

LAS MEDIDAS SOBRE FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA LEY 35/2010. UNA APROXIMACIÓN INICIAL

SALVADOR DEL REY GUANTER

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra
Socio y Presidente del Instituto Internacional
Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos*

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma laboral, flexibilidad interna

Se analizan los cambios esenciales producidos en relación con la flexibilidad interna, preguntándonos si el “escaso desarrollo” de esta flexibilidad en nuestras relaciones laborales que ha sido constatado por el propio legislador puede corregirse al haberse potenciado en la reforma nuevos instrumentos de flexibilidad. Efectuamos una valoración positiva sobre múltiples aspectos de la reforma en este ámbito.

Sin embargo, expresamos serias dudas de que con la nueva regulación se haya producido un salto cualitativo para que se dé una mayor aplicación de la flexibilidad interna como vía generalizada de mantenimiento de empleo, de fomento de empleo estable y, al mismo tiempo, de mejora de la empresa y de su competitividad. El verdadero “test” de la eficacia y profundidad de la reforma se encontraba en lo relativo al régimen los convenios colectivos y, más concretamente, en las posibilidades de adaptación de las condiciones previstas en convenios colectivos empresariales a las circunstancias concretas de la empresa. Más específicamente aún, en las posibilidades de dicha adaptación en caso de que no haya acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores. En este punto el legislador ha escogido la “imposición” del arbitraje a la negociación colectiva como la única vía, que no creemos positiva, ni a efectos dogmáticos, ni a efectos prácticos. Y ello por no compartir las razones que podrían fundamentar la negación de la decisión unilateral del empresario con posterior control judicial como la solución más óptima, razones que suponemos están ligadas esencialmente a una interpretación excesivamente extensiva del significado de la “fuerza vinculante” de los convenios colectivos a la que se refiere la Constitución.

ABSTRACT

Key Words: Labour reform, internal flexibility

We analyse the essential changes produced in relation to the internal flexibility, we ask if the “lack of development” of such flexibility in our industrial relations has been verified by the legislator and that could be corrected because new instruments as regards flexibility has been introduced. We perform a positive evaluation about the reform’s multiple aspects.

Even though, we expose our doubts that with the new regulation it has been produced a qualitative increase in the application of the internal flexibility to guarantee maintaining the employment, foster the stable employment and at the same time, the improvement of the company and its competitiveness.

The real efficiency “test” and the reform was taken in what was related to the collective agreement regime, and specifically, in the possibility of the adaptation of those foreseen conditions under private agreements in the concrete circumstances of the company. Specifically, such adaptation in the case that no agreement is reached between the employee’s representative and the employer. In this point, the legislator has chosen to impose the collective bargaining battle as the only answer to the problem, and we do not think this is positive neither dogmatically nor practically. And therefore we do not share the same vision and that the unilateral decision of the employer with judicial control, and we think that essentially the decision is binding to the Constitution collective agreements.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: FLEXIBILIDAD INTERNA Y ADAPTABILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO
2. EL CONTENIDO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA REFORMA: COMPONENTES Y AUSENCIAS
3. REFORMAS ESENCIALES EN EL MARCO REGULADOR DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA: LOS CAMBIOS EN LOS ARTS. 40, 41, 47 Y 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.
 - 3.1. Cambios en la regulación de la movilidad geográfica: la consolidación de un modelo de resolución del desacuerdo
 - 3.2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo distintas al descuelgue salarial: avances e insuficiencias en un objetivo crucial de la reforma
 - 1.1.1. Las alternativas a la ausencia de representación legal: designación directa y designación sindical
 - 1.1.2. Las causas y la justificación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la acentuación del componente preventivo
 - 1.1.3. Materias objeto de modificación sustancial: la distribución del tiempo de trabajo
 - 1.1.4. Modalidades de modificaciones sustanciales: individuales, colectivas y “colectivas estatutarias”
 - 1.1.5. La nueva regulación de las modificaciones colectivas (no “estatutarias”)
 - 1.1.6. La (difícil) modificación de las condiciones reguladas en convenios colectivos estatutarios (“condiciones colectivas estatutarias”)
 - 3.3. La nueva regulación del descuelgue salarial: la opción por la descentralización
 - 3.4. El nuevo régimen de la suspensión contractual colectiva y la reducción (temporal) de jornada: su potenciación frente a la alternativa extintiva
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INSUFICIENCIA DE LOS AVANCES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

1. INTRODUCCIÓN: FLEXIBILIDAD INTERNA Y ADAPTABILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Unas aclaraciones conceptuales iniciales parecen necesarias en relación a los términos flexibilidad “interna” y flexibilidad “externa”. El término de flexibilidad “interna”, que en la nueva Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (la Ley, en adelante), alcanza un gran nivel de juridificación, tanto por su reiterada utilización en su Preámbulo como por su expresa inclusión en el texto normativo (Capítulo II, “Medidas para favorecer la flexibilidad interna...”), hace referencia básicamente a aquellos instrumentos que el marco regulador proporciona a la empresa para modificar las condiciones de trabajo aplicables a una plantilla, de forma temporal o permanente, adaptándolas a nuevas circunstancias impuestas por el mercado en el que aquélla desenvuelve su actividad. Como tal, se diferencia de la “flexibilidad externa”, término también utilizado por el legislador en el Preámbulo de la Ley, que se relaciona básicamente con la contratación y la terminación del contrato de trabajo.

No obstante, puede haber figuras que tienen componentes de ambos tipos de flexibilidades, como es el caso emblemático de la contratación a tiempo

parcial que se regula en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), en tanto que, aún siendo una “modalidad” contractual, tiene uno de sus componentes esenciales en la variabilidad en el tiempo de trabajo que viene dada por las denominadas horas complementarias.

Objetivo esencial de la flexibilidad interna es la consecución de la “adaptabilidad” -término también utilizado por el legislador-, en tanto que en este contexto “interno” de la relación laboral, es fundamental para la necesaria flexibilidad organizacional, manifestando claramente las posibilidades que tiene el empresario para reaccionar ante las evoluciones más o menos imprevistas, más o menos profundas, de un mercado en continuo cambio, debido esencialmente a los procesos de globalización e innovación permanente. En el Preámbulo de la Ley, se indica expresamente que con la potenciación de los instrumentos de la flexibilidad interna se favorece “la *adaptabilidad* de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo”.

Por tanto, de esta trascendencia de la flexibilidad interna se hace eco claramente la nueva Ley, que al respecto va a señalar también en ese mismo Preámbulo que en la normativa anterior se ha constatado “un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas” para, después, establecer como uno de los objetivos esenciales de la reforma a efectos de reducir el desempleo e incrementar la productividad de la economía, el de “incrementar la flexibilidad interna de las empresas”.

Este objetivo se reitera posteriormente, lo que da cuenta de su relevancia, afirmándose en dos ocasiones más en dicho Preámbulo la finalidad de la Ley de “reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales” y de “potenciar los instrumentos de flexibilidad interna en el transcurso de las relaciones laborales”.

Así pues, ya podemos afirmar que para la nueva Ley la situación anterior del marco regulador respecto a la flexibilidad interna era insuficiente, asumiendo una premisa ampliamente compartida sobre su escasa utilización en la crisis de los dos últimos años, y que la potenciación de la flexibilidad interna es un objetivo prioritario de la ley, siendo preferente a los mecanismos de la flexibilidad externa.

En realidad, y ello no lo dice el legislador directamente pero hay que asumirlo, con el fomento de la flexibilidad interna y, en consecuencia, de la adaptabilidad de las empresas, se está intentando potenciar el otro gran objetivo que establece el legislador con la nueva ley, el de la promoción del empleo y, sobre todo, el de la contratación estable, en tanto que se quieren disminuir las cautelas de la empresa a contratar indefinidamente por temor a que los cambios

de las circunstancias obliguen a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la plantilla estable pero que ello no sea posible por dificultades legales.

Con otros términos, el legislador apuesta a que sea la flexibilidad interna, y no la contratación temporal o el despido, la forma esencial en que las empresas respondan a entornos variables en sus mercados. Distinto es que, efectivamente, esta apuesta se haya traducido en la Ley en una regulación efectiva al respecto.

2. EL CONTENIDO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA REFORMA: COMPONENTES Y AUSENCIAS

A la flexibilidad interna le dedica la Ley su Capítulo II bajo el título extenso y descriptivo de “Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo”.

Estamos ante un título que quiere subrayar dos elementos del objetivo genérico de promover la flexibilidad interna. Uno, que la flexibilidad interna que quiere especialmente favorecerse es aquella que es “negociada”, lo cual va a tener consecuencias claras en la propia configuración de la nueva normativa respecto al tema esencial –y resuelto insatisfactoriamente, a nuestro juicio– de qué hacer ante situaciones de desacuerdo. Dos, que uno de los componentes esenciales y, relativamente novedoso, de esta flexibilidad interna que ahora se potencia es el de la “reducción de jornada” como medio de proceder a un “ajuste temporal” del empleo en la empresa.

Las medidas que se instrumentan o, si se quiere más genéricamente, los componentes de la flexibilidad interna que ahora se fomentan con la reforma, son en esencia cuatro. Concretamente, la reforma se refiere a la movilidad geográfica (art. 40 ET), a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), al denominado descuelgue salarial (art. 82.3 ET) y a la suspensión del contrato de trabajo (y reducción de la jornada) por causas empresariales (art. 47 ET).

Fuera del ámbito de la reforma quedan otros componentes típicos y de gran relevancia para la flexibilidad interna. Es el caso de la denominada movilidad funcional –variación de las funciones y de la clasificación profesional del trabajador– reflejada en preceptos tales como los arts. 22 y 39 del ET. Es el caso también de la mencionada contratación a tiempo parcial (art. 12 ET) que, en base a su (permanente) reducción de jornada ordinaria, ya de por sí refleja una mayor adaptabilidad al contexto empresarial, a lo que hay que añadir su elemento de flexibilidad por excelencia –en los contratos indefinidos– que es

el de las horas complementarias. La cuestión que nos podemos preguntar es si se trata de “ausencias” en la reforma que están justificadas.

En el caso de la movilidad funcional, probablemente el legislador ha asumido que no existían especiales problemas de rigidez en la normativa estatal y que, en todo caso, la mayor responsabilidad en lograr la flexibilidad interna al respecto pertenece a la negociación colectiva. Cuestión ésta ciertamente discutible a juzgar por la parcial implantación aún de los grupos profesionales frente a las categorías profesionales o la separación entre movilidad funcional y ausencias por conciliación de la vida laboral con la personal y familiar, por poner sólo dos ejemplos. Probablemente aquí el legislador tendría que haber realizado un mayor impulso ante los avances tan tímidos que muchos convenios colectivos han realizado en estas materias desde 1994.

En el tema del contrato de trabajo a tiempo parcial, el legislador tampoco aborda su reforma a pesar de que en diferentes documentos previos del Gobierno su potenciación se consideraba como cuestión prioritaria. Su ausencia es claramente criticable, y sólo puede explicarse por esa contradicción interna que siempre se plantea en este tema de admitir sus múltiples ventajas pero, al mismo tiempo, considerar sus peligros respecto a posibles discriminaciones o incentivación de una mayor “precariedad” en el empleo. En efecto, normalmente se admite que se trata de un instrumento contractual que puede favorecer a la vez el empleo indefinido y la adaptabilidad a las necesidades tanto empresariales como de los trabajadores, pero, al mismo tiempo, existe el temor de que puede estar favoreciéndose con su potenciación la discriminación de determinados colectivos (jóvenes y, especialmente, mujeres) que quedarían impulsados a permanecer en ámbitos periféricos del mercado de trabajo. Sin embargo, tampoco podemos compartir esta posición del legislador, ya que las indudables ventajas que para empresas y trabajadores representa el contrato a tiempo parcial debe llevar a la reforma de su actual regulación – especialmente por lo que se refiere a determinadas rigideces en las horas complementarias – sin que ello deba significar, por definición, como demuestra además la situación a nivel europeo, una “condena” a la marginalidad de determinados trabajadores, en tanto que, por sí mismo, dicho contrato no lo ha de implicar.

Más allá de esas ausencias, esos cuatro componentes señalados que sí se abordan en la reforma tienen puntos en común y también determinadas diferencias.

En los cuatro supuestos, en un sentido genérico, se trata de modificar sustancialmente condiciones de trabajo, de adaptarlas en base a determinadas causas y con cierto nivel de justificación, siguiendo para ello un procedimiento específico.

Dependiendo de la condición que se trate, hay un marco regulador diferente. Los más genéricos son los que se refieren a las modificaciones sustanciales

de condiciones de trabajo distintas al salario y a la jornada, y a la suspensión temporal del contrato de trabajo, existiendo una normativa con tratamiento más específico cuando se trata de la modificación del lugar de trabajo (movilidad geográfica), de la reducción temporal de la jornada (que se equipara en procedimiento a la mencionada suspensión temporal) y del denominado “descuelgue salarial” o adaptación temporal a nivel de empresa del “régimen salarial” previsto en convenios colectivos supraempresariales.

Desde la perspectiva causal y procedimental, sin embargo, se da una mayor cercanía entre la movilidad geográfica y las otras condiciones de trabajo, por un lado, y entre la suspensión temporal y la reducción de la jornada, por otro. El descuelgue salarial tiene un tratamiento específico, aunque está muy relacionado con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos estatutarios.

Así pues, es conveniente tener una visión de conjunto de todos estos componentes de la flexibilidad interna y ser conscientes de sus conexiones internas a la hora de poder hacer una evaluación general de hasta dónde se ha progresado en el intento expresamente declarado por el legislador de potenciar la flexibilidad interna.

En este sentido, y antes de pasar a realizar un análisis algo más pormenorizado de estos componentes de la flexibilidad interna, podemos preguntarnos por las causas que han llevado al legislador a calificar expresamente la situación anterior a la reforma como de “escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual”.

Es esta una afirmación que puede ser interpretada de diferente modo. Uno de ellos podría ser el de que ese “escaso desarrollo” se ha debido al poco interés de las empresas por desarrollar esta vía de flexibilidad, a pesar de contar con un marco idóneo para ello. La otra, que una de las causas esenciales, por no decir la esencial, de aquel “escaso desarrollo” es la insuficiencia de dicho marco.

Es evidente que pueden existir otras causas para ese “escaso desarrollo”, como la falta de una cultura empresarial al respecto, muy condicionada por la utilización de la temporalidad como vía de flexibilización por excelencia, la complejidad técnica y organizacional que representa la aplicación de las medidas típicas de flexibilización (notoriamente las relacionadas con el tiempo de trabajo y la salarial), los posibles problemas que surgen con conflictos de “competencia desleal” entre empresas por inaplicación de condiciones de trabajo homogeneizadas por convenios colectivos supraempresariales, etc.

Sin embargo, si tenemos identificada la causa básica ésta tiene su origen en un marco regulador inadecuado e insuficiente, especialmente, como veremos, por no abordar de forma apropiada la solución de las situaciones en las que no existe acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores para la

adaptación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos, en lo que podemos denominar como una insatisfactoria “gestión del desacuerdo” por nuestra normativa.

Si ello es así, la pregunta que deberemos responder, una vez que hayamos identificado las novedades en la nueva regulación de estos componentes, es si estas circunstancias de insuficiencia e inadecuación han sido o no salvadas en el nuevo marco regulador, de forma que determinemos si ahora, por fin, tenemos la regulación adecuada para que las empresas “desarrollen” la flexibilidad interna.

3. REFORMAS ESENCIALES EN EL MARCO REGULADOR DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA: LOS CAMBIOS EN LOS ARTS. 40, 41, 47 Y 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En esta primera aproximación sobre las medidas de flexibilidad interna en la nueva Ley, nos vamos a limitar a identificar aquellos cambios más significativos, a la vez que realizar unas reflexiones sobre los mismos que después nos permitan elaborar una valoración global a la luz de la nueva normativa.

3.1. Cambios en la regulación de la movilidad geográfica: la consolidación de un modelo de resolución del desacuerdo

En relación a la movilidad geográfica, y específicamente en relación a los traslados de trabajadores, existen tres cambios que también se dan en el ámbito del art. 41 respecto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, por lo que nos remitimos a ese momento para realizar una mayor consideración al respecto. Así, se establece una normativa específica para el caso de ausencias de representación legal de los trabajadores a nivel de empresa (así eliminando la anterior inseguridad jurídica que había en este tema) ; el periodo de consulta con los representantes legales de los trabajadores se acota a una duración máxima de 15 días (aquí también relevante en tanto que en caso de desacuerdo decide el empresario) ; y se establece la posibilidad expresa de que, sin perjuicio de este plazo máximo, las partes puedan en cualquier momento “sustituir” ese periodo de consultas por las medidas de mediación y arbitraje de aplicación a dicha empresa (como también diremos, con la mediación no es exacto que se “sustituya” la negociación) .

Si nos preguntamos, en comparación con lo que después veremos respecto a las otras modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, por la razón de la simplicidad de estas innovaciones en un ámbito tan importante como el de la movilidad geográfica, condición de trabajo sumamente relevante para la

vida laboral y, sobre todo, personal del trabajador, debemos encontrarla en dos puntos relacionados entre sí.

Por un lado, el legislador ha dado tradicionalmente una solución efectiva en los supuestos en los que una propuesta empresarial de traslado colectivo, basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ha encontrado la oposición de la representación de los trabajadores: tras la negociación sin llegar a un acuerdo, que como hemos visto ahora se le establece un plazo máximo (su virtualidad máxima es que tras ese plazo, el empresario puede ya tomar la decisión, aunque nada le impide seguir negociando), el traslado lo decide el empresario (puede existir una posible suspensión temporal por decisión de la autoridad laboral) con un posterior control judicial de causa y justificación.

Por otro, el que esa opción legislativa por permitir al empresario decidir unilateralmente en caso de desacuerdo suscite menor problema a pesar, insistimos, de que se trata de una condición de trabajo normalmente más relevante que las previstas en el ámbito de las otras modificaciones sustanciales, parece fundamentarse en que, salvo excepciones, los traslados no se regulan a nivel de convenio colectivo supraempresarial. De esta forma, no se dan aquí los problemas ligados a la “fuerza vinculante” de los convenios colectivos estatutarios presentes en el “descuelgue” de otras condiciones laborales, como el tiempo de trabajo, la remuneración o la movilidad funcional contenidas en tales convenios.

Es claramente paradójico que, a diferencia de los problemas suscitados en el art. 41 ET, aquí el legislador no dude en consagrar la decisión unilateral del empresario, judicialmente controlada “a posteriori”, como mecanismo de ruptura del bloqueo que se da en caso de desacuerdo con la representación legal, si se tiene en cuenta que estamos ante un tema, como el del lugar de la prestación del trabajo, que tiene un gran relevancia constitucional como lo prueba la consagración en el art. 19 de la Constitución del “derecho a elegir libremente (su) residencia”.

Aunque es claro que el empresario, en principio, no está determinando con el traslado forzosamente el lugar de residencia del trabajador, lo cierto es que ésta última va a estar determinada generalmente por el lugar de prestación de servicios. En eso consiste precisamente la especialidad del traslado respecto a otras figuras de movilidad geográfica, en la exigencia normal de “cambio de residencia” como consecuencia de una decisión de traslado que puede, en última instancia, ser adoptada unilateralmente por el empresario.

En este sentido, resulta poco comprensible la reticencia que ha mostrado el legislador a consagrar esta vía de decisión unilateral con control judicial, que está consolidando e incluso agilizando en materia tan trascendente como la movilidad geográfica con cambio de residencia, en el ámbito de las mo-

dificaciones sustanciales del art. 41 ET, teniendo en cuenta que el derecho de negociación colectiva no es un derecho fundamental, por más que tenga una vinculación parcial con la actividad sindical propia de la libertad sindical del art. 28 de la Constitución.

Por último, hay que señalar que, inexplicablemente, la “justificación finalista” de las causas empresariales que hasta el momento era idéntica en los preceptos 40 y 41 ET ahora se quiebra, en tanto que la referencia en el art. 41 ET a “prevenir una evolución negativa de la empresa” no se ha introducido, incoherentemente, en el art. 40 ET. Con ello, y al menos de forma explícita, el momento preventivo en la movilidad geográfica parece tener una menor relevancia, cuando en la práctica puede ser una medida incluso con efectos más preventivos – por la radicalidad de sus efectos, por ejemplo en caso de traslado total – que otras medidas del art. 41 ET.

3.2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo distintas al descuelgue salarial: avances e insuficiencias en un objetivo crucial de la reforma

Como ya hemos indicado, y sin perjuicio de la trascendencia del art. 47 ET, por el número y trascendencia de las materias a las que afecta lo regulado en el art. 41 ET, es este el núcleo de la normativa sobre flexibilidad interna. Las insuficiencias – “debilidades” – detectadas por el legislador sobre la normativa anterior a la Ley tienen su origen en ese precepto, y de ahí que éste sea de los que experimentan una mayor alteración en toda la reforma. Veamos a continuación los cambios más significativos.

3.2.1. Las alternativas a la ausencia de representación legal: designación directa y designación sindical

La ausencia de representación legal en el lugar de trabajo ha sido uno de los obstáculos tradicionales para la aplicación del art. 41 ET en el ámbito de las medianas y, sobre todo, pequeñas empresas. Dicho precepto no preveía tal hipótesis, y en el caso de las modificaciones colectivas la aceptación de los cambios por un representación “ad hoc” de los trabajadores, o por estos mismos a título individual, venía rodeada de un gran inseguridad jurídica, especialmente cuando se afectaba la regulación de los convenios colectivos estatutarios.

Ahora, y ello ha de considerarse sumamente positivo, se termina con esa inseguridad jurídica en tanto que el nuevo precepto prevé expresamente un mecanismo supletorio, de aplicación también a los supuestos de movilidad geográfica, suspensión de contratos, descuelgue salarial y despidos colectivos (en este último caso representa eleva a rango legal una previsión al respecto que se preveía a nivel reglamentario), que se desdobra en dos posibles alterna-

tivas., una de designación “directa” y otra de designación “sindical” .

Por un lado, los trabajadores pueden atribuir su representación, a efectos de negociar un eventual acuerdo colectivo modificativo, a trabajadores elegidos por ellos “democráticamente” (se entiende que elegidos mediante votación, sin más especificaciones formales) de entre los que componen la plantilla de la propia empresa. Por otro, pueden atribuir su representación a una comisión de miembros designados por los sindicatos más representativos y representativos con legitimación negocial en el sector que se trate. Con ello, se ha evitado aquí la alternativa, que sí aparecía en el RDL 10/2010, de consagrar exclusivamente, la segunda de las opciones de designación sindical, dotando así de un mayor flexibilidad esta materia. Además, más allá de las dificultades de aplicación práctica de la segunda opción –así, será difícil respetar el plazo que se contempla de cinco días, excepto en los supuestos de establecimiento previo de esta representación en todo el sector o también pueden plantearse conflictos entre los sindicatos respecto a la distribución de esos tres puestos–, lo cierto es que no se nos puede ocultar la trascendencia que hubiera tenido la consagración de una sola vía, la de la designación sindical, ya que hubiera representado la posibilidad de introducción de representantes sindicales en ámbitos empresariales en los que, al menos de forma directa, han estado ausentes hasta el momento. En efecto, téngase en cuenta que la norma no especifica respecto a esa segunda opción, quien han de ser “componentes”, que no tendrían por qué ser trabajadores de las empresas en cuestión.

Por tanto, este modelo dual nos parece más respetuoso con lo que puede ser la voluntad colectiva de los trabajadores en las empresas de menor dimensión, sin contar con que hace más viable en la práctica la existencia de una representación ad hoc que pueda negociar en nombre de todos los trabajadores las modificaciones sustanciales.

En todo caso, esta reforma consagra legalmente, insistimos que antes lo estaba a nivel reglamentario sólo para los despidos, la existencia de una tercera vía de representación frente a la sindical y a la unitaria. La mayor diferencia entre esta nueva modalidad y las otras dos es que aquella es temporal por definición. Firmado el acuerdo modificativo o, en todo caso, terminado el proceso de consulta, desaparece en principio esa representación, aunque cabría preguntarse si la misma puede extenderse, como parece lógico, a la aplicación e interpretación del acuerdo o, en su caso, del laudo arbitral, cuando así lo disponga el mandato de los propios trabajadores que la han elegido o ese laudo.

También nos parece oportuno que, en caso de que los trabajadores opten por la alternativa de designación sindical, el empresario pueda –no deba– atribuir su representación a organizaciones empresariales en las que estuviera “integrado” (no se entiende que se exija esta integración cuando, en el caso de los trabajadores, no se exige la afiliación), habiéndose establecido una acentua-

da flexibilidad respecto a las características de esas organizaciones – carácter sectorial o intersectorial, por ejemplo.

En definitiva, con esta suplencia de representación laboral se gana en seguridad jurídica y, por ende, en la mayor viabilidad de modificaciones sustanciales colectivas.

No obstante, nótese que la nueva norma indica expresamente que la falta de designación no interrumpe el periodo de consulta: “sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo”. Ello tiene trascendencia en el ámbito del art. 41.4, relacionado con los acuerdos, pactos y decisiones unilaterales de efectos colectivos, dado que ello significa con seguridad que esta falta de designación en tiempo y forma equivale a una situación de desacuerdo, con las posibilidades de decisión unilateral que ello representa para el empresario en este ámbito –no así en el de los convenios colectivos estatutarios-.

3.2.2. Las causas y la justificación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: la acentuación del componente preventivo

En el ámbito de las causas (“razones”) para la modificación de condiciones, y más allá denominación tradicional de las mismas como “económicas, técnicas, organizativas o de producción”, no se da aquí la ejemplificación que sí se desarrolla novedosamente en los despidos por razones empresariales, probablemente porque el legislador ha sido consciente de que, en este ámbito, ello no ha provocado mayores problemas. No obstante, es claro que la enumeración que se realiza en materia de despidos por causas, especialmente respecto a las causas organizativas, técnicas y de producción, puede servir de referencia aquí, teniendo en cuenta además que esa enumeración del art. 51.1 es abierta.

No obstante, ha sido en el ámbito de la justificación de las causas donde se ha dado un doble cambio sumamente relevante. Por una parte, las medidas modificativas, además de tender a mejorar la situación de la empresa, ahora también pueden ser utilizadas cuando con ellas se contribuya “a prevenir una evolución negativa de la empresa” o a mejorar sus “perspectivas”. Por otra, esta justificación que prevé el art. 41 ET se ha “exportado” en esencia a la justificación de los despidos por causas empresariales de los arts. 51 y 52 c) ET, omitiendo la referencia a las “perspectivas”. Dejando a un lado el enorme significado que tiene este segundo aspecto y que no nos toca analizar en este momento, respecto al primero de los cambios introducidos, hay que subrayar que la incorporación de los términos comentados representa una ampliación de la justificación que puede ser alegada por el empresario a efectos de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo. Si ya de por sí la redacción anterior se consideraba como flexible a efectos de posibilitar el ejercicio de las facultades empresariales modificativas, ahora se potencian éstas al contemplar expresamente que se ejerciten para prevenir o para mejorar las perspectivas

empresariales. Ello va a tener una especial consecuencia flexibilizadora en las modificaciones de los acuerdos o pactos colectivos y en las de carácter individual.

3.2.3. Materias objeto de modificación sustancial: la distribución del tiempo de trabajo

En este apartado se produce una innovación importante y positiva, que es la consideración explícita en el apartado b) del 41.1, junto al horario, de la “distribución del tiempo trabajo”. Esta inclusión en el mismo apartado que el horario no sólo los aúna en determinados efectos procedimentales, sino que además despeja toda duda sobre su no inclusión en el apartado a) relativo a la jornada de trabajo, lo cual es lógico dado que la distribución del tiempo de trabajo no afecta por definición al componente cuantitativo de la misma. Nótese que se habla de distribución en relación a “tiempo de trabajo” y no sólo de jornada, con lo cual se está incluyendo otros componentes del mismo como puede ser vacaciones, licencias y permisos etc. que con anterioridad tenían una confusa ubicación. En todo caso, y en relación específica a la distribución de la jornada, y teniendo en cuenta que las posibles alteraciones de la jornada tienen un régimen más rígido en comparación con el del horario y demás materias ahora incluidas en este apartado b) , especialmente en el ámbito de los cambios de los convenios colectivos estatutarios contemplados en el art. 41.6 ET, la asimilación al tema de horario ha de considerarse como más coherente técnicamente y positiva desde la perspectiva del fortalecimiento de la flexibilidad interna.

3.2.4. Modalidades de modificaciones sustanciales: individuales, colectivas y “colectivas estatutarias”

La distinción que se hacía en el complejo art. 41 ET pre-reforma era entre modificaciones colectivas y modificaciones individuales. Las primeras eran aquéllas que afectaban a convenios colectivos, acuerdos o pactos colectivos y decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos. Las individuales afectaban a trabajadores individuales en cuanto tales.

A lo anterior se sumaban unas modificaciones colectivas específicas, a veces denominadas plurales o “colectivas menores”, que eran las referidas a dos materias determinadas – horario y funciones – cuando afectaban a un número reducido de trabajadores, en cuyo caso, a pesar de ser colectivas por su naturaleza al regularse esas condiciones en acuerdos, pactos o decisiones unilaterales del empresario, tenían el tratamiento de las modificaciones individuales a efectos procedimentales.

La reforma no introduce cambios ni en las modificaciones individuales

ni en las colectivas “menores” en esas materias, pero sí lo hace respecto a las otras modificaciones colectivas.

Por lo pronto, y para añadir aún más confusión a este complejo precepto, la reforma limita la denominación explícita de modificaciones colectivas a las contenidas en acuerdos o pactos o decisiones unilaterales. Las modificaciones de las condiciones de los convenios colectivos, evidentemente colectivas por definición y naturaleza, no van a ser denominadas como tales, desarrollando ahora un tratamiento específico al respecto – apartado 6 del nuevo art. 41 ET –. A efectos de un intento de mayor claridad expositiva vamos a denominar a estas condiciones como colectivas estatutarias, en tanto se recogen en convenio colectivo del Título III ET.

Hay que tener en cuenta que con la normativa anterior, a pesar de que la modificación de las condiciones de los convenios colectivos estatutarios tenía formalmente carácter colectivo, su tratamiento era ya diferenciado respecto a la modificación de los acuerdos o pactos o decisiones unilaterales. Ahora esta distinción se ha querido hacer más explícita, tanto con esa diferenciación nominal o formal como, sobre todo, con la dedicación de apartados diferenciados y tratamientos procedimentales distintos.

3.2.5. La nueva regulación de las modificaciones colectivas (no “estatutarias”)

En este ámbito se introducen algunas innovaciones ya comentadas en materia de movilidad geográfica respecto a la ausencia de representantes legales, el periodo máximo de consulta y la posibilidad de sustituir ese periodo de consulta, en cualquier momento, por procesos de mediación y arbitraje.

Es conveniente recordar que, a efectos prácticos, tiene trascendencia la limitación del periodo de consulta a quince días. Evidentemente no puede ser que un acuerdo alcanzado más allá de ese plazo sea inválido (la omisión del término “improrrogable” con el que se calificaba ese plazo en el RDL 10/2010 facilita esa interpretación). Pero tiene dos consecuencias muy importantes, como son las de eliminar a partir de ese momento la obligación de negociar para ambas partes y, ya lo hemos señalado, permitir al empresario la adopción de su decisión unilateral sin más dilación.

Respecto a la mediación y arbitraje, nótese que respecto al proceso de consulta sobre estas modificaciones colectivas no se imponen obligatoriamente, al menos por esta norma, con independencia de lo que pueda establecerse por la negociación colectiva. Ello va a diferenciar esta previsión de la que después se va a realizar respecto a la modificación de los convenios colectivos estatutarios cuando el proceso acaba en desacuerdo.

En todo caso, ya lo hemos señalado también, el término “sustitución” aplicado a la mediación respecto al proceso de consulta es desafortunado ya que normalmente aquel medio extrajudicial implica la continuidad de la ne-

gociación, ahora con la ayuda activa del mediador. En la práctica incluso no desaparece durante el proceso arbitral.

Más allá de estas novedades, en lo que se refiere a la esencia del tema, esto es, a qué solución se da a los supuestos en los que tras el periodo de consulta no se haya alcanzado un acuerdo y no se haya utilizado el arbitraje, no se ha producido cambio, ya que la solución continúa siendo la decisión unilateral por el empresario con un posterior control judicial.

Así, pues, la modificación de condiciones contenidas en acuerdos o pactos colectivos o en decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos sigue gozando de una importante flexibilidad, ahora acentuada con el establecimiento de un plazo máximo de consulta.

A lo anterior se ha querido sumar, con acierto, una mayor seguridad jurídica, en tanto que se ha establecido una fuerte presunción de legalidad en caso de haberse llegado a un acuerdo, ya que en este caso “se presumirá que concurren las causas justificativas “. Esto último ha de entenderse en el doble sentido de que se dan las causas en sí y de que las mismas justifican la modificación. Por tanto, los demandantes colectivos e individuales tendrán que aportar más que indicios de ilegalidad en estos supuestos. Mediante esta presunción se ha querido primar la negociación y el acuerdo, limitando las posibilidades más claras de impugnación judicial a casos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Por cierto, un tema que surge a raíz de la redacción del art. 41.5 se relaciona con la notificación a los trabajadores respecto a los posibles cambios sustanciales acordados. En efecto, dicho precepto nos indica que “una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo”. Dicha omisión también se produce en el apartado 6 respecto a las condiciones colectivas estatutarias –y, por ende, en el art. 82.3 respecto al descuelgue salarial –.

Evidentemente, esta omisión puede llevar a dos alternativas. Una considerar que la ausencia de referencia explícita a la notificación individual con el preaviso de treinta días es voluntaria y que, consiguientemente se ha querido obviar cuando se da un acuerdo colectivo de modificación – una decisión arbitral al respecto-. Otra que se trata de una omisión involuntaria que hay que suplir con una interpretación integradora y considerar que la notificación individual es exigible en todo caso, tal como lo preveía el derogado art. 41 ET (apartado 4). Teniendo en cuenta que los acuerdos y pactos no se publican en los diarios oficiales – en principio – y que las alteraciones ante tempus de los convenios colectivos en base al art. 41 ET difieren de las previsibles renovaciones regulares de los convenios a su término de vigencia, que son en todo caso objeto de publicación, parece ser que la notificación individual en los casos de estos cambios no previstos de condiciones colectivas en base

al art. 41 ET debe ser considerada como aconsejable en base a la seguridad jurídica. No obstante, lo cierto es que su omisión podría llevar a considerar que también son válidos otros medios de comunicación de los cambios que se van a realizar, incluso no individualizados, tales como la comunicación general mediante los tabloneros de anuncio –físicos o digitales– o el envío individual de los propios acuerdos modificativos. Sin embargo, como decimos, ello podría originar problemas de seguridad jurídica en lo que se refiere especialmente a los plazos tanto respecto a la opción de rescisión del contrato como de impugnación judicial a los que se refiere el art. 41.3 y, a nivel procesal, el art. 138.1 del TRLPL. El hecho de que este último precepto no se haya reformado y que el plazo de impugnación de 20 días cuente desde la “notificación individual” referido a todo tipo de modificaciones sustanciales nos inclina a pensar que esta notificación puede considerarse aún en vigor. Además, téngase en cuenta que la obligación de notificación individual también está vigente en los casos de acuerdos en el ámbito de los traslados previstos en el art. 40.2 ET.

Por último, y reforzando las facultades empresariales en este ámbito, nótese que, a diferencia de lo que veremos respecto a las modificaciones de los convenios colectivos y del descuelgue salarial, no se establece una duración máxima respecto a la vigencia de la modificación efectuada, ni tan siquiera en el supuesto de decisión unilateral por parte del empresario. Por lo que hay que entender que, excepto indicación en contrario, la modificación, sea por acuerdo, sea por decisión unilateral, más que un supuesto de inaplicación temporal, es una simple derogación del acuerdo, pacto o decisión unilateral de efectos colectivos.

3.2.6. La (difícil) modificación de las condiciones reguladas en convenios colectivos estatutarios (“condiciones colectivas estatutarias”)

La adaptabilidad de la empresa mediante la capacidad para alterar, aunque sea temporalmente, las condiciones pactadas en los convenios colectivos estatutarios – las que hemos denominado como “condiciones colectivas estatutarias” es éste el centro fundamental del problema modelación de las condiciones de trabajo a nuevas circunstancias internas y externas en las empresas y donde se ha notado plenamente la “tensión” del legislador a la hora de profundizar o no, de forma real, en la flexibilidad interna.

Hay que tener en cuenta que para casi la totalidad de los trabajadores asalariados la mayoría de sus condiciones de trabajo se contemplan en los convenios colectivos del Título III del ET, por lo que cuando hablamos de jornada, horarios, clasificación profesional, estructura salarial etc. es esta la fuente esencial de regulación. Por tanto, cuando se habla de la posibilidad, o necesidad, de adaptar las condiciones de trabajo a nuevas circunstancias de la empresa, es en este ámbito donde se halla el núcleo del tema y, debemos

añadir, del problema de las posibles insuficiencias en la reforma a efectos de cambiar tendencias de fondo en nuestro mercado de trabajo para disminuir la adaptabilidad mediante contratación temporal o despidos.

Hay que recordar que en la normativa anterior al RDL 10/2010, por lo que se refiere a las condiciones de los convenios colectivos supraempresariales, no era posible alterar su regulación en materia de jornada o de movilidad funcional ni tan siquiera con acuerdo a nivel de empresa con los representantes de los trabajadores. Y por lo que se refería al resto de las materias enumeradas en el apartado 1 del art. 41 (horario, turnos...), ello sólo era posible mediante acuerdo. La alteración del convenio colectivo de empresa antes del término de su vigencia sólo era posible, respecto a todas las materias, si se llegaba a un acuerdo.

Caso de que este acuerdo no fuera posible, la propuesta empresarial de adaptación no podía ser aplicada. Y aquí es donde podemos encontrar la clave del “escaso desarrollo” de los mecanismos de flexibilidad interna que el legislador reconoce que se ha producido en nuestro sistema laboral, sobre todo en la actual crisis. Respecto a la reforma y a la nueva Ley, este aspecto concreto pero vital de la flexibilidad interna en relación a la modificabilidad de los convenios colectivos estatutarios a nivel de empresa era la “prueba de fuego” de si se iba a producir un salto cualitativo en el marco regulador laboral para favorecer la capacidad de adaptabilidad de las empresas a nuevas circunstancias.

Sin embargo, ese salto cualitativo no se puede decir que se haya dado, al menos a corto plazo. Esa regulación que había impedido el desarrollo de la flexibilidad interna se ha mantenido esencialmente en el nuevo apartado 6 del artículo 41 ET.

Ciertamente, ha habido novedades a reseñar. Así, desligándolo del tratamiento que hemos señalado de la jornada, ahora sí es posible el descuelgue por acuerdo de empresa de la regulación supraempresarial en materia de movilidad funcional, que se ha asimilado al resto de las materias en este sentido. Es esta una asimilación que ha de considerarse como positiva, en tanto que si bien en materia de jornada, al igual que en materia de descuelgue salarial, puede considerarse la necesidad de un tratamiento específico por la relevancia inmediata de estas condiciones laborales para la prestación del trabajador, no era comprensible que la misma se extendiera a la movilidad funcional, especialmente por su conexión directa con el “sistema de trabajo” al que se refiere el apartado e) del propio art. 41. 1 ET.

A lo anterior se une que se ha establecido una duración máxima de la modificación, en tanto que la misma no puede exceder la vigencia del convenio colectivo –seguramente incluye ultractividad y prórroga, lo cual no sería el caso si se hubiera añadido, por ejemplo, el calificativo de “inicial”–. Debe insistirse que esta previsión de duración máxima, que también se da incluso

cualificada en el descuelgue salarial, no se predica de las modificaciones de los acuerdos y pactos.

Por lo que se refiere al procedimiento de consulta, también son de aplicación las novedades que hemos analizado en la modificación colectiva de acuerdos y pactos, como la previsión en caso de ausencia legal de representantes legales, o la presunción de existencia de causas justificativas en caso de alcanzarse un acuerdo, por lo que reiteramos nuestra valoración positiva en ambos casos. También hemos de remitirnos a lo anteriormente dicho en relación a la ausencia de indicación expresa respecto a la notificación individual a los trabajadores afectados por el cambio.

Pero la cuestión crucial era, y es, qué alternativa debería plantearse en el supuesto de falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores.

Tres opciones parecían posibles. La primera, dejar la situación como hasta ahora, esto es, no hacer posible la modificación ante la ausencia de acuerdo y, con ello, continuar con el “escaso” desarrollo de la flexibilidad interna a la que se refiere el Preámbulo de la ley. La segunda, asumir la solución recogida en el art. 40 ET, también de aplicación a las modificaciones de acuerdos y pactos y decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, esto es, posibilitar la decisión unilateral del empresario con posterior control judicial. La tercera, el establecimiento de una regulación más incisiva de los medios extrajudiciales. En determinadas versiones anteriores al RDL 10/2010 se preveía el establecimiento de un arbitraje obligatorio, en el sentido de que cualquiera de las partes podía obligar a la otra a desembocar en esta solución. La solución adoptada por la norma, aunque no lo parezca en una primera lectura, mantiene gran similitud con esta última opción.

En efecto, ahora la norma estatal ordena a la negociación colectiva prever medios para resolver estas situaciones de desacuerdo de “manera efectiva”, incluyendo el deber, no la facultad, de prever obligatoriamente el arbitraje como solución final. Esto es, ahora la norma estatal impone a los acuerdos del art. 83.2 ET a nivel estatal o autonómico que prevean estos medios y, en especial, el arbitraje, estableciendo además que tal regulación tendrá aplicación “general y directa”, lo que ha de interpretarse en el sentido de dotar a esa regulación “ex lege” de eficacia normativa general y no sólo obligacional respecto a los convenios colectivos bajo su ámbito funcional de aplicación.

Aunque sin tanta concreción, y en la misma línea, en el contenido obligatorio o mínimo de los convenios colectivos (art. 85. 3 c) ET) se ha introducido un nuevo apartado específico en el que se contempla la necesidad de que los convenios contengan “procedimientos para solventar de manera efectiva” las discrepancias en este ámbito del art. 41. 6.

Con otros términos, el legislador quiere imponer a la negociación colecti-

va estatutaria que sus eventuales modificaciones a nivel de empresa se resuelvan, en caso de discrepancias, mediante la vía del arbitraje. Para ello mandata a los acuerdos interprofesionales a contemplar esta vía de solución para que, a su vez, mediante la eficacia normativa de estos acuerdos, aquélla sea la solución que se integre obligatoriamente en los convenios colectivos y de ahí se aplique a este tipo de conflictos.

Pero hay que subrayar que lo obligatorio es que la negociación colectiva contemple institucionalmente la solución del arbitraje como solución final. Otra cosa es determinar, respecto al empresario que ha iniciado un proceso de consultas para alterar lo regulado en un convenio colectivo estatutario, el nivel de obligatoriedad para seguir el proceso arbitral. Lo que tiene más sentido es que, terminado el proceso de consulta sin acuerdo, el empresario pueda optar entre retirar la propuesta de modificación o iniciar el procedimiento de arbitraje. No parece que la obligatoriedad del proceso pueda llevar a que, iniciado el proceso de consulta y terminado sin acuerdo, el empresario deba forzosamente someterse ya al proceso arbitral. Sin embargo, sí resulta más acorde con la pretensión del legislador que, iniciado el proceso arbitral por el empresario, la representación laboral haya de someterse a dicho proceso. Ésa parece la única solución factible, dado que no parece lógico que, iniciado por el empresario el proceso de modificación, se le pueda imponer a éste que, en caso de desacuerdo, se termine forzosamente este proceso en la decisión arbitral, entre otras razones porque bastaría con que, terminado el proceso sin acuerdo, renunciara aquél a las modificaciones pretendidas. Y tampoco parece lógico que la parte laboral, en una hipótesis poco plausible en la práctica, obligue al empresario a someterse forzosamente al proceso arbitral.

Por tanto, la obligatoriedad que se predica en el nuevo art. 41 ET, al igual que en el nuevo art. 82.3 ET, lo es respecto a la necesidad de que los acuerdos interprofesionales contemplen la vía arbitral como solución potestativa para el empresario en caso de propuestas modificativas de convenios colectivos “ante tempus” que no alcancen a ser acordadas con la parte laboral, vía que a su vez ha de ser impuesta por los acuerdos interprofesionales a los convenios colectivos. Pero esta obligatoriedad no se predica respecto a la aplicación del proceso caso de que el empresario no opte por esta vía. Y ciertamente no se refiere al carácter vinculante de la decisión arbitral, la cual es inherente a esta institución y lo que la diferencia de la conciliación o la mediación.

Al respecto, creemos que aquí debería ser de total aplicación lo que se indica en el art. 51 ET respecto a la decisión de la autoridad laboral en caso de desacuerdo, esto es, que la resolución, en este caso la arbitral, “sea motivada y congruente con la solicitud empresarial”. Por tanto, la parte laboral no debería poder añadir o eliminar puntos en la propuesta empresarial para someterse al arbitraje – si expresar, por supuesto, sus opiniones sobre las pretensiones

empresariales –. Una vez realizada esta sumisión por la parte empresarial de iniciar el proceso arbitral, a la que ha de sumarse la parte laboral en el sentido de presentar las alegaciones que pueda solicitarle el árbitro, se aplica lo indicado en el art. 91 ET respecto a los motivos tasados de impugnación de la decisión arbitral.

Dos cuestiones importantes, entre otras, suscita esta regulación. Por un lado, cabría plantearse si esta obligatoriedad institucional de contemplar el arbitraje obligatorio se debería traducir en que no sea posible que por negociación colectiva se contemple otra vía de solución como alternativa a la arbitral en caso de desacuerdo, como puede ser la decisión unilateral del empresario con control judicial. Al respecto, nótese que el llamamiento explícito a la negociación colectiva para poder establecer un procedimiento alternativo al art. 41 ET, posibilidad admitida por el Tribunal Supremo, se realiza en el apartado 4 respecto a acuerdos o pactos colectivos, no explícitamente en el apartado 6. No obstante, también podría interpretarse que cuando el art. 41.1, en su primer párrafo se remite al apartado 4, también lo hace a la posibilidad de esos procedimientos alternativos. De la misma manera, la referencia en este último apartado 6 de que la modificación se puede hacer por “acuerdo” de conformidad con lo indicado en el apartado 4 debe entenderse en el sentido de que pueda haber un acuerdo en convenio colectivo para que se aplique, con las condiciones que puedan establecerse, la decisión modificativa del empresario caso de darse determinadas causas y condiciones, sin perjuicio del control judicial posterior. Desde luego esto último será más coherente con la promoción de la autonomía colectiva que el art. 41.6 ET se muestra tan celoso en preservar y con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por otro lado, hay que subrayar que la aplicabilidad de la solución que prevé el legislador en este tema tan trascendental para la flexibilidad interna depende de que exista efectivamente un acuerdo interprofesional estatal o autonómico a los que se refiere el art. 83 ET. Téngase en cuenta que el legislador no han mandatado a las partes –sería difícil– para que lleguen a un acuerdo al respecto en un plazo determinado. Con lo cual, tenemos aquí dos incertidumbres. Una, que efectivamente se inicien y desarrollen negociaciones para llegar a un acuerdo sobre esta materia. Dos que, iniciándose y desarrollándose estas negociaciones, se llegue efectivamente a un acuerdo. Téngase en cuenta que la norma no impone una obligación de iniciar estas negociaciones sobre ambas partes. Sólo se aplicaría la obligación de negociar de buena fe prevista en el art. 89.1 ET en caso de que una de las partes le pidiera a la otra negociar al respecto. Pero sobre ninguna de las partes pesa una obligación de contratar, con lo que la regulación de este tema clave para la flexibilidad interna quedaría sin concretar. Claro es que nada impediría que por convenio colectivo estatutario “regular”, y no por acuerdo interprofesional, se estableciera para un

determinado sector y empresa esta posible vía de solución de los desacuerdos -de ahí la redacción señalada del art. 85. 3 c)- , pero ello tendría un alcance limitado respecto a las pretensiones de solución general que animan al art. 41 ET .6 en este punto.

En todo caso, y después insistiremos en ello, no compartimos la trascendental opción legislativa por la imposición institucional del arbitraje como eventual solución a las situaciones de desacuerdo en la modificación de condiciones contempladas en convenios colectivos estatutarios, que condiciona incluso la valoración que pueda hacerse de la reforma en materia de flexibilidad interna.

3.3. La nueva regulación del descuelgue salarial: la opción por la descentralización

El art. 82.3 ET prevé un régimen específico para lo que se denomina el descuelgue salarial, entendiendo por tal la inaplicación temporal del “régimen salarial” previsto en un convenio colectivo supraempresarial respecto a una determinada empresa. Estamos ante una regulación específica para una determinada materia (la salarial) de un instrumento de adaptación (la inaplicación convencional) que también se prevé, como acabamos de ver, en el art. 41 ET.

La razón de ser de esta regulación especial radica esencialmente en el hecho de que la salarial es una materia especialmente sensible en lo que se refiere a su posible inaplicación, en tanto que puede situar de forma directa y clara a unas empresas bajo el mismo convenio en situación de desventaja respecto a las empresas “descolgadas”. El art. 41 ET, con la excepción precisamente de la jornada que goza de un régimen especial, se ocupa de temas más directamente relacionados con la organización y funcionamiento de la prestación de servicios en la empresa, materias en las que no sólo es negativo sino conveniente que haya competencia entre las empresas en busca de la mayor eficiencia.

De hecho, la cautela del legislador en esta materia con anterioridad al RDL 10/2010 podía verse en unas condiciones muy estrictas para semejante inaplicación, a lo que le ha acompañado una regulación aún más restrictiva en la negociación colectiva, que ha establecido condiciones adicionales, especialmente respecto a la extensión y duración de las pérdidas económicas para poder acogerse al descuelgue.

El resultado de esta cautela legislativa, corregida y aumentada convencionalmente, ha sido que este tipo de cláusulas ha tenido una utilización sumamente escasa y, desde luego, no ha servido para el objetivo de adaptación salarial de empresas afectadas por la actual crisis, que han encontrado más accesible el recurso directo al despido.

Es por ello por lo que el legislador ahora intenta encontrar un nuevo equili-

brio que facilite más el descuelgue salarial, pero sin por ello perjudicar indebidamente las relaciones de competencia entre las empresas en base a este factor.

A tal fin, la opción fundamental ha sido cambiar el eje de gravedad regulatorio respecto al nivel negocial, de forma que mientras en la regulación anterior era el convenio colectivo supraempresarial el que tenía el control del proceso de inaplicación, ahora dicho control se desarrolla a nivel de empresa. En la nueva normativa, es por acuerdo de empresa cómo puede desarrollarse esa inaplicación, sin que se atribuya específicamente al convenio colectivo supraempresarial una regulación al respecto, menos aún de carácter diferente u opuesto a lo establecido en el nuevo art. 82.3 ET.

Tanto es así que, además de lo anterior, es el art. 82.3 el que establece ahora directamente los aspectos esenciales del descuelgue salarial, aspectos que antes eran remitidos a los convenios supraempresariales.

Así, por señalar lo más notorio al respecto, el legislador concreta un contenido (mínimo se entiende) del denominado “acuerdo de inaplicación”, de forma que éste habrá de determinar “con exactitud” la alternativa retributiva, a la que ha de acompañar “una programación de la progresiva convergencia” para recuperar los niveles salariales del convenio una vez que hayan desaparecido las causas de inaplicación.

A lo anterior ha de sumarse la acotación temporal de la inaplicación, que no podrá superar la vigencia del convenio colectivo inaplicado y, en todo caso, los tres años de duración máxima. Esta acotación ulterior respecto a los tres años, como vimos, no se encuentra en las modificaciones de convenios del art. 41.6 ET, lo que refuerza esta idea de cautela que el legislador mantiene en relación a esta condición específica salarial.

Por lo demás, en materia de periodo de consulta se remite a lo indicado respecto a la modificación de acuerdos y pactos (elección de representantes en ausencia de representación legal, presunción de que se dan las causas justificativas en caso de acuerdo) y, sobre todo, la misma alternativa en caso de desacuerdo respecto a modificaciones de convenios colectivos estatutarios, esto es, la remisión a medios extrajudiciales efectivos, y especialmente al arbitraje, como única vía de resolución ante esa situación de desacuerdo. Nuestra valoración realizada respecto al art. 41.6 ET sobre la regulación de la modificación de los convenios colectivos estatutarios es aplicable aquí.

No obstante, repárese que en relación a la causa del descuelgue se da un régimen distinto al de las causas del art. 41 ET. En efecto, aquí no se mencionan expresamente, como tales, ni las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ni la justificación que hemos visto en ese precepto.

Ahora se indica como causa justificativa que “la situación y perspectivas económicas (de la empresa) pudieran verse dañadas” como consecuencia de la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio supraempresarial y

que ello, además, “afectara a las posibilidades de mantenimiento del empleo”.

No cabe duda de que existe una mayor exigencia para el descuelgue salarial que para las modificaciones previstas en el art. 41 ET, incluidas las del convenio colectivo. Desde luego, en el art. 41 no se exige la mencionada necesidad de que, de aplicarse el régimen salarial supraempresarial, se afecte al mantenimiento del empleo en la empresa. Y, evidentemente, hay una diferencia adicional, dado que en el descuelgue se requiere posibilidad de “daño” a la situación o perspectivas económicas de la empresa, mientras que en el 41 sólo se pide que contribuya a la mejora de tal situación económica o incluso de sus perspectivas.

Parece que en caso de descuelgue salarial la causa ha de ser, al menos esencialmente, de carácter económico. De hecho, se asemeja este enunciado de la justificación al indicado en el art. 51.1 ET, que habla de “capacidad para mantener el volumen de empleo”.

Por tanto, se confirma la mayor cautela del legislador en la posible aplicación del descuelgue, esta vez desde la perspectiva estrictamente causal y justificativa.

Esta mayor cautela también debería haber posibilitado, junto con la duración máxima reforzada y el control judicial, la alternativa de la decisión unilateral del empresario en caso de desacuerdo que hemos predicado como preferible en el art. 41. ET.

Una última cuestión a aclarar, dentro de lo que permite la compleja regulación del legislador al respecto, es la que se refiere a la delimitación entre los arts. 41 y 82.3 ET.

Por lo pronto, el art. 82.3 ET sólo se refiere al descuelgue salarial en relación a convenios colectivos estatutarios supraempresariales, y, por tanto, no se aplica a posibles descuelgues a nivel de empresa de acuerdos y pactos colectivos supraempresariales. Al respecto se aplicará lo dispuesto en el art. 41.4 y 5 ET.

Además, por razón de la materia, el art. 41 ET habla de “sistema de remuneración”, mientras que el 82.3 lo hace de “régimen salarial”. Normalmente se ha asumido que el descuelgue salarial se refería en especial al elemento cuantitativo, esto es, la cuantía salarial fijada convencionalmente, mientras que el art. 41 estaba, y está, más relacionado con la estructura salarial.

No obstante, lo cierto es que el término “régimen” aplicado a salario puede considerarse que afecta también a elementos relacionados con la estructura, como puede ser la inaplicación de un determinado complemento.

Al mismo tiempo, y aunque es claro que el término “sistema de remuneración” puede considerarse que afecta directamente a la estructura, es evidente que en su alteración también puede afectar a la cuantía salarial, eso sin contar que al ser el listado del art. 41.1 abierto, puede interpretarse – ya sabemos que

ello no es pacífico en la doctrina – como incluyendo la dimensión cuantitativa del salario en lo no afectado por la regulación específica del art. 82.3 ET.

De esta forma, podemos concluir que la exclusión del 41 ET a favor del art. 82.3 ET viene dada, pues, más que por una diferenciación de naturaleza o lógica jurídicas, por el deseo de dar un tratamiento específico y matizadamente diferenciado a la alteración pretendida por una empresa de una condición especial, el “régimen salarial”, cuando ésta se encuentra fijada en convenio colectivo supraempresarial, alteración para la cual se realiza una mayor exigencia respecto al art. 41, y ello tanto en relación a la causa como sobre el contenido y duración del acuerdo del descuelgue.

Veremos ahora que este tratamiento especial de una determinada condición tan esencial a efectos modificativos como la salarial contemplada en convenio colectivo supraempresarial también puede predicarse de la otra condición básica en el contrato de trabajo, que es la jornada, ahora en relación a la nueva regulación del art. 47 ET.

3.4. El nuevo régimen de la suspensión contractual colectiva y la reducción (temporal) de jornada: su potenciación frente a la alternativa extintiva

En el ámbito de la suspensión de los contratos de trabajo por causas empresariales se han introducido novedades o consolidado alternativas -previstas ya en el RDL 2/2009, de 6 de marzo y en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre– que hemos de juzgar, en términos generales como positivas.

Ciertamente, debemos cualificar la anterior apreciación positiva en tanto que, al igual que en el caso del art. 51 ET, se ha seguido manteniendo la necesidad de autorización laboral, pero ésta es una cuestión que, sorprendentemente, no ha entrado ni tan siquiera dentro del debate parlamentario de la reforma laboral, aunque sí ciertamente se ha planteado por la parte empresarial en el diálogo social.

También es de difícil justificación que se haya continuado y ahora explicitado la extensión indiscriminada del procedimiento suspensivo del art. 47, con independencia de número de trabajadores afectados, traduciéndose ello en la no diferenciación de un régimen distinto, similar al del art. 52 c) respecto al 51, cuando afecta un número menor de trabajadores. No parece que puedan alegarse razones de control de prestaciones públicas a la vista de que respecto a una medida más drástica, e incluso de mayor impacto en prestaciones públicas (desempleo), como es la del despido colectivo, sí se abre una vía diferencial según el número de trabajadores afectados, excluyendo vía 52 c) del procedimiento administrativo y de la consiguiente consulta y autorización del art. 51, a las reducciones que afecten a colectivos “menores” y a trabajadores individua-

les. Además, aquel posible inconveniente de fiscalización pública, caso de que lo hubiera, se podría haber paliado mediante la imposición de una obligación de notificación de las suspensiones colectivas menores o individuales a las autoridades y organismos adecuados. No compartimos, pues, esta “universalización” subjetiva del art. 47 ET.

Han de considerarse como positivas, sin embargo, medidas tales como la de la regulación expresa en la normativa laboral de la reducción temporal de la jornada como supuesto técnicamente diferente al de la suspensión, que antes se contemplaba exclusivamente en la normativa de Seguridad Social, con una problemática específica respecto a sus repercusiones en la prestación por desempleo.

De igual modo, han de considerarse como positivas las medidas referentes a la consolidación de bonificaciones y su extensión en caso de practicarse en el ámbito de las políticas activas de formación durante la situación de no actividad total o parcial (aunque sin duda aquí va a ser necesaria una mayor intervención pública en el diseño general de tales políticas), la obligación de los trabajadores afectados de someterse a tales políticas activas, la extensión de los plazos para poder acogerse a los beneficios del derecho de reposición de la prestación de desempleo, como vía de favorecer el acuerdo, así como la reducción del plazo del denominado “compromiso de mantenimiento del empleo” de 12 a 6 meses para mantener el derecho a las bonificaciones, que se nos antojaba a todas luces excesivo en una situación de cambios constantes de las circunstancias empresariales y, consiguientemente, desincentivador de este medida de flexibilidad interna.

El art. 47 ET, en la redacción actual, y en la anterior, plantea un tema relacionado con la causalidad y justificación de la medida suspensiva o reductora, que ahora cobra una nueva importancia en base a la reforma del art. 51 ET al respecto. En efecto, aquel precepto hace una remisión parcial al art. 51, al indicar que “el contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51...”. El término “procedimiento” tiene un sentido estricto (se habla, por ejemplo, de “procedimiento de mediación o arbitraje”). La duda de si también se está remitiendo al 51 ET en materia de causas y justificación se refuerza además por lo indicado en el apartado 1 c), en tanto que hace depender la autorización de que tal medida temporal sea “necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa”.

Seguramente hay que entender que las causas y la justificación a las que hace referencia el art. 51 son también aplicables en el art. 47 ET, pero de una forma cualificada, en el sentido de ser menos exigente, dado que parece que ha de pretenderse la “superación de una situación”, superación a través de la

suspensión que no ha de tener los niveles de justificación requeridos en el art. 51 ET.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INSUFICIENCIA DE LOS AVANCES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

Una vez que hemos analizado los elementos esenciales de los componentes regulatorios de la flexibilidad interna, debemos hacer, a modo de conclusión, una valoración general al respecto.

Y más concretamente, debemos preguntarnos si el “escaso desarrollo” de esta flexibilidad que ha sido constatado por el propio legislador en el Preámbulo de la Ley puede corregirse al haberse efectivamente potenciado en la nueva normativa instrumentos de flexibilidad interna, como era uno de los objetivos esenciales declarados en el Preámbulo de la reforma, junto al fomento del empleo estable.

Desde luego, ya lo hemos visto, hemos mostrado nuestro acuerdo y valoración positiva con múltiples aspectos de la reforma en este ámbito: la previsión de una representación “ad hoc” en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores para consultar las modificaciones; la introducción del elemento preventivo en la justificación de las causas empresariales para modificaciones sustanciales; el establecimiento de un plazo máximo para el periodo de consulta; la presunción de existencia de causas justificativas en los casos de acuerdo modificativo con la representación de los trabajadores; el mantenimiento e incluso la mayor facilidad para la alteración unilateral de acuerdos o pactos y decisiones unilaterales de efectos colectivos por el empresario en caso de desacuerdo; un mayor papel del nivel empresarial en el descuelgue salarial, junto a una suavización de las causas para el mismos; la potenciación de los medios extrajudiciales como vía de solución de las discrepancias en los procesos de negociación para las modificaciones colectivas; la potenciación y clarificación de las suspensiones colectivas y las reducciones de jornadas como vías adaptativas antes de acudir a soluciones extintivas... Todos estos elementos, y más que hemos ido señalando, reiteramos, merecen una valoración positiva.

Sin embargo, creemos que su trascendencia y número no nos puede llevar a una valoración global positiva de la reforma en este punto.

No creemos que con la regulación actual se haya producido un salto cualitativo para que, en efecto, se produzca una mayor aplicación de la flexibilidad interna como vía generalizada de mantenimiento de empleo, de fomento de empleo estable y, al mismo tiempo, de mejora de la empresa y de su competitividad.

Por el número e importancia de las materias tratadas y los trabajadores

afectados, el verdadero” test” de la eficacia y profundidad de la reforma en este punto estaba, y está, en lo referente a los convenios colectivos del Título III del ET y, más concretamente, en las posibilidades de adaptación de las condiciones previstas en convenios colectivos empresariales a las circunstancias concretas de la empresa. Más específicamente aún, en las posibilidades de dicha adaptación en caso de que no haya acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores.

En este punto el legislador ha escogido la “imposición” -en los términos examinados- del arbitraje a la negociación colectiva como la única vía que le queda al empresario que quiera efectuar una adaptación en caso de desacuerdo con la representación laboral, imposición que no creemos positiva, ni a efectos conceptuales o dogmáticos, ni a efectos prácticos. Y ello no por considerar inadecuada una potenciación, que no imposición, del arbitraje a estos efectos, sino sobre todo por las razones que podrían fundamentar la negación de la decisión unilateral del empresario con posterior control judicial como la solución más óptima, razones que (suponemos) están ligadas esencialmente a una interpretación excesivamente extensiva del significado de la “fuerza vinculante” de los convenios colectivos a la que se refiere el art. 37 CE.

Desde la perspectiva práctica, por más que se potencien, y debe hacerse, los medios extrajudiciales a estas situaciones, si consideramos la frecuencia con la que pueden y deben plantearse las controversias respecto a la modificación de condiciones de trabajo en un tejido empresarial vivo y en (deseable) evolución permanente, no parece realista que se pueda atender toda la potencial demanda que puede surgir en caso de recurrirse a la flexibilidad interna, y no a la contratación temporal y al despido, como verdaderas vías de adaptación. Incluso en la alternativa de decisiones unilaterales controladas judicialmente, además de contarse con una mayor consolidación ya desde ahora de los órganos y procedimientos de la jurisdicción laboral, a diferencia de los mínimos elementos personales y de infraestructura del arbitraje, aquella jurisdicción no tendría que intervenir en todos los casos, sólo en los impugnados o en los no solucionados mediante medios extrajudiciales voluntarios, a diferencia de la solución arbitral, que ha de entender de toda pretensión modificativa que se quiera ejecutar por la empresa cuando no hay acuerdo.

Debemos insistir que, teniendo en cuenta los medios personales y materiales con los que actualmente cuentan los órganos de solución extrajudicial de conflictos a nivel estatal y autonómico (que han hecho, por otra parte, dentro de sus límites, una gran labor en las últimas tres décadas) y que, además, han sido muy excepcionalmente empleados en conflictos relacionados con los arts. 41 y 82.3 ET, no parece posible que en los próximos años – ni tan siquiera meses – estos órganos estén en disposición de responder a la demanda que debería originarse por los necesarios y convenientes procesos adaptativos.

Lo anterior debe particularmente predicarse de la escasez de experiencia y de profesionales que puedan aplicar el arbitraje previsto por aquellos preceptos.

Si algo demuestra la experiencia en medios extrajudiciales es que se necesita un plazo considerable para su implantación, para crear una “cultura arbitral”, como lo pone de manifiesto el reducido número de arbitrajes en los últimos treinta años en los conflictos colectivos más tradicionales, los de aplicación e interpretación de convenios, que aún son más escasos en el caso de los causados por los arts. 41 y 82.3 ET. Por consiguiente, cuando se establece la posibilidad de que sea el arbitraje la vía recurrente de solución de conflictos de adaptación en materias contempladas por convenios colectivos en caso de desacuerdo, parece que se está regulando, en el mejor de los supuestos, con una perspectiva temporal de (bastantes) años, lo que no parece la mejor alternativa para impulsar la flexibilidad interna en el corto plazo, como es requerido incluso por el propio Preámbulo de la Ley.

Y hemos señalado, además, que esta alternativa arbitral se hace depender básicamente de la existencia de acuerdos interprofesionales a nivel estatal o autonómico, con lo que a la dificultad de aquella implantación se une otra derivada de la incertidumbre sobre la misma existencia de su fuente de regulación.

Desde una perspectiva más conceptual, esa fortísima inducción al arbitraje para que la empresa pueda realizar tal adaptación de condiciones, que lo convierte de hecho en un medio cuasi-obligatorio, al menos desde la perspectiva finalista, entra en clara confrontación con la total excepcionalidad del arbitraje obligatorio en nuestro Ordenamiento, como puede contemplarse claramente en el art. 10 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 – la norma que actualmente regula la huelga y los conflictos colectivos –, el cual, a efectos de imponer el arbitraje obligatorio, requiere que se trate de controversias colectivas de una gran trascendencia social y económica – “perjuicio grave de la economía nacional “ –. La otra experiencia arbitral del alcance, la del arbitraje en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores del art. 76 ET, tiene un carácter específico (impugnaciones en materia electoral) y una naturaleza jurídica diferente (lejos de las facultades empresariales de organización y dirección) que no se dan en conflictos tan centrales en la empresa como son los que afectan a las condiciones esenciales de trabajo que determina su misma organización. Y, desde luego, a nivel de convenios colectivos ha de considerarse como totalmente excepcional la imposición de un arbitraje obligatorio para la resolución de los conflictos colectivos de aplicación e interpretación, a pesar de que el art. 91 ET puede ser interpretado, aunque no hay consenso al respecto, en el sentido de posibilitar esa imposición.

Por tanto, la imposición de la vía arbitral como única salida para adaptar las condiciones de trabajo de un convenio colectivo ante una situación de desacuerdo no sólo encuentra una dificultad práctica muy seria de aplicación en

los próximos años, decisivos como reconoce el propio legislador para implantar con mínima solidez la flexibilidad interna como vía prioritaria de adaptación, sino que desde la perspectiva técnico jurídico y dogmática plantea serios interrogantes.

Supone, en todo caso, una limitación desmedida a las facultades empresariales que deberían incluir esa potestad de adaptación, aunque limitada por la causalidad necesaria e incluso cualificada respecto a otras modificaciones colectivas, por la necesidad de desarrollar una negociación de buena fe, por la incentivación de los medios extrajudiciales, incluyendo la mediación obligatoria y el arbitraje voluntario, por el acotamiento de un periodo temporal de descuelgue con vuelta al convenio y, en fin, por el control judicial.

Precisamente el desarrollo de todas estas limitaciones y cualificaciones a la alternativa de la decisión unilateral del empresario en caso de desacuerdo es lo que nos lleva a no tener dudas de la constitucionalidad de esta opción, de haberla seguido el legislador, al no violentar indebidamente la “fuerza vinculante” de los convenios colectivos a la que se refiere el art. 37.1 CE.

Hay que tener en cuenta que esta fuerza vinculante es aplicable, según nuestro Tribunal Constitucional, no sólo a los convenios estatutarios sino a otras expresiones convencionales como pueden ser determinados acuerdos y pactos colectivos, frente a los cuales ya hemos visto que el legislador reformador no tiene obstáculos en habilitar la decisión unilateral del empresario como vía posible de solución en caso de desacuerdo.

Pero es que, además, esa garantía constitucional de fuerza vinculante, al igual que el propio derecho constitucional de negociación colectiva, al igual que cualquier otro derecho constitucional en sí, no es ilimitada, sino que puede admitir condicionamientos siempre que se dé una justificación y proporcionalidad para ello.

El caso más claro, así lo hemos señalado y hemos ahora de insistir, lo tenemos en el propio art. 40 ET, que posibilita en los traslados de trabajadores la alternativa de la decisión unilateral como último recurso frente al desacuerdo, promocionando la negociación previa con control judicial de la causalidad, e incentivando, aunque no imponiendo, la solución arbitral. Y aquí estamos hablando de una clara afectación de un derecho fundamental, el de libre residencia, en el supuesto de un traslado que decide el empresario y que implica por definición, frente a otras movibilidades geográficas como el desplazamiento, el cambio de residencia.

No compartimos, por tanto, aquella posición que puede ver en la solución del desacuerdo por decisión unilateral, con todas las condiciones y limitaciones que acabamos de predicar, un ataque inconstitucional o ilegal al derecho de negociación colectiva, a no ser que se defienda una imposibilidad de limitación que no está presente incluso en derechos fundamentales directamente relacio-

nados con el ámbito laboral, como la residencia o la intimidad. Y por más que el derecho de negociación colectiva se relacione con el contenido esencial de la libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, no se trata, a diferencia de la residencia o la intimidad, un derecho fundamental. Además, su función normativa, como fuente de Derecho, tampoco sería obstáculo al respecto, en tanto que no se está cuestionando la misma. Se trata de una inaplicación circunstancial, y no derogación, del convenio colectivo y de una limitación causal temporal al derecho de negociación colectiva, con control judicial, en relación a determinadas materias y previa incentivación de la negociación y de la solución por un tercero no judicial.

Estamos, pues, ante un aspecto sumamente criticable de esta reforma laboral, y que nos hace seriamente dudar que una de sus finalidades esenciales, la potenciación de la flexibilidad interna, que sin duda conoce aspectos positivos en la misma, pueda ser realizada con la extensión que se requiere para cambiar las tendencias de fondo de nuestro mercado de trabajo respecto a la contratación temporal y al despido como vías prioritarias de adaptación de las condiciones laborales a nuevas circunstancias empresariales.