de la flexibilidad laboral interna nos encontramos con una regulación que atiende a cada fenómeno de manera autónoma, como si se tratase de vasos estancos e incomunicados, cuando la práctica muestra la permanente y constante incidencia mutua: se regulan los derechos de los trabajadores a modificar unilateralmente sus obligaciones laborales para atender a sus requerimientos de conciliación familiar, sin ponderar esos preceptos el impacto que ello puede tener sobre las necesidades empresariales de gestión del empleo; y, viceversa, se regulan las facultades empresariales de modificación sustancial de las condiciones de trabajo fundadas en causas económicas y organizativas, si tampoco tomar en consideración los efectos que ello pueda producir sobre una mayor o menor conciliación con la atención a las responsabilidades empresariales. Se trata este último de un asunto capital, pesando y subyaciendo cada vez más a esta temática, pero que no acaba de ser abordado de manera directa cuando se tratan los aspectos conectados con la funcionalidad y coherencia global del modelo. Eso sí, la complejidad del asunto conduce a que ni siquiera la solución óptima pueda provenir de una actuación exclusiva en el ámbito de la legislación laboral, por muy global que ésta sea; la solución óptima sólo puede provenir de un cambio de prácticas

sociales y organizativas del conjunto de la sociedad y del tráfico económico, que aborde perspectivas tan variadas como las relativas al régimen de horarios de atención al público, el régimen educativo, la costumbres y reparto de responsabilidades en el seno de la familia, etc.

Dejando al margen aspectos tan amplios, que nos pueden desviar del objetivo más modesto e inmediato de análisis de las novedades incorporadas por la reforma laboral en esta materia, en una primera aproximación cabe valorar que las medidas adoptadas en el ámbito amplio de la flexibilidad interna son reducidas, a pesar de que un rastreo nos permita identificar algunos aspectos ciertamente novedosos que tendremos ocasión de comentar⁴. Resulta algo paradójico el hecho de que a pesar de que para el Gobierno una de las debilidades de nuestro sistema de relaciones laborales se encuentre en el escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna, al tiempo que sitúa a esta última entre los objetivos fundamentales de la misma, al final acabe identificando la exposición de motivos de la ley las novedades exclusivamente en la introducción del llamado modelo alemán de fomento de la reducción de jornada como alternativa a los despidos ante las situaciones de crisis empresarial, sin mencionarse al efecto ninguna otra medida⁵.

Incluso es discutible que la reducción de jornada sea una manifestación pura de flexibilidad interna, encontrándose más bien a caballo entre ésta última y la flexibilidad externa. Sin pretender minusvalorar su trascendencia, incluso sin desmerecer de su utilidad y valor positivo como respuesta menos irreversible ante situaciones de excedentes de empleo, ha de advertirse que la reducción de jornada en términos materiales constituye un instrumento de regulación de empleo y, como tal, de oculta destrucción de empleo, por mucho que no se provoque un incremento de las cifras de desempleados. Por ello, tiene menos de medida de flexibilidad interna que de regulación de empleo en sentido estricto.

Lo que sorprende, pues, es que la exposición de motivos no mencione otras medidas de flexibilidad interna, incluso cuando se constata que la Ley ha terminado por incorporar significativas novedades en este ámbito. Ello tiene como primera explicación que esas otras medidas no se encontraban inicialmente entre las propuestas originarias del Gobierno, formuladas en el marco precedente de la concertación social; y, sobre todo, se explica por cuanto que en la previsión del Gobierno en su arranque no se pretendía abordar en este contexto medidas de reforma del marco normativo de la flexibilidad interna, a pesar de que finalmente acabó afrontándose.

Precisamente por ello, si no se conoce el contexto general en el que se ha desenvuelto el actual proceso de reforma laboral, no se alcanzan a comprender los

⁴ Con carácter general sobre las innovaciones de la reforma en esta materia, I. García-Perrote, Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales; J. Mercader Uguina, Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa, ambos en AA. VV., La reforma laboral 2010. Aspectos práctico, Lex Nova, 2010. S. del Rey Guanter, Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial, en Temas Laborales nº 107 (2010). C. San Martín Mazzucconi, La modificación de las condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010, en AA. VV. (A. Sempere Navarro), La reforma laboral de 2010, Aranzadi, 2010.

⁵ Sobre este último, S. González Ortega, La fascinación de los modelos o el *kurzarbeit* a la española, en AA. VV., La reforma laboral 2010. Aspectos práctico, Lex Nova, 2010. C. Ferradans Carames, La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo, en Temas Laborales nº 107 (2010).

aparentemente limitados contenidos que se presentan en este ámbito de la flexibilidad interna dentro del texto legal de la reforma; más aún, que pocas previsiones se contenían al respecto en los documentos iniciales presentados por el Gobierno. En efecto, a pesar de la trascendencia atribuida por todos los protagonistas, públicos y privados, a los instrumentos de flexibilidad interna, se advierte cómo desde el primer instante los documentos presentados por el Gobierno contemplaban una expresa renuncia a introducir cambios significativos en las reglas y procedimientos relativos a la flexibilidad interna, optando expresamente desde el inicio por remitir el grueso de esta cuestión al ámbito de la negociación colectiva y, en general, a la esfera de la pactación bilateral entre sindicatos y patronales. Sin necesidad de entrar en mayores detalles, dos razones justifican de forma inmediata esa predisposición excluyente por parte del Gobierno y, en paralelo, una cierta aquiescencia de los agentes sociales sobre el particular. De un lado, por cuanto que los propios interlocutores sociales a través de la firma a inicios de febrero del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva reclamaban para sí la apertura de un proceso propio de revisión del actual marco de negociación colectiva, que podría en su caso desembocar en una propuesta al Gobierno, pero que en todo caso deseaban celosamente guardar en el ámbito estricto de la bilateralidad sindicato-empresarios; respetuoso con ese designio, el Gobierno prefiere mantenerse a la espera y dejar el tiempo comprometido por las partes para abordar por sí solos tales aspectos relativos a la flexibilidad interna. Así, indicará expresamente tal idea: “aunque la negociación colectiva y la flexibilidad interna constituyen elementos fundamentales a la hora de modificar sustantivamente nuestro mercado de trabajo, la remisión al ámbito bilateral que se realiza en el documento de 5 de febrero y que han reiterado los interlocutores sociales en su Acuerdo de 9 de Febrero pasado aconseja abstenerse de toda propuesta en esta materia, fuera del evidente compromiso de articular mediante las reformas legales que resulten necesarias los resultados de esta negociación bilateral”⁶.

De otro lado, muy vinculado a lo anterior, como ya hemos tenido ocasión de señalar previamente, puede considerarse que los principales cuellos de botella en la efectividad práctica de los instrumentos de flexibilidad interna provienen hoy en día de los contenidos de los convenios colectivos. En gran medida, la incorporación de instrumentos hábiles para adaptar las condiciones de trabajo a las exigencias cambiantes de las empresas se llevó a cabo a través de reformas legislativas precedentes, particularmente las realizadas a inicios de los años noventa; si los mismos no han tenido real incidencia en la gestión cotidiana del personal se ha debido a los mecanismos que a modo de cortafuegos lo impiden por una fijación muy cerrada en los textos de algunos convenios colectivos. Por todo ello, la clave principal se ubica en la capacidad de adaptación de los contenidos de los convenios colectivos a la realidad cambiante de las empresas y en mucho menor medida al marco legal que proviene de la normativa estatal.

A pesar de ello, cierto espacio adicional de actuación le corresponde aún a la mencionada normativa estatal. Sin entrar en mayores detalles, baste con indicar que ese cambio de contenidos de los convenios colectivos puede ser favorecido de forma más incisiva desde la norma estatal. A su vez ese cambio no depende exclusivamente de los contenidos propios de los convenios, sino también del propio marco normativo estatal regulador de la negociación colectiva y, por ello, los propios interlocutores sociales

⁶ “Diálogo social: sobre actuaciones en el mercado de trabajo”, de fecha 12 de abril de 2010.

aluden a tal posible ámbito a la luz del proceso de negociación bilateral que se reservan y, por ello mismo, la propia Ley anuncia la directa intervención del poder público para la hipótesis de que fracase en el tiempo razonable el mencionado proceso de negociación bilateral⁷. Y, en definitiva, de no generalizarse en los convenios colectivos los mecanismos de adaptación de los propios contenidos de los textos convencionales, la normativa estatal se podría ver obligada a otorgar un valor automático desde la Ley a ciertas instituciones hoy en día ya presentes en la negociación colectiva más dinámica a los efectos que estamos considerando.

No al caso, el resultado final de la reforma ha sido en ciertos aspectos diverso al compromiso inicial de total aparcamiento de la intervención en el campo de la flexibilidad interna. En efecto, a pesar de lo referido anteriormente de residenciar la cuestión a todos los efectos en el terreno de la bilateralidad, la reforma legal al final ha entrado en algunas vertientes de la flexibilidad interna, por mucho que lo haya realizado de manera oblicua o indirecta. A nuestro juicio, entre las medidas de la reforma de 2010 aparecen otras que se podrían situar en el ámbito estricto de la flexibilidad interna y que, por añadidura, poseen un calado bastante superior al que parece se le ha atribuido en primera lectura. Nos referimos en particular a los no menores cambios introducidos en los preceptos estatutarios reguladores de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: movilidad geográfica, modificaciones sustanciales stricto sensu y descuelgue salarial, aparte naturalmente de alguna consideración de la medida ya mencionada en materia de reducción de jornada. Es a los preceptos correspondiente a la regulación de esta materia a los que vamos a dedicar el comentario que sigue en el presente trabajo. Eso sí, en lugar de abordar un análisis sucesivo de cada uno de los preceptos de referencia (40, 41, 47, 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores), a la vista de que a nuestro juicio existe un hilo conductor común entre los diversos artículos y, en particular, de las reformas acometidas en los mismos, nos parece más oportuno llevar a cabo una descripción transversal de los cambios producidos. En otros términos, una visión de conjunto de los diversos elementos objeto de regulación, que de forma reiterada se repiten en cada uno de los preceptos mencionados.

2.- La tipología de condiciones modificables

Escasas y casi intrascendentes son las novedades por lo que se refiere al objeto de las modificaciones, explicable sobre todo porque desde esta perspectiva no hay mayores obstáculos a un amplio funcionamiento de las instituciones de flexibilidad interna legalmente contempladas.

⁷ “Disposición adicional vigésima primera. Negociación colectiva. El Gobierno promoverá las iniciativas legislativas que correspondan para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, sean acordados y les sean requeridos por los interlocutores sociales en el proceso de negociación bipartita que actualmente desarrollan conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012.

En defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptará las iniciativas que correspondan para abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva”.

Inicialmente no se produce alteración formal del tipo de condiciones de trabajo que pueden ser objeto de modificación a través de los diversos cauces legales previstos para ello. Para empezar, conforme a la regulación precedente ello no suponía ninguna exclusión o impedimento relevante, dado que el precepto de general aplicación es abierto y casi ilimitado en cuanto al objeto de las modificaciones posibles; recuérdese al efecto que, aunque el mencionado precepto contiene un listado de posibles condiciones a modificar (art. 41.1 ET), expresamente se indica que dicha relación es abierta (“entre otras”), por lo que no se excluyen ninguna de las imaginables en sede teórica. Sólo quedan fuera de las mismas las que comportan modificaciones contractuales que afectan a la transformación de relaciones laborales especiales a las ordinarias, si bien la impresión es que éstas no plantean especiales dificultades.

Diferente es que en algunos casos particulares cierto tipo de cambios, formalmente posibles a tenor de la letra de los correspondientes preceptos legales, encuentren algunas dificultades de régimen jurídico para su materialización; dificultades que en algunos casos han sido atendidas por la reforma, en tanto que otras no han sido tomadas en consideración.

Entre las primeras, las atendidas, aparece sobre todo la relativa a la reducción de jornada, tramitada a partir de ahora por la vía de los expedientes de regulación de empleo hasta ahora reducidos formalmente a la suspensión del contrato de trabajo, cambio que se ilustra incluso por la vía de modificar la denominación del artículo que regula este procedimiento específico (art. 47 ET). Es cierto que ya la jurisprudencia venía admitiendo la posibilidad de acometer este tipo de reestructuraciones empresariales por la vía de los expedientes suspensivos, sobre el entendimiento de que se trataba de “suspensiones temporales”⁸. Eso sí, la incorporación expresa en el texto legal las saca a la luz con mayor claridad y, sobre todo, desde el punto de vista material facilita y fomenta su uso, desde el instante en que pone al servicio de las empresas y trabajadores elementos adicionales de apoyo económico al uso de la reducción de jornada como instrumento alternativo a los despidos, particularmente a través de las novedades que incorpora en el régimen de Seguridad Social que lo acompaña. En lo concreto, se precisa con exactitud la cuantía de la reducción de la jornada: de un lado, con un tope mínimo del 10 %, a los efectos de evitar que esta sea insignificante, para impedir que esté ocultando otros fines, no atendiendo a reales causas económicas empresariales; de otro lado, con un tope máximo del 70 %, para evitar en el otro extremo que sea una reducción prácticamente total que desdibuja sus diferencias con la mera y simple suspensión de la relación laboral (art. 47.2 ET). Se trata de toda una regulación diseñada pensando en el elemento complementario de la prestación por desempleo y sólo esto explica ciertos aspectos de su régimen jurídico, entre ellos, el relativo a los topes máximos y mínimos. En cuanto al modo de cómputo del porcentaje la norma es algo confusa, lo que requerirá algunos esfuerzos interpretativos adicionales, o, mejor aún, haría oportuna alguna clarificación por vía reglamentaria. La norma establece que el porcentaje lo será sobre la base de la jornada “diaria, semanal, mensual o anual”; la interpretación al efecto debe ser finalista, de modo que debe tener en cuenta que la reducción es siempre temporal y, por tanto, en muchas ocasiones carecerá de sentido; de igual forma que debe evitar que por el modo de cómputo se desemboque en

⁸ Cfr. J. Cruz Villalón, Modificación del tiempo de trabajo, en Revista de Derecho Social n° 38 (2007).

formas que en la práctica sean suspensiones del contrato de trabajo, aunque sólo lo sea por motivos de claridad conceptual.

Por lo demás, el uso de este procedimiento de regulación de empleo no acoge todos los supuestos posibles de reducción de jornada, a la vista de que la misma debe tener el carácter de temporal y, por ello, mantiene abierta la cuestión compleja y no bien resuelta en nuestra regulación de las posibles medidas de reducción de jornada indefinidas o permanentes; compleja sobre todo, a la vista de que la regulación del trabajo a tiempo parcial exige que su conversión a tiempo completo o viceversa tenga siempre carácter voluntario y no pueda imponerse unilateralmente o a través del procedimiento de las modificaciones sustanciales (art. 12.4.e ET); no bien resuelta, a la vista de que paradójicamente las alteraciones definitivas de jornada manteniendo la condición de trabajo a tiempo parcial es viable por medio del procedimiento de las modificaciones sustanciales (art. 41 ET), aparte de que la jurisprudencia admite fórmulas de ingeniería contractual que bordean estos impedimentos legales⁹. La dificultad aquí se encuentra en el hecho de que abordar estas cuestiones hubiera supuesto entrar en la reconsideración del régimen actual del trabajo a tiempo parcial; a tal efecto, aunque inicialmente el Gobierno formuló alguna propuesta en orden a valorar la oportunidad de evaluar el funcionamiento de la regulación actual del trabajo a tiempo parcial, al final desistió de cualquier intento de proponer cambios en esta materia.

Respecto de la movilidad geográfica no se producen cambios desde la perspectiva objetiva, lo que permitiría pensar que se incluyen todos los supuestos, bien lo sean por medio de la regulación propia prevista para la misma (art. 40 ET), o bien por medio del ejercicio del poder de dirección ordinario para los supuestos en los que el cambio de destino no requiere de cambio de residencia del trabajador. No obstante, hay algunos supuestos que por razones de claridad y, en especial, de atención a sus singularidades, sería oportuno abordar en algún momento; nos referimos en particular a los supuestos de la regulación de los compromisos individuales en contrato de movilidad geográfica, los supuestos de movilidad geográfica en el seno de los grupos de empresa, así como a la movilidad geográfica transnacional¹⁰.

En cuanto a las modificaciones sustanciales, ya indicamos que la lista es abierta a todos los efectos, con lo cual la alteración de la lista como tal tiene muy escasa significación. A tal efecto, se aprecia literalmente una novedad de redacción a nuestro juicio irrelevante a todos los efectos; se trata de la letra “b” del listado, donde antes se refería al “horario” y ahora se amplían aludiendo al “horario y distribución del tiempo de trabajo”. No tiene ningún significado el añadido, pues se trata de una mera redundancia, desde el instante en que al incluirse en la letra “a” la mención a la jornada de trabajo (es decir, a la cantidad de tiempo dedicado al cumplimiento de la prestación de servicios), la mención en la letra “b” al horario sólo puede referirse a los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo, es decir, a la distribución del tiempo de trabajo.

⁹ Véase al efecto los supuestos de viabilidad de resolución de un contrato a tiempo completo seguido de la celebración de otro a tiempo parcial (STS 5 mayo 2004, RJ 5017), o bien la celebración de dos contratos a tiempo parcial con la misma empresa que en un momento determinado procede a resolver uno de estos contratos (STS 31 mayo 2000, RJ. 7167; STS 21 marzo 2005, RJ 3879).

¹⁰ Sobre el particular, A. Molina Navarrete, La movilidad geográfica internacional de trabajadores: régimen jurídico-laboral, ed. Aranzadi, 2010.

Donde sí aparece una novedad de mayor alcance es en lo relativo al tipo de condiciones pactadas en convenios colectivos a través de acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores en el desarrollo del período de consultas. Aunque formalmente no se amplían los contenidos modificables, sino el procedimiento a través del cual éste se puede efectuar, en términos prácticos ello sí que supone una ampliación objetiva que conviene destacar y cuya trascendencia no resulta menor. En efecto, cuando se trata de un convenio colectivo estatutario --tanto antes como ahora-- se permite sólo su modificación previo acuerdo colectivo entre las partes en el curso del período de consultas si bien con anterioridad a la reforma ello sólo era posible cuando la modificación afectaba a condiciones relativas a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, o bien sistema de trabajo y rendimiento (art. 41.2 p. 3 ET). De no ser así, era imprescindible acudir al procedimiento de renegociación o sustitución del convenio colectivo vigente por otro. Ahora, a partir de la reforma de 2010, se incluyen tres novedades (art. 41.6 ET).

Primera novedad, se diferencia entre convenios colectivos de empresa o sectoriales; ello implica que para el primer tipo, los convenios de empresa, se admite utilizar el procedimiento de las modificaciones sustanciales, es decir el acuerdo en el período de consultas, para alterar sin restricción objetiva cualquiera de las condiciones pactadas en dicho convenio; mientras que cuando se trate de convenios de sector se mantiene la lista cerrada de condiciones modificables. En realidad esta regla nueva para el primer tipo no es otra cosa que establecer una paridad de eficacia jurídica entre convenio colectivo empresarial y acuerdo de empresa modificadorio, aplicando a tal efecto hasta sus últimas consecuencias el principio de modernidad en el caso de concurrencia entre los mismos: acuerdo colectivo posterior en el tiempo, sustituye a todos los efectos al precedente, algo que ya se viene a establecer con carácter general para la sucesión entre convenios colectivos (art. 86.4 ET).

Segunda novedad, cuando se trata de convenios colectivos de sector, se mantiene la lista cerrada, si bien se incorpora una nueva condición de trabajo: a partir de ahora también se admite que se modifique previo acuerdo colectivo cuando afecte al régimen de funciones, cuando excedan del límite para la movilidad funcional ordinaria (art. 41.6 p. 3 ET).

Tercera novedad, en el caso de las modificaciones de convenios sectoriales, el cambio se contempla con un alcance exclusivamente temporal (art. 41.6 p. 3 ET). Mientras que en la regulación precedente elemento común a todas las modificaciones sustanciales de este precepto residía en que las mismas no tenían límites desde el punto de vista temporal de sus efectos, lo que conducía a una presunción de que se trataba de modificaciones de carácter indefinidas, en este caso concreto nos encontramos con un supuesto singular, por cuanto que se limita temporalmente, al establecerse que la modificación “deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretenda”. De este modo, se viene a asimilar a un descuelgue salarial, que mencionaremos inmediatamente a continuación, en el sentido de que se considera que con ello no se pretende provocar un efecto indirecto de alteración de la estructura de la negociación colectiva y, en su caso, de los posibles sistemas predeterminados de pactación de ciertos contenidos negociales en ámbitos sectoriales que pasarían a serlo de manera permanente en ámbitos empresariales. Sin perjuicio de que esto último se pueda realizar por otras vías, lo que no desea el legislador es que para tal resultado se acuda al procedimiento de

modificaciones sustanciales del art. 41 ET. Por ello, se concibe como un instrumento de adaptación a cambios sobrevenidos, que requieren abrir un paréntesis en la aplicación del convenio sectorial, pero que será objeto de cierre del paréntesis o de reconsideración en el momento en el que concluya la vigencia del convenio colectivo sectorial afectado. Precisamente por ello, como elemento instrumental, se exige que el acuerdo de empresa sea notificado a la Comisión paritaria del mencionado convenio sectorial (art. 41.6 p. 1 ET).

Respecto del régimen salarial, aunque la modificación del “sistema de remuneración” se encuentra igualmente dentro del listado acogido al procedimiento de modificaciones sustanciales (art. 41.1d. ET), conviene advertir que cuando se trata de cambios retributivos que comporten una inaplicación del régimen salarial del convenio colectivo sectorial, nos enfrentamos al supuesto conocido como de “descuelgue salarial”, que queda sometido a un régimen jurídico específico (art. 82.3 ET). Por tanto, aplicando el principio de especialidad debemos precisar que cuando se trate de modificaciones que afecten al “quantum” de lo pactado en el convenio sectorial rigen las reglas especiales establecidas al efecto (art. 82.3 ET), no siendo admisible utilizar el procedimiento general de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). Aunque se trata de dos regulaciones que corren en paralelo, al extremo de que tras la reforma se aprecia un notable proceso de convergencia regulatoria entre las mismas, en la medida en que se aprecien diferencias de régimen jurídico es imprescindible recordar que se aplica a todos los efectos la regla especial (art. 82.3 ET) respecto de la general (art. 41 ET).

Centrados en este caso especial del descuelgue salarial, el tipo de condiciones modificables por esta vía no ha experimentado modificación alguna, de modo que se sigue aplicando a los supuestos que afectan, como ya hemos indicado, al quantum del salario pactado en el convenio sectorial. Los cambios no se sitúan pues en el objeto de lo modificable, sino al régimen jurídico de la modificación en los términos que analizaremos en los apartados sucesivos. Eso sí, conviene anticipar que los cambios de régimen jurídico son notables, lo que acaba teniendo una enorme trascendencia práctica, pues ha pasado de ser un supuesto marginal a resultas de la presencia de una serie de requisitos previamente que provocaban que fueran excepcionales los supuestos de descuelgue salarial en nuestro sistema negocial, mientras que a partir de ahora las posibilidades de articulación práctica del procedimiento son muy superiores. Pero esto lo detallaremos y constataremos al hilo de la descripción de las novedades de su régimen jurídico.

En todo caso, por afectar muy directamente al objeto conviene resaltar que por explícita previsión legal el descuelgue se contempla como una medida de carácter temporal. En cierto modo ello podría deducirse de manera implícita de la propia naturaleza de la institución y, en particular, de la finalidad de la misma a la vista de que, cómo veremos a continuación, la causa conecta con una situación de crisis económica de carácter coyuntural; incluso los convenios sectoriales que regulaban la cláusula de descuelgue hasta ahora, tendían a fijar un período limitado al descuelgue salarial. Sin embargo, la reforma laboral presenta como novedad la incorporación de la expresa exigencia de que el descuelgue en todo caso sea temporal, exigiendo una posterior convergencia con los niveles retributivos del convenio sectorial. Ciertamente en ello subyace la preocupación por no provocar un efecto indeseado de mantenimiento en el tiempo de situaciones de competencia desleal entre empresas que ya han superado

situaciones de dificultad económica y, además, considerar que los procedimientos de alteración de la estructura de la negociación colectiva y, en particular, del reparto de espacios negociales entre el nivel sectorial y el empresarial, no deben producirse de manera indirecta y permanente a través de estos concretos acuerdos de descuelgue salarial.

Todo ello, en una visión más de conjunto, muestra como hilo conductor común el hecho de que las novedades más importantes, aunque no todas, de incorporación de nuevas vías de adaptación de las condiciones de trabajo en términos de flexibilidad interna, pivotan en torno a la temporalidad de las medidas: modificación de condiciones pactadas en convenios sectoriales (art. 41 ET), reducción de jornada (art. 47 ET) y el último comentado del descuelgue salarial (art. 82.3 ET).

3.- La ampliación causal

Donde se producen cambios de mayor calado es en lo que afecta a las causas justificativas para abordar las modificaciones de condiciones de trabajo.

Para empezar, aparece una regla común, reiterada en la práctica totalidad de los preceptos relativos a la flexibilidad interna, conforme a la cual las causas resultan irrelevantes cuando se alcanza el acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa. Aparece esta regla recogida tanto para las modificaciones sustanciales (art. 41.4. p. 5 ET), como para el descuelgue salarial (art. 82.3 ET). De forma implícita se recoge igualmente para los expedientes de regulación de empleo (arts. 47 y 51 ET), desde el instante en que el acuerdo entre las partes da lugar a una cierta automaticidad de la autorización administrativa, que sólo puede suspenderlo cuando advierta la posible concurrencia de dolo, coacción o abuso de derecho, lo que viene a suponer en sentido negativo que la autoridad laboral no podrá entrar en la comprobación de si concurren las causas como tales en el supuesto de acuerdo entre las partes.

Nada se establece sobre el particular para los traslados colectivos, dado que para ellos la Ley atiende de manera prevalente al supuesto de la conclusión del período de consulta sin acuerdo entre las partes, sin contemplar los efectos derivados del acuerdo entre las partes. Aunque también es cierto que no descarta el escenario de un posible acuerdo; más aún, recoge expresamente que durante este período de consultas las partes deberán de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, del mismo modo que contempla las mayorías requeridas para alcanzar el correspondiente acuerdo (art. 40.2 ET). Por identidad de tratamiento, respecto a los efectos derivados del acuerdo colectivo cabría aplicar las mismas reglas establecidas para el resto de las modificaciones sustanciales; a la vista de la técnica jurídica tan extendida en la reforma de transversal incorporación de cambios en los diferentes preceptos reguladores de la flexibilidad interna, cabe deducir que en esta ocasión se trata de un mero olvido del legislador, que no impide, sino todo lo contrario, el criterio de la aplicación analógica del precepto mencionado, más allá de la genérica exclusión de su aplicación a los traslados (art. 41.7 ET).

En todo caso, lo relevante es que con la incorporación de esta valoración del alcance de las causas, lo que el legislador está considerando es que lo decisivo al final

es la voluntad de las partes, particularmente cuando ésta se expresa colectivamente, sin ningún tipo de coacción o presión jurídica.

De este modo, el elemento causal adquiere todo su valor cuando no hay acuerdo entre las partes, particularmente en los supuestos en los que con ello se abre paso a la facultad empresarial de alteración unilateral de las condiciones de trabajo. Situación que no se admite en cualquier supuesto, pero sí en algunos importantes. Desde luego, no se admite, como veremos más adelante, en caso de modificaciones de lo pactado en convenios colectivos estatutarios, sea para alternación de las condiciones generales (art. 41 ET), como para el específico supuesto del descuelgue salarial (art. 82.3 ET). Pero sí que se admite para el resto de los supuestos, en cuyo caso reaparece el valor de la causa justificativa, especialmente para el posible control judicial posterior del ejercicio de los poderes organizativos unilaterales del empleador; para el caso concreto de las reducciones de jornada las causas tendrán un valor reforzado, en la medida en que constituirá el referente imprescindible del control administrativo de autorización o no de la medida por parte de la autoridad laboral.

Pero incluso en la hipótesis de que nos encontremos al final con un acuerdo colectivo de empresa que incorpore las modificaciones, algún valor conserva la presencia del establecimiento de la causa justificativa. Tal valor se sitúa especialmente a los efectos del desarrollo del período de consultas con los representantes de los trabajadores. Por ejemplo, el empleador no se puede limitar a una mera explicación de las medidas modificativas que desea acometer, pues le viene impuesto un explícito deber de negociación conforme al principio de buena fe, lo que incluye una información y justificación de las medidas propuestas, lo que necesariamente debe realizar por medio de la explicación pormenorizada de las causas determinantes de lo que propone. En igual medida, determina el alcance del deber negocial de los representantes de los trabajadores, en el sentido de que estos podrán justificar una pasividad negocial cuando entiendan que no concurren las causas legalmente establecidas al efecto.

Más aún, aunque tenga un valor negativo, en su momento el haber explicitado las causas determinantes servirá de referente relevante a los efectos de excluir la posible presencia de dolo, coacción o abuso de derecho en la formalización del acuerdo entre las partes. A tal efecto, se puede suscitar una cierta duda interpretativa en torno al significado de la previsión legal en relación con el efecto que produce el acuerdo sobre la exigencia de la causa justificativa; nos referimos al dato de que literalmente la norma lo que dice es que en caso de acuerdo “se presumirá” que concurren las causas justificativas. La utilización de la palabra presumirá en un texto legal, salvo expresa aclaración legal que en esta ocasión no se produce, siempre introduce inmediatamente la doble tipología de la institución: “iuris tantum” e “iuris et de iure”. Cuando hay silencio legal de precisión al respecto, le regla general debe ser favorable a inclinarse por la más débil en cuanto a su impacto, la primera de ellas, por haberse demostrado en contrario. Sin embargo, en esta ocasión, la finalidad legal y el fuerte valor jurídico atribuido a las expresiones de la autonomía colectiva entre la que se encuentran los acuerdos de empresa, derivarían en limitar el control judicial de la validez de los pactos colectivos por ausencia de causa justificativa. Al final en este caso, la solución vendría por la vía de deducir que lo que la Ley hace nos es otra cosa que presumir la concurrencia de las causas, salvo que quede constatada la presencia de dolo, coacción o abuso de derecho, que son factores exógenos a las causas, con lo cual de manera implícita la norma viene a entender que nos enfrentamos esencialmente a una presunción “iuris et de iure”. Sin

desmerecer de esta conclusión, con ello tampoco queremos desmentir el valor que con anterioridad le hemos atribuido al requisito de las causas y las concretas consecuencias derivadas de su presencia como presupuesto legal en la Ley.

Es más, en todo caso, la precisión de las causas justificativas en el texto legal de las diferentes manifestaciones modificativas, tiene el enorme valor de permitir incardinar institucionalmente la función para la que está concebida cada una de las medidas de flexibilidad interna en el conjunto del ordenamiento laboral; y, en particular, sirve de referente comparativo entre la funcionalidad alternativa de unas y otras medidas de flexibilidad, sean en este caso internas o externas. A tal efecto, resulta fácil percibir las diferencias de intensidad en la descripción de las causas para cada una de las medidas de reestructuración empresarial, derivada de la comparación diferencial de redacción de cada uno de los preceptos cuando efectúa la definición de la causas; por mucho que todas ellas se reconduzcan al denominador común de las causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en cada caso se aprecian matices de intensidad importantes, que muestran la mayor o menor gravedad de la situación para las que el legislador admite cada una de las medidas de reestructuración. Por graduarlos en términos sencillos, es menos intensa la causa para las modificaciones sustanciales generales, superior para el descuelgue salarial, de mayo intensidad para la suspensión y mayor aún para los despidos. Con lo cual el legislador muestra las preferencias en la jerarquización selectiva de cada una de ellas.

De igual forma, resultan bastante ilustrativos los cambios advertidos en la definición de las causas, ahora en la comparación entre la redacción precedente a la reforma y posterior a la misma.

Respecto de la delimitación causal para el procedimiento general de modificaciones sustanciales, la definición legal precedente no planteaba problemas prácticos ni litigiosidad alguna a la vista de que era de una enorme laxitud, para permitir su juego en un amplio número de supuestos, de modo que el centro de atención se sitúa en el incremento de la posición de la empresa en el mercado con criterios de competitividad. A pesar de ello, se refuerza aún más si cabe la idea, añadiendo que también se considera como causa justificativa la medida justificativa dirigida a “prevenir una evolución negativa de la empresa” (art. 41.1 in fine ET). En términos materiales lo que se hace es abandonar a todos los efectos la idea de que se esté exigiendo una situación “presente” de deterioro empresarial, de modo que se concibe la flexibilidad interna como un instrumento preventivo y no meramente reactivo a una situación de declive de la empresa. Sobre todo, la incorporación se debe a propiciar el paralelismo y coherencia con las innovaciones que se efectúan en la definición de la causa justificativa de los despidos colectivos, donde se introduce el supuesto tan controvertido de las pérdidas “previstas” (art. 51 ET), con lo cual sería un contrasentido eliminar la exigencia de deterioro empresarial “actual” para los despidos y mantener la actualidad de la causa para las modificaciones.

Mayor alcance y significación se aprecia en la definición de la causa justificativa del descuelgue salarial (art. 82.3 p. 2 ET). En esta materia, en una primera lectura se aprecia igualmente una ampliación del supuesto de hecho determinante del descuelgue, por cuando que con anterioridad se aludía al daño que provocaría a la “estabilidad económica” de la empresa la aplicación del régimen salarial del convenio sectorial, mientras que a partir de ahora en términos más livianos se apela más un simple daño a

la “situación y perspectiva de la empresa”, lo cual incluso podría incluir situaciones de deterioro económico que no tuvieran tal gravedad como para afectar a la estabilidad económica de la empresa. Sin embargo, a mi juicio, las novedades de la reforma en este aspecto se sitúan en otros dos elementos diferentes.

La primera de ellas consiste en que ahora se establece una relación de causalidad directa entre la situación económica de la empresa en cuestión y la repercusión de la misma sobre el empleo, pues lo decisivo de la definición es que ahora legalmente se exige que esa situación económica, unida a la aplicación del régimen retributivo del convenio sectorial, se demuestre que llega a afectar “a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma”. No se trata de un simple factor de incremento de la competitividad empresarial, que obviamente se puede derivar de cualquier tipo de reducción salarial, sino que ello tenga como finalidad el mantenimiento del empleo. En otras palabras, la causa así definida muestra claramente la funcionalidad de la institución, cuya finalidad no es otra que ofrecer una fórmula alternativa de reestructuración empresarial por la vía de los costes salariales, evitando así tener que acudir a los mecanismos más tradicionales y simples de la reducción de empleo vía despidos colectivos. Adviértase por tanto que, siendo esta la finalidad justificativa de los acuerdos de descuelgue salarial, los mismos llevan implícito un intercambio de compromisos, que entendemos de estricto alcance jurídico vinculante: el acuerdo empresarial de descuelgue tiene como contenido la inaplicación del régimen salarial del convenio sectorial para la empresa en cuestión, mientras que en paralelo incluye un implícito compromiso empresarial de mantenimiento del empleo.

La segunda de las novedades, algo más oculta, reside en que el texto legal proporciona una definición de la causa justificativa cerrada, sin admitir que sucesivamente por otra vía la misma venga a ser alterada o reducido su margen de actuación posible. En efecto, conforme a la regulación precedente, se remitía al convenio colectivo sectorial el establecimiento de las “condiciones” por las que se podría acordar el descuelgue salarial, lo que conducía por ejemplo a que los convenios colectivos en muchas ocasiones vinieran a exigir la concurrencia de pérdidas económicas en la empresa reiteradas a lo largo de varios años, reduciendo de este modo la posibilidades de aplicación real de este procedimiento, pues cuando se cumplían los requisitos la empresa ya había acudido a los otros mecanismos de regulación de empleo que se pretenden evitar con el descuelgue. Ahora la definición legal se entiende cerrada y, por tanto, no se ofrece protagonismo alguno al convenio sectorial para poder concretar y mucho menos hacer más rigurosa la causa determinante del descuelgue salarial. Ello necesariamente ha de interpretarse como imposibilidad de que el convenio colectivo altere la causa justificativa, pues de lo contrario estaría reduciendo la capacidad decisoria que la ley atribuye al acuerdo de empresa, que a la postre viene a funcionar como una regla de orden público en el reparto de espacios de los diversos niveles de negociación colectiva, en este caso de reparto entre el convenio sectorial y el correspondiente acuerdo de empresa.

4.- La interlocución en las empresas sin representación institucional

Como bien es sabido, la regla principal de procedimiento cuando se articula una modificación de condiciones en sus diversas variantes, es la de imponer el sometimiento a un previo trámite de consultas con los representantes de los trabajadores, cuando se

trata de una reestructuración de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que no es un mero requisito formal, sino que se le atribuye un elevado valor legal: se convierte en un presupuesto legal previo ineludible de adopción de la medida, se someten las partes a un auténtico deber de negociar conforme al principio de buena fe, debe desarrollarse el periodo de consultas con vistas a lograr un acuerdo.

Todo esto permanece inalterable, sin un ápice de cambio tras la reforma legislativa, incluso si se aprecia algo es su voluntad de reforzamiento. Por ejemplo, para el descuelgue salarial hasta ahora el acento se ponía exclusivamente en el acuerdo final de inaplicación salarial, mientras que con la reforma se saca a la luz y se contempla expresamente el necesario periodo de consultas previo, que hasta el presente era a lo más meramente implícito; con ello, y otros datos que hemos venido mencionando, se pone de relieve cómo el descuelgue salarial se va convirtiendo en una manifestación más de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La única novedad digna de mención en cuanto el régimen general del período de consultas es la fijación más estricta de su duración: en la regulación precedente se establecía un plazo “no inferior a quince días”, mientras que tras la reforma se prevé que dicho plazo será “no superior a quince días” (art. 41.4 ET). La diferencia no es muy notable, pues al final nadie podrá objetar la licitud de que las partes puedan alterar la duración de las consultas, de modo que un acuerdo formalizado más allá del límite temporal establecido no podrá ser tachado de ilícito o ineficaz. Su alcance se restringe a la facultad del empresario de dar por concluidas las consultas a la superación del plazo de los 15 días.

En todo caso, la circunstancia que en el pasado mayores incertidumbres había provocado era la tramitación del período de consulta, del acuerdo modificativo y, por extensión, de la introducción de las modificaciones sustanciales mismas, en aquellas empresas o centros de trabajo en los que no existían representantes legales de los trabajadores que pudieran actuar como interlocutores con la dirección de la empresa a todos estos efectos¹¹. Las respuestas posibles eran variadas, lo que provocaba interpretaciones diversificadas por parte de la jurisprudencia y, sobre todo, prácticas empresariales y sindicales contradictorias. Con mayor o menor acierto legal, la reforma laboral intenta ofrecer una solución a lo que sin duda se presentaba como una manifiesta laguna legal, que requería de una integración normativa.

De nuevo, se advierte una solución unitaria, que de manera transversal se reproduce para cada uno de los supuestos típicos que venimos analizando de flexibilidad interna: modificaciones sustanciales (art. 41.4 p.3 ET), movilidad geográfica (art. 40.2 p. 6 ET), descuelgue salarial (art. 82.3 ET), así como suspensiones y reducciones de jornada (art. 47.1 ET, vía remisión al art. 51 ET); incluso se contempla también para los despidos colectivos (art. 51.2 in fine ET). En esta ocasión no se utiliza la técnica jurídica de reproducción literal de un mismo régimen jurídico, sino que para mayor contundencia la regulación se contiene en el precepto general sobre modificaciones sustanciales (art. 41.4 ET), de modo que el resto de los preceptos se limitan a efectuar una remisión al primero afirmando su aplicación en todos sus términos al resto de los supuestos de referencia. Un rastreo por el resto del ordenamiento laboral, nos muestra la presencia de otros supuestos adicionales para los

¹¹ A. Álvarez del Cuvillo, Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores, *Temas Laborales* n° 67 (2002).

que se impone a la dirección de la empresa un trámite similar de consulta con los representantes de los trabajadores; de evaluarse a resultados de la aplicación de las nuevas reglas que da buenos resultados, sería oportuno proponer una extensión de esta fórmula o en todo caso otra alternativa común para todas las consultas: transmisión de empresa (art. 44.9 ET), consultas previstas dentro del listado de competencias generales de los comités de empresa y delegados de personal (art. 64.5 ET).

Entrando en el análisis y comentario ya concreto de la regulación prevista al efecto, lo primero que se advierte es la notable dificultad de dar una solución indiscutida al respecto, lo que ha desembocado en una cierta complejidad en la regulación; complejidad no siempre comprensible cuando debemos tener presente que en la práctica totalidad de las ocasiones allí donde no hay representación legal se debe a encontrarnos ante unas empresas de muy pequeñas dimensiones que no facilitan la presencia de una interlocución colectiva que actúen en nombre y tutela de los trabajadores, lo cual aconsejaría una solución lo más sencilla posible. En todo caso, también hay que reconocer que la respuesta legal al problema no es fácil, siendo prueba de ello el tortuoso camino que han seguido las diversas redacciones ensayadas a lo largo de la elaboración de la reforma, comenzando por los cambios advertidos desde el Real Decreto Ley hasta la versión final de la Ley ordinaria.

Como ya hemos apuntado, el presupuesto de hecho de la situación que venimos analizando se refiere a los casos en los que no exista representación legal de los trabajadores en el ámbito en que se va a adoptar la medida de reestructuración empresarial; por representación legal no hay duda que el legislador se refiere a la representación estatutaria de los comités de empresa y delegados de personal; aun cuando el período de consultas también se debe abordar con los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS), incluso se contempla la posibilidad de que el acuerdo se alcance con la representación estrictamente sindical, el segundo canal requiere como premisa que se trata de secciones sindicales con presencia en el órgano de representación estatutaria, lo cual retorna al mismo presupuesto: de no existir representación legal tampoco puede actuar de forma alternativa la representación sindical. Por lo demás, esa ausencia de representación legal se puede producir en dos hipótesis: una, aquellas empresas y centros de trabajo que por sus dimensiones no puedan elegir a estos representantes (art. 62 ET), o bien aquellas otras unidades en las que pudiéndose efectuar la elección tampoco tengan representación, tanto lo sea porque no se haya llegado a desarrollar el correspondiente proceso electoral como porque hechos sobrevenidos hayan provocado la desaparición de los representantes en su momento elegidos.

La solución legal a este vacío representativo no es otra que la de contemplar un procedimiento de designación de unos interlocutores, previstos 'ad hoc' para dar cumplimiento al trámite del período de consultas y, en su caso, al logro del acuerdo modificativo con la dirección de la empresa. Conviene advertir que la norma contempla esa designación como una solución precaria o, mejor dicho, como una respuesta puntual para atender a la necesidad legal de desarrollar el período de consultas. En sentido negativo, con ello el legislador no pretende configurar un nuevo tipo de representación para las microempresas y, sobre todo, no concibe a los representantes designados como un interlocutor permanente que pueda actuar para otras o futuras materias. Por ello, su legitimación representativa se agota una vez concluido el período de consultas.

Dos opciones o procedimientos de designación alternativos se contemplan en la norma, uno interno y otro externo: comisión de trabajadores de la propia empresa o comisión sindical. Eso sí, en ambos casos es imprescindible partir de la voluntad de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo en la que se formule la propuesta modificativa. En la medida en que la norma ofrece una alternativa -interna o externa-, alguien tiene que elegir y es claro que la Ley atribuya esa elección entre ambas posibilidades a los propios trabajadores afectados. En suma, todo tiene que arrancar por una decisión de éstos, que sin embargo la Ley no dice quien la promueve o incita, ni cómo se adopta. El asunto de la iniciativa no resulta menor, por cuanto que nos enfrentamos a una situación de vacío representativo, que incluso impide celebrar una asamblea en los términos previstos por el Estatuto de los Trabajadores, dado que ésta tiene que ser presidida “en todo caso” por la representación legal de los trabajadores (art. 77 ET). Ello obliga a efectuar una interpretación finalista y simple que supere esta contradicción, evitando llegar a un callejón sin salida: la opción debe efectuarse en el seno de una asamblea de los trabajadores, pero ésta no se puede celebrar porque la tiene que presidir la representación legal.

A la vista de la ausencia de representación legal y teniendo en cuenta que la iniciativa de proponer una reestructuración empresarial la efectúa la dirección de la empresa, no cabe otra opción que atribuir al empresario la facultad y al propio tiempo el deber legal de comunicar al conjunto de los trabajadores la iniciación del procedimiento obligatorio y la facultad legal que ostentan de decidir quién les va a representar en el trámite de consultas y negociación. Como hipótesis alternativa, a la vista del silencio legal, también cabría admitir como lícito que el empresario efectuase la comunicación pertinente a los sindicatos más representativos y representativos en el sector, de modo que fuesen éstos quienes gestionasen el proceso sucesivo de notificación e información al conjunto de trabajadores afectados.

Es cierto que el precepto pretende evitar que este escenario desemboque en un bloqueo de la medida empresarial de reestructuración a resultas de no elegirse representación alguna. Tan es así que, en el caso de que, por obstáculos constatados, por oposición o por simple desidia de los trabajadores, no se efectuase designación alguna, ello no impedirá que el empresario proceda a adoptar la medida modificativa: el empresario podrá adoptar la medida modificativa unilateralmente, naturalmente siempre que se trate de modificaciones que admiten la modificación unilateral, por tanto con exclusión de los supuestos modificativos de convenios colectivos. Eso sí, como contrapunto, lo que no resultaría admisible es que el empresario, conocedor de este resultado final, no actuara con la diligencia suficiente de facilitar que los trabajadores puedan ejercer el derecho que se les reconoce de designar representantes al efecto; caso de advertirse tal falta de diligencia empresarial, habrá que concluir que el empresario materialmente no ha cumplido con el trámite del período de consultas, con los efectos legales derivados de ello. Ese deber de diligencia ha de entenderse extensivo al tiempo perentorio previsto legalmente para que los trabajadores manifiesten cuál es su voluntad al efecto, de modo que lo afirmado legalmente respecto de los plazos no es coherente que se aplique tal cual cuando su incumplimiento es imputable a la pasividad de la parte empresarial en los deberes de facilitar la designación que venimos señalando.

Recuperando el hilo de la descripción, el trámite debe arrancar de una iniciativa empresarial, por la que comunica a los trabajadores la facultad que le otorga el ordenamiento de designar representantes ‘ad hoc’, facilitando que éstos expresen cuál es

su voluntad. Teniendo en cuenta que en la inmensa mayoría de las ocasiones el número de trabajadores que deben decidir al respecto es muy reducido, casi siempre por debajo de los 10 trabajadores, debe primar la informalidad, con las mínimas garantías de seguridad jurídica y expresión del libre consentimiento individual; informalidad en el sentido de que, con las garantías pertinentes de seguridad y libertad, debe darse por válida cualquier expresión mayoritaria de voluntad al respecto, aunque en la mayoría de las ocasiones lo más fácil es la celebración de una reunión por parte de los propios trabajadores.

Como hemos indicado, la Ley ofrece una doble opción a los trabajadores (interna y externa), aunque de manera implícita habría que admitir una tercera hipótesis. Esta última consistiría en que los trabajadores optasen por no designar representación alguna: la norma les facultad para nombrar una representación colectiva ‘ad hoc’, pero no les obliga a hacerlo, por lo que pueden, por acción o por omisión, decantarse por no delegar en una instancia representativa la defensa de sus intereses. Las razones determinantes de esta tercera opción pueden ser muy variadas, pero lo decisivo es que la norma no les obliga a efectuar una designación entre las dos alternativas que se le ofrecen, ni siquiera les exige que justifiquen su posible pasividad u oposición al efecto. Eso sí, los trabajadores deben estar suficientemente informados de las consecuencias de sus actos, particularmente teniendo en cuenta que según las materias los resultados son muy diversos. Tres variantes cabe identificar al efecto, de los dispares resultados de la inexistencia de designación de representantes. Primera, de tratarse de modificaciones de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, incluido el caso específico del descuelgue salarial, el empresario se vería imposibilitado de incorporar la modificación. Segunda, de tratarse del resto de las modificaciones sustanciales, incluidos los traslados colectivos, el empresario quedaría plenamente facultado para acordar unilateralmente la medida de reestructuración correspondiente. Tercera, de tratarse de una regulación de empleo (reducción de jornada, suspensión o despido colectivo) la medida requeriría de la obtención de la correspondiente autorización administrativa. La primera de las variantes puede resultar la más discutible, pues el precepto en cuestión advierte que la falta de designación no puede suponer “paralización del mismo”, pero en este caso ese mismo es el periodo de consulta, eso es lo que no puede considerarse nunca incumplido por optarse por no efectuar designación de representantes, pero ello no puede alterar las otras reglas de procedimiento y, en particular, la estricta regla que impone que la modificación de un convenio requiere en todo caso el acuerdo colectivo de empresa; más aún, aunque se pudiera pensar que esa ha sido la voluntad del legislador, la misma no sería atendible en la medida en que sería contraria al reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE).

Avanzando en la complejidad del asunto, caso de que los trabajadores opten por designar alguna representación, aquí es donde la Ley les ofrece dos alternativas, interna o externa.

La interna consiste en que los trabajadores se decanten por elegir una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa, elegida por éstos democráticamente. Se presume que la elección recae en algunos de los mismos trabajadores que ostentan el derecho de elección activa; aunque cabría una interpretación amplia para la hipótesis de una modificación en un centro de trabajo de la empresa sin representación, donde sería aceptable designar a trabajadores de otro centro

de trabajo de la misma empresa como representantes. La norma vuelve a ser bastante lacónica al apelar al carácter democrático de la designación, si bien en este caso resulta plenamente acertado, pues con ello se refuerza la informalidad del trámite electoral, bastando con constar como ya anticipamos que quede garantizada la libre voluntad de los trabajadores y la seguridad jurídica; en suma, no podría ponerse reparo alguno a una designación en reunión, con simple votación a mano alzada, incluso por mero asentimiento de los presentes a una propuesta formulada y no contradicha por nadie.

La opción externa es más simple aún si cabe, pues consiste sencillamente en que lo trabajadores optan por delegar su representación en las organizaciones sindicales, siendo el propio precepto legal quien identifica en tal caso quiénes son las concretas organizaciones sindicales que asumen tal capacidad representativa: una comisión de un máximo de tres representantes “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”; es decir, de un lado, se lo otorga a los sindicatos más representativos a nivel estatal y de comunidad autónoma (art. 6 LOLS) y, de otro lado y de manera adicional, se lo otorga a la organizaciones suficientemente representativas que gozan de legitimación inicial para negociar el convenio de sector (art. 87.2.c ET). Comoquiera que la norma fija un tope máximo absoluto de tres miembros para la composición de esta comisión, caso de superarse el número de organizaciones facultadas para designar un representante, la ley establece un criterio de preferencia que impide que se contradiga el tope máximo que para ella es primordial a efectos de agilidad de una consulta en una empresa de dimensiones micro; la selección de los tres se efectuará “según su representatividad”. La norma presupone, tratándose de empresas sin representación, que siempre existirá un convenio colectivo sectorial de referencia, que será el que permitirá ponderar la representatividad exigida; ineludible esta premisa en el caso de que se pretenda efectuar un descuelgue salarial o una modificación de condiciones pactadas en convenio sectorial. Para los otros supuestos, y pensando en casos límites de ausencia de cobertura negocial en esas empresas, pudiera resultar más difícil identificar a los sindicatos suficientemente representativos, pero siempre cabría atribuir la capacidad de designación a los más representativos y, en todo caso, quedaría abierta la opción a la otra alternativa más fácil de designar como miembros de la comisión a trabajadores de la propia empresa.

A pesar de la inicial complejidad del mecanismo, la norma desea que todo ello se efectúe con enorme agilidad y celeridad, al extremo que afirma que en todos los casos la designación deberá realizarse en un plazo de 5 días a contar desde el inicio del período de consultas; por añadidura con el agravante de contundencia legal de advertir que la falta de designación (donde habría que incluir también el retraso en hacerlo) no puede suponer la paralización del período de consultas. Aunque se puede con facilidad intuir cuáles son las preocupaciones del legislador y lo que éste pretende, la regla literalmente y en sí misma resulta bastante absurda, pues el inicio del período de consultas se presume que no se produce hasta tanto que el empresario comunica a los representantes de los trabajadores su disposición a comenzar el intercambio de pareceres pertinente, pero si no hay todavía elegidos representantes esa comunicación no se puede efectuar por parte del empresario y nunca empezaría a contarse ese plazo de 5 días. Para no desembocar, una vez más, en un absurdo, habría que interpretar que esos 5 días empiezan a contar desde que el empresario efectúa la notificación que pone en marcha el mecanismo de designación, al mismo tiempo que presiona para agilizarlo de

modo que día que pasa sin designar la comisión, día que se acorta posteriormente el período de consultas. Interpretado en estos términos, el plazo de los 5 días puede tener poco valor práctico; por ejemplo, si la designación se produce al cabo de los diez días, habrá que entender que la misma resulta válida, que la misma no impide el desarrollo todavía del período de consultas, eso sí que quedaría un margen muy reducido de 5 días dedicados a las consultas; pero teniendo en cuenta, una vez más, que estamos pensando en microempresas todo puede hacerse con notable agilidad. Por lo demás, en el desarrollo cotidiano del procedimiento, todo dependerá del mayor o menor interés de la empresa en lograr un acuerdo con la comisión 'ad hoc' que se designe, pues si se trata de lograr un acuerdo modificativo del convenio sectorial, incluido el descuelgue salarial, si hay acuerdo esto es lo que importará a la dirección de la empresa y no se podrá objetar ineficacia del acuerdo por el carácter extemporáneo respecto del período de consultas legalmente establecido; por el contrario cuando se trate de supuestos que dan paso a la facultad unilateral empresarial o al empresario le interesa acudir directamente a solicitar la autorización administrativa en las regulaciones de empleo, apenas se cumplan los plazos legales podrá poner en marcha sin dilación estas fases sucesivas del procedimiento modificatorio.

La norma incorpora una nueva regla absurda, consistente en establecer que cuando se opte por la designación de la comisión sindical externa, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado. Pudiera pensarse que, tratándose de una microempresa, su titular puede sentirse incómodo en la gestión de unas consultas con los sindicatos, cuando casi con seguridad resulta inexistente o muy excepcional en su empresa una interlocución sindical para cualquier tipo de cuestión laboral, donde primarán con seguridad los mecanismos individuales de relación con sus trabajadores; ello explica que, a título orientativo se le ofrezca a la empresa esa forma de delegación en la organización empresarial. Eso sí, más allá de esa explicación, en clave jurídica la regla es todo un absurdo, pues no introduce regla innovativa alguna esa facultad que presuntamente se le otorga: aunque no estuviera previsto, por las reglas generales del mandato civil siempre sería posible que la empresa procediera a llevar a cabo tal delegación representativa y a hacerlo en cualquier circunstancia y respecto de cualquier sujeto que eligiera; de ahí, que haya que considerar que tal atribución de representación también sería viable que se produjera cuando los trabajadores designaran una comisión interna y no sindical; de ahí también que si optan por atribuir tal representación a una organización empresarial, lo puedan hacer a favor de cualquiera de ellas, sean o no las identificadas por la Ley.

Finalmente, en cuanto al modo de actuación y de adopción de acuerdo por parte de la comisión interna o externa, así como para la actuación de la dirección de la empresa, rigen idénticas reglas que las previstas para un periodo de consulta cuando existen representantes legales. Las reglas de mayorías son idénticas y la eficacia jurídica de los acuerdos adoptados entre las partes también son las mismas; incluso también es posible que las mismas opten por acudir a los procedimientos de mediación o arbitraje con idéntica tramitación y efectos.

Conviene, no obstante, advertir que puede producirse una cierta disparidad interpretativa en cuanto al modo de computar la regla de la mayoría de representantes de los trabajadores exigible a los efectos de adoptar el acuerdo modificativo. Para el caso de que existan representantes legales de los trabajadores, a pesar de que la norma se refiere a la mayoría de los miembros de los comités de empresa y delegados de

personal, la jurisprudencia con todo fundamento ha venido a efectuar el cómputo de la mayoría atendiendo al exacto porcentaje de representatividad que ostenta en el seno de la representación estatutaria, es decir, utiliza un criterio de voto proporcional; aunque directamente se trata de una doctrina establecida para la negociación de convenios colectivos, a nuestro juicio es un criterio extensible igualmente al caso de los acuerdos de empresa modificativos en el curso de los correspondientes periodos de consultas, dada la identidad de situaciones y de fundamento jurídico aplicables¹². Sin embargo, está por ver que este mismo criterio vaya a ser trasladable a las comisiones ‘ad hoc’ elegidas en los casos en los que no existan representantes legales; en estos casos, la representatividad de cada una de las organizaciones sindicales se computa a nivel sectorial y aquí nos encontramos ante una actuación a nivel de empresa micro; con mayor motivo diferencial en la hipótesis de que se elija la comisión interna de trabajadores de la misma empresa, donde es difícil que haya constancia de que unos representantes han obtenido mayor apoyo que otros en su elección; por ello, para este supuesto tan singular, y con vistas a simplificar al máximo la celebración del acuerdo, sería más acertado interpretar el texto literalmente, de modo que si apela a la mayoría de las “miembros” de la comisión, el cómputo es por personas, por representantes sin más.

Por lo demás, ahora sí por analogía, cuando se trate una comisión interna de trabajadores de la propia empresa, habrá que interpretar que éstos tendrán la consideración de representantes legales a los efectos de estar protegidos por las garantías que le son propias, en concreto aquellas que garantizan la indemnidad del representante frente a posibles medidas reactivas sancionadoras del empleador por ejercicio de su labor de defensa de los intereses de sus representados.

5.- El fomento de los procedimientos de resolución privada de las discrepancias

Con la reforma laboral de 1994 ya se efectuó un primer atisbo de incorporar los procedimientos privados de mediación y arbitraje a los procedimientos de flexibilidad interna, habiendo sido objeto de incorporación a los diferentes sistemas de resolución de conflictos colectivos laborales establecidos al efecto, tanto en el ámbito nacional como en los correspondientes autonómicos. Si embargo, si acudimos a los datos estadísticos de resultados proporcionados por estos sistemas, los mismos muestran unos resultados ciertamente modestos en el ya largo período transcurrido desde que de forma ciertamente débil se incorporó la posibilidad de acudir a tales procedimientos en el cualquier momento del desarrollo del período de consultas. No cabe la menor duda de la dificultad desde la Ley de imponer a las partes la desviación hacia la mediación o el arbitraje de sus discrepancias en esta materia, particularmente cuando uno de los principios basilares de los mismos reside en su voluntariedad y a ello no ha escapado la regulación en la materia.

En ese escenario, se advierte una falta de predisposición de las partes a su utilización, en función de la posición jurídica en la que se encuentre ante el escenario del desacuerdo. Cuando se trate de modificaciones que afecten a lo pactado en el convenio colectivo de aplicación, la ausencia de acuerdo provoca un bloqueo que en teoría favorece a la parte sindical, pues impide al empleador alterar las condiciones de trabajo pactadas, lo que de principio coloca a la representación sindical en una posición

¹² STS 3 junio 2008, RJ 3466; 17 de enero de 2006, RJ 3000.

cómoda de pasividad y no predisposición a someter la cuestión a los procedimientos de mediación o arbitraje. Por el contrario, cuando la conclusión del periodo de consultas da paso a la facultad unilateral empresarial de implantación de las correspondientes modificaciones se invertirán las tornas, de modo que quien no mostrará predisposición a someterse a los procedimientos de mediación y arbitraje será el empleador.

Constatado lo anterior, a lo largo del proceso de elaboración de la reforma legislativa se efectuaron diversas propuestas de impulsar con mayor intensidad los procedimientos de mediación y arbitraje. En concreto, en algún borrador aparecía la introducción de un procedimiento de arbitraje obligatorio para los supuestos en los que los desacuerdos entre las partes desembocaban en un bloqueo en la medida en que se impedía proceder a introducir las modificaciones sustanciales. Así se recogía en el borrador de Real Decreto Ley remitido por el Gobierno a los interlocutores sociales a efectos de su consulta¹³. Tal fórmula finalmente, con acierto, no se recogió en el texto del Real Decreto Ley. En efecto, la imposición en estos supuestos de un arbitraje obligatorio desde la Ley plantea insuperables obstáculos de constitucionalidad, aparte de ser dudosamente viable desde la perspectiva de su funcionalidad. Plantea insuperables obstáculos de constitucionalidad, en la medida en que al iniciarse el procedimiento arbitral exclusivamente a instancia de una sola de las partes, adquiere un carácter de unilateralidad, que comportaría al final un resultado de alteración de lo pactado en convenio colectivo sin la previa aceptación de la otra parte; en suma, entraría en directa colisión con la garantía constitucional de eficacia vinculante del convenio colectivo, aplicándose al efecto el criterio de nuestra jurisprudencia constitucional acerca de la inviabilidad en nuestro sistema de relaciones laborales del laudo de obligado cumplimiento inicialmente recogido en el RDL 17/1977, de 4 de marzo¹⁴.

Por añadidura, desde el punto de vista funcional, pocas expectativas de éxito tendría cualquier mecanismo de obligatoriedad del arbitraje a estos efectos; baste con pensar que es materialmente inviable que funcionara en la práctica si existe oposición de los agentes sociales. Si resulta impuesto desde la Ley, el rechazo de cualquiera de las partes provocaría un bloqueo inmediato por una sola de las partes que no aceptara el procedimiento arbitral, de modo que con facilidad se neutralizaría el efecto práctico que se desearía lograr con el establecimiento del arbitraje como alternativa a los desacuerdos entre las partes, se trate del descuelgue salarial o se trate del procedimiento de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Cualquiera de las partes podría oponer resistencias insuperables en el momento de iniciar el procedimiento, de nombramiento de los árbitros, de comparecencia a los actos de debate ante el árbitro, de impugnación judicial que dilataría enormemente el conflicto y con ello no se lograrían los objetivos inicialmente perseguidos. En definitiva, la ausencia de consenso en la introducción del arbitraje obligatorio, presentaría fáciles instrumentos legales de bloqueo al sistema por parte de la representación empresarial o sindical no favorable al procedimiento arbitral.

Todo lo anterior puede explicar en cierto modo la fórmula finalmente prevista en la norma, que intenta impulsar los procedimientos de mediación y arbitraje, si bien sobre la premisa de que ello sólo podrá implementarse en la práctica en la medida en que los interlocutores sociales definitivamente asuman la cultura arbitral y apuesten

¹³ Borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo de 11 de junio de 2010.

¹⁴ STC 11/1981, de 8 de marzo (BOE 25 de abril).

decididamente y sin reservas mentales a favor de estos mecanismos de solventar los bloqueos negociales que se plantean sin duda en estos casos.

De un lado, la norma mantiene las reglas que permiten acudir a estos procedimientos en sustitución del período de consultas (art. 41.4 p. 5 ET), extendiéndolos ahora también a los supuestos de descuelgue salarial (art. 82.3 ET).

Pero la novedad principal se encuentra en el dato de que para los supuestos de conclusión de las consultas sin acuerdo provocándose un bloqueo, porque lo que se pretende es un descuelgue salarial o de condiciones de trabajo respecto de lo pactado en convenio, se establece la necesidad de que los acuerdos interprofesionales establezcan procedimientos de resolución de conflictos, con expresa mención al arbitraje: “mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91” (art. 41.6 p. 2 ET). Regla que se reproduce literalmente para el caso del descuelgue salarial (art. 82.3 ET). Como complemento a ello, al conjunto de los convenios colectivos ordinarios se le establece un contenido mínimo adicional, consistente en introducir reglas, valga la redundancia complementaria, de adaptación de lo previsto genéricamente en los precedentes acuerdos interprofesionales: “Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos” (art. 85.3.c ET).

Se trata de incorporar un nuevo contenido mínimo a los convenios colectivos, eso sí referido exclusivamente a los acuerdos interprofesionales. No puede ocultarse que esta fórmula queda totalmente condicionada a la predisposición de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a aceptar el envite que les formula el legislador en esta materia, con lo cual insistimos en la idea expresada con anterioridad acerca de una implementación legal de la reforma mediatizada por la voluntad de los interlocutores sociales. Por mucho que la Ley pretende establecer una regla impositiva típica del *hard law* (“se deberán establecer”), no pasa de ser una regla de *soft law*, tanto por razones de procedimiento como de capacidad efectiva de cumplimiento por parte de sus destinatarios. Los poderes públicos deberán hacer todos los esfuerzos necesarios de convencimiento a las partes, pero en modo alguno cabría entender que es posible sancionar las conductas de oposición al designio legal en esta materia. Incluso si las partes optan por incorporar los mecanismos arbitrales en estos casos, es previsible que se resistan a contemplarlo como un mecanismo de arbitraje obligatorio, dejándolo a la libre voluntad de los afectados en cada caso. Eso sí, en la hipótesis de que los firmantes del correspondiente acuerdo interprofesional apostaran con fuerza por la solución arbitral, lo podrían hacer perfectamente por medio de la introducción de un mecanismo de arbitraje obligatorio, pues los impedimentos constitucionales que encuentra la Ley

para ello, no se presentaría para la autonomía colectiva, en la medida en que sería ella misma quien fijaría sus propios límites y procedimientos¹⁵.

6.- La conexión entre modificaciones de condiciones y negociación colectiva

A pesar de que la regulación relativa a los procedimientos de modificación de condiciones de trabajo tiende a enfocarse desde la perspectiva del ejercicio de los poderes directivos del empleador, apenas que se efectúa una aproximación a su régimen jurídico se observa la estrecha relación que esta materia tiene con el marco jurídico de la negociación colectiva. Es precisamente en el roce entre medidas de flexibilidad interna y contenidos de los convenios colectivos donde se perciben las fricciones principales; es donde más complejos se presentan los dilemas de articulación de la flexibilidad interna, siendo por añadidura los casos más habituales. En efecto, de un lado, al responder las medidas modificativas a causas económicas y productivas, su plasmación en la mayoría de las ocasiones tiene carácter colectivo, siendo mucho menos relevantes los supuestos de modificaciones individuales. Al propio tiempo, a la vista de la expansión de contenidos adquiridos por los convenios colectivo y, en particular, del grado de concreción que presentan en algunos casos la delimitación del régimen de ciertas condiciones de trabajo, en la generalidad de las ocasiones cuando la empresa pretende acometer una modificación colectiva de condiciones de trabajo ello exige la alteración de lo pactado en convenio colectivo. A ello alude expresamente tanto la regulación general sobre las modificaciones sustanciales (art. 41 ET), como el caso específico del descuelgue salarial (art. 82.3 ET).

La primera novedad consiste en prever de manera expresa el procedimiento de modificación de los acuerdos y pactos colectivos, es decir, en sentido negativo todos aquellos productos de la negociación colectiva que no tengan la consideración de convenios colectivos del título III del Estatuto de los Trabajadores, por exclusión de estos otros que presentan un régimen jurídico propio en la Ley (art. 41 ET); es decir, el resto serían por entendernos tanto los convenios colectivos extraestatutarios como los acuerdos de empresa pactados al margen del título III del Estatuto de los Trabajadores. Con la regulación anterior se diferenciaba tan solo entre modificaciones de convenios colectivos estatutarios y el resto de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, con lo cual en la práctica podría entenderse que las modificaciones de acuerdos y pactos colectivos seguía el régimen establecido para el resto mencionado. En términos de tramitación la diferencia reside en que para la modificación de los convenios colectivos del título III ET se exige en todo caso el acuerdo de empresa entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa, mientras que para los acuerdos y pactos colectivos, concluido el período de consulta sin acuerdo entre dichas representaciones, la dirección de la empresa ostenta una facultad de introducir los cambios unilateralmente. La redacción previa a la reforma lo vendría a contemplar así de manera implícita, en tanto que la redacción tras la reforma lo establece de forma más directa y expresa: “cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación” (art. 41.5 ET).

¹⁵ J. Cruz Villalón, *El arbitraje laboral en la reforma legislativa*, Tirant lo blanch, Valencia 1995.

Conforme a la regulación precedente, ya el Tribunal Supremo en alguna sentencia reciente ha interpretado que el empresario puede proceder a modificar unilateralmente las condiciones pactadas en los convenios colectivos extraestatutarios, acudiendo al procedimiento establecido en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores¹⁶. De mantener la sala de lo social del Tribunal Supremo este criterio, con mayor fundamento lo podría defender a tenor de la nueva redacción proporcionada por la reforma laboral de 2010; con mayor razón, salvo que exista al respecto algún tipo de objeción de constitucionalidad. Ya con motivo de la reforma de 1994, y de la regulación contenida en la misma al respecto, tuvimos ocasión de defender que, en la medida en que los convenios colectivos extraestatutarios gozan igualmente de la fuerza vinculante garantizada por el texto constitucional (art. 37.1 CE), ello impedía efectuar una interpretación del texto legal que permitiera su modificación unilateral por parte del empresario¹⁷. A mi juicio personal, no hay elemento nuevo que nos haga dudar del criterio que defendimos en aquel momento, que entendemos extensible a la regulación contenida en el precepto tras la reforma de 2010; si acaso, haya que decirlo ahora con mayor contundencia, a la vista de que previamente era algo implícito en la norma, mientras que ahora no cabe lecturas interpretativas de conformidad al texto constitucional, desde el instante en que no hay duda de que para el legislador ordinario cabe proceder sin más a una modificación unilateral de un pacto o acuerdo colectivo, aunque goce de la fuerza vinculante garantizada constitucionalmente. Adviértase que la capacidad de modificación unilateral resulta amplísima, tal como está prevista en el texto legal: afecta tanto a los acuerdos y pactos de empresa, como a los convenios colectivos extraestatutarios; tanto a los de empresa como a los de sector; cualquiera que sea la condición de trabajo o cláusula prevista en el texto convencional; tanto para proceder a implantar modificaciones temporales como permanentes. Si a todo ello se añade que las causas justificativas de las modificaciones sustanciales son enormemente amplias y laxas, el resultado material es que para la Ley ordinaria cabría con enorme facilidad proceder a modificar unilateralmente lo pactado colectivamente, cuando no se trata de convenio colectivo estatutario. Dicho de otro modo, se romperían incluso paradigmas clásicos de la autonomía contractual, en la medida en que el cumplimiento de los contratos quedaría a la voluntad de una de las partes. Si, a mayor abundamiento, el texto constitucional quiere tutelar con mayor intensidad la eficacia vinculante de los convenios colectivos y para nuestra jurisprudencia constitucional ello no se agota con los convenios estatutarios, hay razones fundadas para defender la existencia de una inmediata contradicción en este punto entre la ley ordinaria y la Constitución.

Cuando la modificación afecta a convenios colectivos estatutarios sí que se exige, como no podía ser de otro modo, el necesario acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa a través de la celebración del correspondiente acuerdo colectivo de empresa. Las novedades en esta materia ya fueron apuntadas con precedencia y nos limitamos a recordarlas. Antes no se establecía diferencia específica entre convenios de empresa y convenios de sector, mientras que ahora sí, lo que desemboca en tratamientos jurídicos también diversificados.

Así, para la modificación de los convenios de empresa, antes, cuando se acudiese a los procedimientos del art. 41 ET, sólo se admitía que el cambio afectase a

¹⁶ STS 6 de octubre de 2009, RJ 5661.

¹⁷ J. Cruz Villalón, El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, Relaciones Laborales 17-18, pgs. 135 ss.

determinadas condiciones de trabajo (horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento), en tanto que ahora no se contemplan límites objetivos alguno, siendo viable la modificación de cualquier cláusula convencional; tanto antes como ahora, la modificación podía y puede ser de carácter temporal o indefinida. En el fondo se trata de una mera aplicación del principio de modernidad: acuerdo posterior deroga al anterior a todos los efectos, a semejanza de lo que se hace para los convenios colectivos (art. 86.4 ET).

Frente a ello, para la modificación de los convenios sectoriales, antes también se encontraba limitado respecto a las concretas condiciones de trabajo antes mencionadas (horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento), en tanto que ahora lo único que se hace es ampliar el listado para incorporar un supuesto adicional: funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional ordinaria prevé el artículo 39 de esta Ley. De otra parte, mientras que antes las modificaciones podían tener carácter permanente, ahora por este procedimiento sólo puede tener una vigencia temporal, no pudiendo exceder de la vigencia del convenio sectorial cuya modificación se pretenda. Con ello, ya lo apuntamos, se trata de dar preferencia para determinadas materias al acuerdo de empresa frente al convenio sectorial, en un a modo de nueva regla de concurrencia convencional, si bien con la advertencia de que el panorama habrá de ser reconsiderado en el momento de renovación de ese convenio sectorial. Dicho de otro modo, a la conclusión de la vigencia del convenio sectorial, las representaciones colectivas en el ámbito empresarial podrán hacer dos cosas: o bien se reenganchan a las condiciones pactadas en el convenio sectorial nuevamente negociado, o bien proceden a celebrar un convenio de empresa que provoca la definitiva creación de una nueva unidad negociada a nivel de empresa y, con ello, se desgajan del ámbito aplicativo del convenio sectorial. A la postre, el texto legal en esta materia no hace otra cosa que establecer un a modo de descuelgue de condiciones de trabajo, respecto de las antes concretamente mencionadas.

Por ello, el régimen del descuelgue salarial sigue una regulación bastante similar a la anterior, con las exclusivas especialidades propias de la importancia de la materia para la que se contempla el descuelgue (art. 82.3 ET). En efecto, también aquí las reglas básicas son las de la exigencia del acuerdo de empresa y la vigencia temporal del descuelgue: “sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración”.

En esta ocasión, para los descuelgues salariales, las diferencias son más notables cuando la comparación se efectúa respecto de la regulación precedente. Aquí sí que se percibe un cambio de orientación notable por parte del legislador respecto del reparto de roles entre los diversos ámbitos de la negociación colectiva, lo que puede introducir cambios no menores en el protagonismo de los distintos niveles negociados. En efecto, el procedimiento de descuelgue salarial contemplado en la regulación anterior, que se incorpora con la reforma de 1994, otorgaba todo el protagonismo al convenio sectorial: era éste el que fijaba las condiciones y forma del descuelgue, otorgaba la posibilidad de que la última palabra acerca de la materialización o no del descuelgue la ostentara la comisión paritaria del convenio sectorial, lo que en definitiva comportaba que la voluntad de las representaciones en el ámbito empresarial quedase totalmente mediatizada al margen que le concediera el nivel sectorial. Frente a ello, y a la vista de los resultados aplicativos del modelo precedente, la reforma de 2010 invierte las tornas y se decanta decididamente por otorgar el protagonismo esencial al acuerdo de empresa.

Más aún, la reforma pone un a modo de cortafuegos, al objeto de impedir que los convenios sectoriales puedan restar capacidad decisoria al acuerdo de empresa: si antes el régimen del descuelgue venía delegado a lo que pactasen las partes en el convenio sectorial, ahora la ley opta por establecer ella misma un procedimiento único, inalterable por el convenio sectorial, de modo que los convenios sectoriales no pueden entrar a modificar el protagonismo otorgado por la Ley al acuerdo de empresa; la decisión última acerca del descuelgue y de su régimen jurídico se atribuye directamente al acuerdo de empresa, sin poder reducirse vía convenio sectorial. Véase al respecto sobre todo, la diferencia notable de lo previsto con anterioridad en las materias remitidas como contenido mínimo al convenio sectorial: antes era ampliamente todo lo relativo al régimen del descuelgue salarial, mientras que ahora es exclusivamente una labor muy residual de adaptación al caso concreto de los procedimientos de solución de las discrepancias en los períodos de consultas previamente establecidos vía acuerdos interprofesionales (art. 85.3.c ET); incluso por razones de claridad hubiera sido aconsejable eliminar esta última regla, por poca trascendencia que tenga, a la vista de que hasta el presente los procedimientos de mediación y arbitraje fijados en los acuerdos interprofesionales autonómicos han podido ser de aplicación directa, sin necesidad de implementación de los mismos por parte de los convenios colectivos sectoriales o de empresa. En todo caso, la clave está en que el procedimiento de descuelgue salarial, con el poder atribuido al acuerdo de empresa, se concibe como una fórmula imperativa, sin que se contemple la posibilidad de otras alternativas vía negociación colectiva (dejando al lado la promoción de los procedimientos de mediación y arbitraje), a diferencia de lo expresamente contemplado para la regulación genérica de las modificaciones sustanciales: “Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva...” (art. 41.4 ET).

En definitiva, la Ley delega en todo al acuerdo de empresa: la valoración de las causas concurrentes justificativas de la medida, la decisión de efectuar el descuelgue, el sometimiento al procedimiento de mediación o arbitraje, el régimen retributivo alternativo a percibir por los trabajadores de la empresa afectados por el descuelgue, la vigencia temporal del descuelgue, la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio sectorial, las posibles contrapartidas como compromisos asumidos por la empresa a los perjuicios económicos derivados del descuelgue sobre la premisa con anterioridad indicada de que el descuelgue incluye un implícito compromiso de mantenimiento de empleo mientras rija. Tan pobre es el protagonismo atribuido por la Ley al nivel sectorial en materia de descuelgue, que se limita a establecer la necesidad de que el acuerdo de empresa por el que se decide el descuelgue deberá ser notificado a la Comisión paritaria del convenio sectorial. Incluso habría que relativizar el límite aludido de la temporalidad, pues, a semejanza de lo dicho para el resto de las modificaciones sustanciales a las partes se le presentan dos opciones en el momento de conclusión de la vigencia del convenio sectorial, a resultas de la aplicación de las reglas generales en materia de concurrencia entre convenios colectivos (art. 84 ET): o bien se reenganchan a las condiciones pactadas en el convenio sectorial nuevamente negociado, o bien proceden a celebrar un convenio de empresa que provoca la definitiva creación de una nueva unidad comercial a nivel de empresa y, con ello, se desgajan del ámbito aplicativo del convenio sectorial.