

LA FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH

*Magistrado especialista Orden Social TSJ Catalunya
Profesor Asociado de Derecho Penal URV Tarragona*

EXTRACTO

Palabras Clave: Flexibilidad interna, Reforma 2012

El presente trabajo analiza la regulación actual de la flexibilidad interna, intentando aportar una visión de conjunto y coherente ante las múltiples reformas legislativas que en esta materia han introducido la Ley 35/2010, el Real Decreto-Ley 7/2011 y, más recientemente, el Real Decreto Ley 3/2012 y la Ley 3/2012. Para ello se parte de un análisis dinámico del origen y evolución de la flexiguridad y de la flexibilidad interna en el marco de la Unión Europea, sin eludir las reflexiones críticas sobre la filosofía en que se inspira. Asimismo, desde un prisma teórico se ofrece un concepto propio y general de flexibilidad interna, relacionándolo con la flexibilidad externa, a fin de contextualizarlas en el marco de la reforma laboral. Para terminar, desde el método dogmático, se afronta el estudio de las medidas de flexibilidad funcional, temporal, espacial y sustancial, todo ello abordando cuestiones que ya han sido objeto de controversia en la práctica judicial y que suscitan interrogantes sobre la constitucionalidad de algunas de las medidas en cuestión.

ABSTRACT

Key Words: Internal flexibility, recent labour reforms

This paper analyzes the current regulation of the flexibility internal; trying to bring a joint and coherent vision faced multiple legislative reforms introduced in this matter from the law 35/2010, the Royal Decree-Law 7/2011 and, more recently, the Royal Decree-law 3/2012 and law 3/2012. To be part of a dynamic analysis of the origin and evolution of flexicurity with flexibility internal within the framework of the European Union, without the critical reflections on the philosophy on which it is based. Also, from a theoretical point of view is offered an own and general concept of internal flexibility, relating it to the external flexibility, in order to contextualize them within the framework of the labour reform. Finally, from the dogmatic method, faced the study of the flexibility measures functional, temporal, spatial, and substantial, all dealing with issues that have already been subject of dispute in judicial practice and that raised questions about the constitutionality of some of the measures in question.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA FLEXIGURIDAD Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA
 - 1.1. Origen y evolución
2. CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA
3. RELACIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD INTERNA Y FLEXIBILIDAD EXTERNA
 - 3.1. Relación entre las medidas de flexibilidad interna
 - 3.2. Relación entre las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa
4. FLEXIBILIDAD FUNCIONAL
 - 4.1. Clasificación profesional
 - 4.2. Movilidad funcional
 - 4.2.1. Clasificación de los cambios de funciones del trabajador
 - 4.2.2. La movilidad funcional temporal y extraordinaria del art. 39 ET
 - 4.2.3. Límites a la movilidad funcional del art. 39 ET
5. FLEXIBILIDAD TEMPORAL
 - 5.1. Distribución irregular de la jornada
6. FLEXIBILIDAD ESPACIAL
 - 6.1. Movilidad geográfica individual
 - 6.1.1. Las causas justificantes
 - 6.1.2. Procedimiento de la movilidad geográfica individual
 - 6.2. Movilidad geográfica colectiva
 - 6.2.1. Procedimiento de la movilidad geográfica colectiva
 - 6.2.2. Preferencias para determinados colectivos
 - 6.2.3. Traslados temporales de trabajadores
7. FLEXIBILIDAD SUSTANCIAL
 - 7.1. Cuestiones generales
 - 7.2. Modificación sustancial de condiciones de origen contractual
 - 7.2.1. Modificación sustancial individual
 - 7.2.2. Modificación sustancial colectiva
 - 7.3. Modificación sustancial de condiciones de origen convencional
 - 7.3.1. La definición de las causas
 - 7.3.2. Condiciones laborales que pueden verse afectadas
 - 7.3.3. Procedimiento de descuelgue de Convenio

1. INTRODUCCIÓN: LA FLEXIGURIDAD Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA**1.1. Origen y evolución**

El legislador de 2012 afirma que la reforma introducida primero por el RD-Ley 3/2012 de 10 de febrero y luego, con alguna novedad, por la Ley 3/2012 de 6 de julio, trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social.

La reforma se inspira claramente en el conocido modelo de la flexiguridad, concepto de cuño europeo cuyo origen se remonta a la reforma laboral holan-

desa de 1990, y que puede encontrarse ya en las líneas de política social europea de los años 90. En Holanda nace como un proceso socio-legal y político en que un conjunto de políticas ya existentes de desregulación y flexibilización, por un lado, y de protección social, por otro, empezaron a considerarse profundamente interrelacionadas.

En cuanto a la evolución del modelo en el marco comunitario, ya en 1996, en el Libro Verde Cooperación para una nueva organización del trabajo, se hablaba de encontrar el equilibrio adecuado entre la flexibilidad y la seguridad. Además, en el seno del Comité de Protección Social y el Comité de Empleo, establecidos por la Comisión Europea uno de los temas que se debate es el modo de “promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo”.

Destaca también la Decisión 2003/578/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, en cuyo apartado 3º establece que *“Los Estados miembros proporcionarán a los trabajadores y las empresas la capacidad para adaptarse a los cambios, teniendo en cuenta la necesidad de combinar flexibilidad y seguridad y destacando el papel clave de los interlocutores sociales a este respecto”*.

En esta línea, en 2006, la Comisión publicó un Libro Verde «Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» en el que se invitaba a reflexionar, entre otras cuestiones, sobre el desafío de la flexiguridad, abordando la función que podrían desempeñar el Derecho laboral y los convenios colectivos para promover una «flexiguridad» que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva¹.

Es también digno de destacar el informe dirigido por Ton Wilthagen sobre itinerarios de la flexiguridad titulado *“Turning hurdles into stepping stones”* (Convertir los obstáculos en pasarelas), de 2007. En ese mismo año destaca la Comunicación de la Comisión «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», adoptada el 27 de junio de 2007, en la que se esbozaban algunos itinerarios para lograr más y mejores puestos de trabajo, se combinaban flexibilidad y seguridad y se indicaban varios principios comunes que deben adoptar los Jefes de Estado y de Gobierno.

Para terminar con la evolución del concepto en el marco comunitario, cabe destacar la Comunicación de la Comisión sobre el Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión «Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI».

¹ COM (2006)708 de 22.11.2006.

Efectuado este breve glosario de la evolución de la flexiguridad en el ámbito comunitario, desde una perspectiva de la distribución del riesgo empresarial, la flexiguridad no significa otra cosa que la socialización del riesgo de pérdida de empleos, protegiendo a los trabajadores y no a sus trabajos, en un binomio en que el empleador goza de flexibilidad en la gestión de la fuerza de trabajo y el trabajador goza de seguridad que le proporciona el sistema público de protección por desempleo. Dentro de tal filosofía existen diversos modelos comparados² y, al parecer, el legislador español opta por el modelo danés³, un sistema basado en la flexibilización y facilitación de la extinción de contratos con una protección solvente por el sistema público frente al desempleo y una facilitación de la recolocación a través de un sistema de formación y políticas activas de empleo⁴. Este sistema pretende afrontar la globalización y la fuga de empleos hacia otros países, proporcionando al trabajador un alto grado de seguridad económica y social a través del cambio de paradigma que deja de ser seguridad en el puesto de trabajo para pasar a ser seguridad de empleo y ofrece nuevas oportunidades personales a cambio del riesgo limitado de la disposición al cambio. Por supuesto, el trabajador sigue corriendo el riesgo de perder su empleo, pero la red que proporciona la seguridad social garantiza a corto plazo lo suficiente para vivir y, a más largo plazo, las iniciativas del mercado laboral, combinadas con los elevados niveles de empleo, aumentan las probabilidades de encontrar un nuevo trabajo.

En el contexto de la flexiguridad, la flexibilidad interna, objeto de este trabajo, juega un papel desregulador de las condiciones de trabajo, de forma que las mismas van a ser unilateralmente modificables por el empresario –previo intento de acuerdo en el caso de las colectivas– como mecanismo de adaptación a las situaciones concretas por las que atraviesa la empresa, con el fin de evitar que se acuda al despido. Es decir, la flexibilidad interna se presenta como una alternativa a la destrucción de empleo y el legislador declara la preferencia de la flexibilidad interna sobre la externa⁵.

La evolución de la plasmación práctica en España de la cuestión de la flexiguridad nos lleva a constatar que la Ley 3/2012 es una continuación en el

² Brostein, Arturo, Derecho Internacional y Comparado del Trabajo.

³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Flexiguridad: el caso de Dinamarca»(2006/C 195/12).

⁴ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, Aranzadi Social num. 5/2012 parte Apuntes para el debate.

⁵ Preámbulo Ley 3/2012, II; pfo 2 y IV, pfo 1. En este último se dice “*En un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo*”.

objetivo de la flexiguridad ya iniciado por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre (que procede del RD-Ley 10/2010 de 16 de junio), que partía de un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna⁶ e introducía las medidas de traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cláusulas de inaplicación salarial y, muy señaladamente, la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción; como mecanismos que habrían de permitir 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.

El fomento de la flexibilidad interna se continuó por el RD-Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, en que para evitar el recurso a la flexibilidad externa, se introduce la flexibilidad interna negociada (art. 6 RD-ley 7/2011), modificándose los arts. 40.2, 41.4, 41.6 ET y, en especial, el art. 85.3 ET (art. 2 RD-Ley 7/2011), en que se fija como contenido mínimo de la negociación colectiva los procedimientos de flexibilidad interna.

Para terminar, en el Capítulo II del II AENC⁷ se contemplan medidas de flexibilidad interna, respecto de la cuál las Organizaciones firmantes consideran que los convenios deben incorporar como contenido mínimo la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, evitando el recurso al despido. En este instrumento la flexibilidad interna se apoya en tres pilares: tiempo de trabajo, funciones y salarios.

Hasta aquí pues el *status quo* del que parte el legislador de 2012, que se hace necesario fijar para comprender el significado de las reformas que en materia de flexibilidad interna analizaremos acto seguido.

Como primera conclusión pues, la flexiguridad no sería más que un concepto que parte de la realidad socio-laboral de los años 80-90 y que pretende revestirse de una pátina de modernidad, pero que no hace más que describir un proceso en que se traspasa el poder normativo sobre las condiciones laborales al empresario y “a cambio” la sociedad asume los riesgos de la pérdida de empleo. Desde la perspectiva del trabajador este intercambio supone pasar de la seguridad de su trabajo a la seguridad de un trabajo, convirtiendo así todo vínculo social, sindical, incluso personal o emocional del trabajador con su

⁶ Preámbulo Ley 35/2010, pfo 6°.

⁷ BOE 6 de febrero de 2012.

trabajo en una rémora o rigidez a eliminar. Una vez más la persona para el mercado, en lugar del mercado para la persona, máxima que aquí se traduce en el trabajador para cualquier empleo, en lugar de un empleo para el trabajador.

2. CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA

El concepto de flexibilidad interna no ha sido ni es pacífico y está, podríamos decir, en período de gestación en el ordenamiento laboral español⁸. Sin embargo, el concepto que aquí trataremos de fraguar es el concepto de flexibilidad interna en las últimas reformas laborales antes referidas.

En un primer intento de abordar el concepto de flexibilidad interna, podemos afirmar que son dos las notas que conforman su esencia:

- 1) El objeto: pues incide sobre las condiciones de trabajo de uno o varios contratos de trabajo ya existentes.
- 2) El fin: que consiste en la adaptación de la empresa a las circunstancias del mercado y la evitación de la pérdida de empleos

En cuanto al objeto, lo cierto es que todas las medidas que se contemplan por la Ley 3/2012, en su Capítulo III, dedicado a las Medidas de flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (arts. 8-16), inciden en las condiciones de trabajo y su modificación, como resulta de los preceptos del ET a que afectan, ubicados todos en su Título I, en los Capítulos II y III, excepto las relativas a la negociación colectiva, que se sitúan en el Título III del ET, por razones obvias de sistemática

Por tanto, por su objeto, la flexibilidad interna se proyecta sobre una relación laboral existente y se distingue de la flexibilidad de entrada, que atañe a la contratación y sus modalidades; así como de la flexibilidad de salida, que se refiere a la extinción de la relación laboral y afecta al volumen de empleo. Por ello, podemos decir que la flexibilidad interna incide sobre las relaciones laborales en términos cualitativos, pero no cuantitativos. Es decir, podrá influir sobre el tiempo de trabajo, pero no sobre el número de trabajadores; podrá influir sobre la movilidad geográfica, pero no supondrá deslocalización y pérdida de empleo; podrá influir sobre el salario, pero se mantendrá el volumen de empleo en la empresa. Precisamente, mantener el nivel cuantitativo de empleo es uno de los objetivos de la flexibilidad interna.

Desde esta perspectiva, a caballo entre flexibilidad interna y externa se hallarían las medidas de suspensión del contrato de trabajo y reducción de

⁸ Valdés Dal-Ré, Fernando, Hacia un derecho común de la flexibilidad interna. Relaciones laborales, nº 18-29 Sección Editorial, Octubre 2012, año 28, Tomo II, Editorial LA LEY.

jornada del art. 47 ET, que, o bien reducen temporalmente el volumen de empleo (suspensión) o bien reparten la reducción del volumen de empleo respetando el número de trabajadores (reducción de jornada) y que, por tal motivo, no serán objeto de este estudio.

En cuanto a los fines de la flexibilidad interna, hay que distinguir entre:

- El fin inmediato: adaptación a nuevas condiciones de mercado o, en palabras del legislador, fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. (Preámbulo; IV)
- El fin mediato: conservar el volumen de empleo como alternativa a la flexibilidad de salida o externa.

El objeto y el fin de la flexibilidad interna están claros. No está tan claro el modo en que se adoptan las medidas que la conforman. Así, si en un primer momento (Ley 35/2010 y RD-Ley 7/2011) pareció que la negociación era el camino a seguir para su adopción, el RD-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012 dan un giro copernicano a tal orientación y parecen concebir la negociación como un mero paso previo a la adopción unilateral de la medida por el empresario, intentando a toda costa sustraer el control de dicha decisión del ámbito judicial, mediante la generalización de las causas o “descausalización” de las medidas, así como confesando directamente, en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 la necesidad de evitar “juicios de oportunidad” judiciales sobre la gestión empresarial, pretendiendo constreñir el control judicial a los hechos y no a los fines. Propósito éste difícilmente encuadrable en el marco de la tutela judicial efectiva, y que si bien se formula en el seno de la justificación de la modificación del régimen de la extinción de contratos de trabajo, a la vista de la redacción de los arts. 40, 41, 47 y 83.2 ET es perfectamente extrapolable a la flexibilidad interna. Se trata pues de evitar el control judicial de las decisiones sobre flexibilidad interna, lo cuál, como es obvio, reduce los incentivos para alcanzar acuerdos en la fase de consultas, revelando que el propósito del legislador es alzaprimar el unilateralismo y el poder de dirección como fuentes de las condiciones laborales, en detrimento de la negociación colectiva. Ello, como es obvio, aumenta el riesgo de conflictos laborales.

En conclusión, en base a todo lo expuesto, podemos decir que la flexibilidad interna es el conjunto de mecanismos dirigidos a modificar las condiciones de trabajo de una o varias relaciones laborales existentes en el seno de una empresa, que pueden adoptarse de común acuerdo con los representantes de los trabajadores o unilateralmente por el empresario, con la finalidad de adaptar la empresa a las exigencias del mercado y evitar con ello la pérdida de empleos como consecuencia del cambio de coyuntura económica.

3. RELACIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD INTERNA Y FLEXIBILIDAD EXTERNA

3.1. Relación entre las medidas de flexibilidad interna

Dado que la flexibilidad interna no constituye un fin en sí misma y en su origen se halla, precisamente, la capacidad política de relacionar una serie de medidas o tendencias (desregulación de condiciones laborales) con otras (seguridad social) hasta entonces inconexas, importa y mucho plantearse qué relaciones puedan tener las medidas de flexibilidad interna entre sí y la que tengan dichas medidas con las de flexibilidad externa.

La relación entre las medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica, modificación sustancial, distribución tiempo de trabajo, etc, es horizontal⁹. Es decir, la selección de la adecuada corresponde al empresario, previa consulta (ars.40,41...ET) o negociación (art. 82.3 ET) con los representantes de los trabajadores. No existe una jerarquía entre ellas y será determinante en su selección por el empresario las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (en adelante ETOP) así como su relación con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa (art. 40.1 y 41.1 ET). Sin embargo, en la definición de las causas, podemos apreciar cierta graduación entre las medidas de movilidad geográfica y modificación sustancial de art. 40 y 41 ET, por un lado; y las de modificaciones sustanciales de origen convencional (“descuelgue de convenio”) por otro (art. 82.3 ET), pues mientras en las primeras las causas son más imprecisas y vagas: causas ETOP que estén relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa; en cambio, en las del art. 82.3 ET la definición de las causas es mucho más rigurosa y se aproxima a la propia del despido colectivo.

Tal distinción, junto a un procedimiento más complejo para modificar las condiciones pactadas en Convenio Colectivo, establecen una preferencia por las medidas de flexibilidad interna que no afecten a condiciones pactadas en Convenio Colectivo sobre las que sí lo hagan, como es lógico si atendemos al deber constitucional del legislador de garantizar la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos (art. 37.1 CE).

⁹ Valdés Dal-Ré, Fernando: Hacia un derecho común de la flexibilidad interna, Relaciones laborales, nº 18-29 Sección Editorial, Octubre 2012, año 28, Tomo II, Editorial LA LEY.

3.2. Relación entre las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa

La relación la marca el propio legislador, tanto en la exposición de motivos como en la rúbrica del Capítulo III de la Ley 3/2012 “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”. Existe una clara prelación entre las medidas de flexibilidad interna sobre las de flexibilidad externa, de forma que la adopción de las primeras trata de evitar el recurso a las segundas.

Poniendo en relación tal prelación con la circunstancia de la empresa, podemos decir que la flexibilidad interna se dirige a mejorar la situación de la empresa en cuanto a su competitividad, productividad y organización productiva con el fin de evitar que se afecte al volumen de empleo, mientras que en situaciones de crisis, donde la flexibilidad interna haya perdido su capacidad de adaptación de la empresa habrá que acudir a la flexibilidad externa, que aparece así en coherencia con el diseño legislativo, como “*ultima ratio*”.

En este sentido, algún concreto pronunciamiento judicial, respecto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, efectúa un razonamiento de sumo interés: “*La exigencia de probar las razones ETOP y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el RDL 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo*”¹⁰.

Esta sentencia se apoya en la doctrina anterior del Tribunal Supremo sobre el art. 41 ET¹¹, en la que se fija el criterio de que no es la crisis empresarial, sino la mejora de la situación de la empresa, la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas ETOP.

Dicho entendimiento de la cuestión nos permitiría concluir *a sensu contrario* y en coherencia con el propósito de la flexibilidad interna, que la mera

¹⁰ SAN núm. 61/2012 de 28 mayo AS 2012\1050.

¹¹ TS 2-03-2009 (RJ 2009, 1719), y 16-05-2011 (RJ 2011, 4876), ROJ 3647/2011.

mejora de la situación de la empresa no justificaría acudir a la flexibilidad externa (despidos), pues para ello arbitra el legislador las medidas de flexibilidad interna, como alternativa a los despidos, de forma y manera que un despido colectivo que tenga por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo debería considerarse no ajustado a derecho, de la interpretación conjunta de los arts. 40, 41, 51.1 y 52c) ET, puesto que no superaría el test de razonabilidad de la medida.

4. FLEXIBILIDAD FUNCIONAL

Dentro de esta modalidad de flexibilidad interna se agrupan dos tipos de medidas por la Ley 3/2012 (arts. 8 y 10): las relativas a la clasificación profesional (art. 22 ET) y las atinentes a la movilidad funcional (art. 39 ET).

4.1. Clasificación profesional

El art. 8 de la Ley 3/2012 introduce una profunda modificación del sistema de clasificación profesional (art. 22 ET), de forma que conforme a su DA 9ª se da de plazo hasta el 08/07/13 para que los actuales CCOL se adapten al nuevo sistema de clasificación profesional.

Una primera cuestión es qué ocurre con los convenios que no se adapten al nuevo sistema legal de clasificación profesional o con los que lo hagan manteniendo un sistema de clasificación profesional basado en categorías profesionales

No creemos que en este punto se pueda denegar el registro y publicación del Convenio (art. 90.5 ET), como bien apuntan algunos autores, sino que la modificación y no adaptación (manteniendo las categorías), tendrá por efecto que las mismas serán absolutamente inocuas a los efectos de la movilidad funcional y modificación sustancial de las condiciones de trabajo tal y como las define el art. 39 y 41 del ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012¹².

Hecha esta aclaración, dentro de las modificaciones que se introducen en el sistema de clasificación profesional cabe destacar las que siguen:

Se suprime la categoría profesional en el sistema de clasificación, quedando limitada la clasificación a los grupos profesionales, por lo que se amplía enormemente la movilidad funcional. En efecto, ahora la movilidad

¹² En el mismo sentido, Rey Guanter, Salvador del, *La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral Actualidad Laboral*, nº 17, Octubre 2012, tomo 2, Editorial LA LEY.

funcional ordinaria (integrada en el “*ius variandi*”, no necesitada de período de consultas, sino de mera comunicación al trabajador) se produce dentro del grupo y abarca todas las funciones o algunas del grupo, en función del encuadramiento inicial producido en el contrato, que conforme al nuevo art. 22.4 ET, supondrá que se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Se amplía así la definición y contenido de la prestación de trabajo y se aumentan las funciones, sin contraprestación aparente alguna, de forma que se aumenta la movilidad funcional, puesto que al suprimir las categorías y niveles, el contenido de la prestación laboral consiste ahora en todas las funciones del grupo o sólo algunas en función de la asignación inicial.

El Grupo profesional sigue siendo el que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y, además, puede –no debe– incluir tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades, mientras que antes podía comprender categorías, funciones o especialidades.

Parece que en este punto las especialidades profesionales tendrán que guardar alguna relación con la Clasificación Nacional de Ocupaciones, si es que se quiere dar algún sentido práctico a la Cuenta de formación regulada por el art. 2 del RD-Ley 3/2012.

Como segunda novedad, se suprime el concepto de categorías profesionales equivalentes y desaparecen los niveles como criterio de clasificación. Ello supondrá que la polivalencia funcional se amplíe mucho, pues pasa de la asignación de funciones de diversas categorías a las funciones de más de un grupo. Además se establece como criterio para asignación de uno u otro grupo en caso de polivalencia el tiempo de realización de las funciones, el cuál será difícil de precisar *a priori*, en el pacto de encuadramiento contractual.

En definitiva, se pasa de un criterio de polivalencia intra grupal a uno más amplio, inter grupal, y se cambia como criterio de clasificación en el caso de polivalencia funcional el criterio de la prevalencia por el del tiempo, con independencia de la importancia o la calidad de las funciones, lo cuál puede arrojar considerables problemas en la práctica, puesto que la asignación prevalente en el tiempo puede variar una vez formalizado el contrato, en el que previsiblemente la equiparación por “el tiempo de realización de funciones” lo será al grupo inferior, por claras razones económicas.

En otro orden de cosas, en cuanto a la información básica sobre el contrato de trabajo, el RD 1659/98 de 29 de julio no ha resultado modificado por la Ley 3/2012, por lo que hay que entender suprimida toda referencia a la categoría profesional que en su art. 2.2 d) se hacía, y la información que deberá facilitar

por escrito ahora el empresario se ha de referir al grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo. En este punto hay que tener en cuenta, habida cuenta de la amplitud de funciones que ahora contempla el concepto de grupo profesional y, por tanto, el contenido de la prestación, que el RD 1658/98 es una trasposición a nuestro derecho interno de la Directiva 91/533 y que el inciso ii) de la letra c) del apartado 2 del artículo 2 de dicha Directiva se opone a que un Estado miembro, al adaptar su Derecho interno a esta disposición, permita que, con carácter general, el empresario circunscriba a la denominación de la actividad del trabajador la información que debe comunicar a éste¹³.

Por otro lado, el aumento de la polivalencia funcional va a incrementar las necesidades formativas de los trabajadores en materia de prevención (art. 15.2 Ley 31/1995), pues el aumento de la movilidad funcional amplía de forma considerable el abanico de puestos de trabajo que va a poder desempeñar, ampliando con ello las probabilidades de infracciones empresariales por falta de formación e información sobre el riesgo del puesto concreto (art. 12.8 LISOS) y las consiguientes responsabilidades en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 123 LGSS), en caso de que el aumento de funciones no lleve aparejado el consiguiente proceso formativo sobre riesgos de los diferentes puestos de trabajo.

Desde la óptica de las fuentes de la clasificación profesional, se mantiene en apariencia la prelación: negociación colectiva y, en su defecto, acuerdo entre la empresa y sus representantes, que ya contemplaba el art. 22 ET anterior a la reforma. Sin embargo, el art. 84.2 d) ET configura la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores como materia a regular por el convenio de empresa y con prioridad aplicativa sobre el convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. Ello supone que en la práctica sea el convenio de empresa y, en su defecto, el acuerdo de los representantes de los trabajadores y el empresario las fuentes primordiales del sistema de clasificación profesional, de forma que la empresa y los representantes de los trabajadores pasan a ser la fuente material predominante en esta materia.

Para terminar, a pesar de las exigencias del legislador respecto de los intervinientes en la negociación colectiva respecto a la adaptación de los convenios colectivos (DA 9ª Ley 3/2012), el propio legislador no ha adaptado el contenido

¹³ STJCE 4 diciembre 1997. Caso Helmut Kampelmann y otros contra Lippe; TJCE 1997\256.

del ET a la supresión de la categoría profesional, de forma que seguimos hallando referencias a las categorías profesionales en los siguientes preceptos: art. 11.1a), 12.1e), art. 17.4, art. 40.3 bis, art. 46.3 y art. 46.5 ET.

4.2. Movilidad funcional

Como novedad fundamental en esta materia destaca la relajación los límites de la movilidad funcional, suprimiendo la pertenencia al grupo y las categorías profesionales equivalentes como límites a la misma. Se pretende así la versatilidad funcional del trabajador como herramienta de flexibilidad interna.

4.2.1. Clasificación de los cambios de funciones del trabajador

La modificación de funciones (movilidad funcional en sentido amplio) puede suponer diversas consecuencias, que se contemplan en los arts. 22, 39,41, 82.3 f) y 50-1a) ET y que conviene clasificar en orden a clarificar las novedades de la reforma introducida en este campo por la Ley 3/2012, sin perjuicio de que estudiemos después en cada epígrafe cada una de ellas en profundidad.

Encontramos cuatro grandes supuestos:

- A) La movilidad funcional ordinaria, dejada *al ius variandi* empresarial (arts. 20.1 y 22.4 ET); que se produce en el seno del grupo profesional o entre grupos si hay pacto de polivalencia funcional (art. 22.4) sin necesidad de justificación de causa alguna, pues se trata de las funciones pactadas y sin otra retribución que la pactada. Que no exija justificación no significa que no esté sujeta a los límites de la dignidad del trabajador y el respeto de sus derechos fundamentales.
- B) La movilidad funcional temporal extraordinaria, regulada en el art. 39 ET, que comprende funciones de grupo superior o de grupo inferior, que sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. Da derecho a la remuneración por las funciones que efectivamente se realicen excepto si son funciones inferiores, en que se mantiene la retribución de origen. Dentro de esta tipología podemos distinguir:
 - Funciones superiores a las del grupo profesional: que mantienen la posibilidad de reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables (art.138 LRJS).

- Funciones inferiores a las del grupo profesional: se mantiene la retribución de origen y ahora ya no se exige que esté justificada por necesidades perentorias e imprescindibles, sino sólo por razones técnicas u organizativas y por el tiempo imprescindible. Hay que tener en cuenta que la encomienda de funciones inferiores puede afectar a la dignidad del trabajador y por ello, habrá de exigirse una cumplida acreditación de las razones técnicas, organizativas y de que el tiempo en que se realizan es el imprescindible. Caso contrario hay que acudir al proceso de modificación sustancial del art. 41 ET y si la modificación redunde en perjuicio de formación profesional o menoscabo de la dignidad, cabrá la extinción por voluntad del trabajador del art. 50.1a) ET.
- C) La modificación sustancial de condiciones de trabajo, de carácter permanente no convencional, prevista en el art. 41f) ET que se da cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET y las funciones no estén previstas en Convenios Colectivos, sino que se trata de condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Requiere que existan probadas razones ETOP y puede ser individual o colectiva, con diferente procedimiento para su adopción.

El trabajador tiene derecho a la rescisión indemnizada del contrato con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.
- D) La modificación sustancial de condiciones de trabajo, de carácter convencional no permanente, prevista en el art. 82.3f) ET, que se da cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET y las funciones estén previstas en Convenios Colectivos. Requiere que existan probadas razones ETOP, y que se celebre un período de consultas, a falta de acuerdo se remite a la Comisión Paritaria y, a falta de acuerdo, puede concluir el proceso con una decisión o arbitraje obligatorio de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente. Esta modificación cesa cuando entra en vigor el nuevo convenio de aplicación al ámbito de que se trate.

4.2.2. La movilidad funcional temporal y extraordinaria del art. 39 ET

En este punto, la novedad fundamental que introduce la Ley 3/2012 es que la movilidad fuera del grupo es el suelo mínimo de la movilidad funcional

temporal y extraordinaria, al haber desaparecido la categoría profesional y la categoría profesional equivalente, es decir, donde antes se consideraba movilidad el ejercicio de funciones de categorías profesionales no equivalentes, ahora se considera *ius variandi*, pues dentro del grupo ya no se contienen categorías.

Ahora la movilidad funcional es sólo la movilidad bidireccional extra grupal, que exige razones técnicas u organizativas y por el tiempo imprescindible para su atención.

Es especialmente significativa la supresión de límites en la movilidad a funciones de inferior grupo. En efecto, se aumenta la posibilidad de realizar funciones inferiores, pues desaparece la justificación por necesidades perentorias e imprevisible para la encomienda de funciones inferiores. Por tanto, a un titulado superior, se le pueden encomendar funciones de un grupo inferior (ej, auxiliar administrativo) por razones técnicas u organizativas previsibles y mientras las mismas duren, conservando la retribución de origen. Si ello se prolonga en el tiempo por encima del tiempo imprescindible, habrá que acudir al procedimiento de modificación sustancial del art. 41 y, en todo caso, si el desarrollo de funciones inferiores menoscaba la dignidad del trabajador, el contrato podrá ser rescindido conforme al art. 50.1 a) ET.

Ahora se sube el listón de la modificación sustancial, puesto que la movilidad funcional se basa en una clasificación profesional de la que han desaparecido las categorías, categorías equivalentes, niveles, etc.

4.2.3. Límites a la movilidad funcional del art. 39 ET

Importa ahora establecer los límites a la movilidad funcional extraordinaria y temporal que regula el art. 39 ET.

Se mantienen las limitaciones que contemplaba la normativa anterior, como las acciones derivadas del ejercicio de las funciones superiores por período superior a 6 meses en 1 año o 8 meses en 2 años, el derecho a retribución correspondiente a funciones, excepto si son inferiores, en que se mantiene la retribución de origen; así como la imposibilidad de invocar ineptitud sobrevenida o falta de adaptación para extinguir el contrato conforme al art. 52 a) ET. por lo que estos límites no merecen mayor comentario.

Sí merece la pena prestar atención a la dignidad como límite infranqueable de la movilidad funcional. En el ámbito laboral, en materia de clasificación profesional, se ha considerado contrario a la dignidad la pérdida de las funciones de mando y dirección que tenía el trabajador¹⁴, o el cambio de funciones directivas a labores de tipo mecánico¹⁵, etc.

¹⁴ STS 18 junio 1990 RJ 1990/5475.

¹⁵ STS 24 septiembre 1990 RJ 1990/7041.

Pues bien, en algunos casos la reforma supondrá la asunción de funciones no aceptadas contractualmente, que vendrá impuesta por ley, con la posibilidad de que dicha ampliación legal de funciones suponga una afectación a la dignidad. En efecto, en virtud del nuevo sistema de clasificación un trabajador que prestara servicios en una categoría profesional “x” del grupo profesional “y” que tuviera asignadas funciones de mando podrá ahora pasar a desempeñar por mera decisión empresarial no amparada en causa justificativa alguna funciones que no sean de mando, mientras se mantengan dentro del grupo “y”, pues ello entrará dentro del “*ius variandi*” que la reforma amplía notablemente. En estos casos, con la reforma laboral en plena aplicación, sería sostenible entender que se produce un menoscabo de la dignidad del trabajador, aún cuando se trate de funciones de un mismo grupo si antes de la reforma había pactado una categoría profesional concreta cuyo cambio implique menoscabo de su dignidad en atención, más que al dato meramente formal de la noción grupo-categoría, al contenido material y real de la prestación. Es decir, que el cambio de funciones dentro de un grupo puede atentar a la dignidad, como podía hacerlo antes de la reforma, puesto que la dignidad es un concepto de cuño constitucional, indisponible para el legislador ordinario.

En tales supuestos es plausible entender que procede la rescisión indemnizada del art. 50.1a) ET, pues la modificación sustancial redundaría en menoscabo de la dignidad y, por tanto, no se respeta lo previsto en el art. 41 ET, que en ningún modo contempla –ni puede hacerlo– modificaciones sustanciales contrarias a la dignidad del trabajador.

Los derechos fundamentales continúan siendo un límite infranqueable al poder empresarial en el ejercicio del *ius variandi* o en la movilidad funcional. En este sentido, hay que enfatizar de que con independencia de que el ejercicio del *ius variandi* no exija justificación en razones técnicas o productivas, como sí la exige la movilidad funcional extraordinaria temporal, en ambos casos, si el trabajador aporta indicios de vulneración de derechos fundamentales, el empresario habrá de acreditar que la decisión ha sido adoptada al margen completamente de toda vulneración del derecho fundamental en cuestión y obedeciendo a razones objetivas y razonables en el ejercicio de su poder de dirección.

La Formación profesional del trabajador es otro límite a la movilidad funcional que “parece” que el legislador suprime es el de la formación profesional (art. 40.2 CE, art. 4.2b) ET). Decimos que “parece” que el legislador suprime este límite, puesto que aún cuando haya desaparecido del redactado del antiguo art. 39.2 que decía “*La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional*”; lo cierto y verdad es que la formación profesional continúa siendo un derecho básico del trabajador (vid art. 4.2.b) ET en la redacción dada por la

Ley 3/12) y, por tanto, un límite al poder empresarial en el ámbito de la movilidad funcional.¹⁶

En estos casos, al igual que ocurre con la dignidad, la doctrina jurisprudencial es abundante¹⁷. Así, se ha considerado que cuando se destina al trabajador a un nuevo trabajo careciendo de competencia técnica para su desarrollo de manera adecuada, lo que se propicia es un incorrecto cumplimiento de las nuevas tareas, del que pueden derivarse perjuicios para el trabajador (STS 27 noviembre 1989 (Rj 1989,8624)

Por lo demás, no se exige una voluntariedad o dolo empresarial en el perjuicio de la formación profesional del trabajador, bastando que ésta se produzca para dar lugar a la rescisión contractual¹⁸

Para terminar con los límites de la movilidad funcional, no podemos dejar de mencionar la prevención de riesgos laborales, en concreto el deber de formación e información de los riesgos derivados del puesto de trabajo concreto (art.19 Ley 31/1995), respecto de la que cabe concluir que a mayor flexibilidad funcional mayores exigencias y obligaciones en materia de formación para el empresario, pues la flexibilidad funcional incrementa el riesgo de accidente y por ello el art. 19 Ley 31/1995 exige que la formación se centre específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, se adapte a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y se repita periódicamente si fuera necesario.

Conclusión: si el objetivo de la flexiguridad y de la flexibilidad interna es crear empleo y evitar despidos o pérdidas de puestos de trabajo, el aumento de funciones de los trabajadores ya empleados no parece que vaya a contribuir a tal finalidad, pues evitará, lógicamente, la contratación de nuevos trabajadores. Por otro lado, si bien esta flexibilidad interna contribuirá a la adaptación de las necesidades del empresario, conllevará también la asunción de nuevos riesgos en materia de prevención de riesgos laborales y nuevas cargas en materia de formación preventiva, aumentándose, con ello, el riesgo de accidentes de trabajo, al menos en determinados sectores. La virtualidad de esta flexibilidad interna será más eficaz en las pyme con trabajadores “fungibles”, y menos en las empresas con trabajos necesitados de formación especializada y difícilmente sustituibles.

¹⁶ Rey Guanter, Salvador del, La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral Actualidad Laboral, n° 17, Octubre 2012, tomo 2, Editorial LA LEY.

¹⁷ STS 21 marzo 1990 (1990\2297).

¹⁸ STSJ Valladolid de 27 de mayo de 2003 AS 2003 /2435.

5. FLEXIBILIDAD TEMPORAL

5.1. Distribución irregular de la jornada

El art. 9 de la Ley 3/2012 modifica el art. 34.2 del ET y se prevé la posibilidad, en defecto de pacto, de distribución irregular del 10% de la jornada a lo largo del año a voluntad del empresario. La distribución irregular de la jornada como medida de flexibilidad interna ya venía contemplada en el art. 34.2 ET en la redacción dada por el RD-Ley 3/2012, que preveía una distribución irregular del 5%.

Como precedente a dicha regulación el art. 85.3 ET, en la redacción dada por el RD-Ley 7/2011-Ley 7/2011, introdujo en sede de negociación colectiva como contenido mínimo del Convenio medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas, entre las que se hallaba *“Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento”*.

Ahora dicha medida de flexibilidad interna, siguiendo la tónica de la reforma operada por la Ley 3/2012, se sustrae a la dinámica del acuerdo y se confiere al unilateralismo empresarial, puesto que, en defecto de pacto, la distribución irregular del 10% de la jornada a lo largo del año corre a cargo de la voluntad del empresario.

Hay que remarcar que es difícilmente conciliable dicha disponibilidad con el objetivo enfáticamente declarado en el art. 34.8 ET, que establece que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; pues en éste caso es la negociación colectiva la que habrá de precisar dicho derecho, mientras que en el caso de la distribución irregular la ley otorga, sin negociar, un 10% de la jornada a la decisión unilateral del empresario.

Como límites a esta disponibilidad para su distribución irregular se pueden establecer, en primer lugar, el deber de respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley, en segundo lugar, los límites de jornada legal, convencional o contractualmente pactados (art. 34.1 ET), puesto que se trata de distribuirla irregularmente, no de modificar su cantidad.

Resulta evidente que la distribución irregular hace referencia a la jornada ordinaria, y no a la jornada extraordinaria, por lo que las horas extraordinarias quedarán fuera del art. 34.2 ET.

En cuanto a los contratos a tiempo parcial (art. 12 ET) esta distribución irregular no podrá suponer más de una interrupción diaria en los casos de jornada partida (art. 12.4b) ET). En cuanto a las horas complementarias hay que

estar a lo que dispone el art. 12.5 d) ET, que contempla normas específicas de distribución de las mismas, por lo que no resultaría aplicable a éstas la distribución irregular del 10% a que se refiere el art. 34.2 ET

A tales límites hay que añadir lo que resulte de la negociación colectiva, puesto que la norma del 10% deja de operar cuando hay pacto (art. 34.2 ET, art. 34.8 ET).

Por otro lado, como no podía ser menos, los derechos fundamentales van a jugar un papel clave como límite a la distribución irregular del tiempo de trabajo de forma unilateral por el empresario, y en particular en lo atinente a la conciliación de la vida personal laboral y familiar y el derecho a la no discriminación por razón de sexo, así como a la protección a la familia (arts. 14 y 39 CE)¹⁹, pues vía negociación colectiva, puede otorgarse por la vía del art. 34.8 ET al trabajador una disponibilidad de determinado tiempo de trabajo a distribuir irregularmente en función de necesidades derivadas de la conciliación de su vida personal, familiar o laboral, como ya se reconoce en el Cap II del AENC, donde se afirma que la flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que le permitan compatibilizar el tiempo de trabajo y de conciliación.

Pero en defecto de pacto, el empresario habría de ejercitar su potestad de distribución irregular con igual respeto a los derechos fundamentales y teniendo en cuenta, en su caso, las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, de forma que la distribución irregular sin tener en cuenta dichos factores podría suponer una práctica discriminatoria indirecta (ej: trabajador/a soltero sin cargas familiares *versus* trabajadora a tiempo parcial con hijos que cuida a persona dependiente).

En este sentido, hay que precisar, que el Tribunal Constitucional descarta la existencia de discriminación por razón de sexo en un caso en que, precisamente, la trabajadora solicitó al amparo del art. 34.8 ET la adaptación de su jornada laboral para el cuidado de una hija y le fue denegada empresarial y judicialmente por no venir tal derecho previsto en el convenio o pacto, conforme exige la norma²⁰; hay que distinguir tal caso nítidamente de la limitación que el ejercicio del nuevo derecho de distribución irregular del 10% de la jornada por parte del empresario encuentra en el derecho fundamental a la no discriminación.

Dicho de otra forma, que la petición de adaptación de jornada por la trabajadora no sea atendible por falta de desarrollo convencional (art. 34.8 ET)²¹, no supone que la facultad del empresario de distribuir irregularmente la jornada

¹⁹ STC 3/207 de 15 de enero RTC 2007/15.

²⁰ STC 24/2011 de 14 de marzo RTC 2011/24.

²¹ STC 24/2011.

quede exenta de respetar y ponderar el derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.2 ET)²² de forma y manera que si tales circunstancias no se toman en consideración a la hora de seleccionar los trabajadores/as afectados, podemos hallarnos, con toda claridad, ante una discriminación indirecta, pues se tratará de una práctica formalmente neutra (no tiene en cuenta el sexo a la hora de distribuir irregularmente jornada) que pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha práctica pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados, cuestiones éstas que atañen a la carga de la prueba que corresponde al empresario.

Para terminar, como líneas orientadoras del II AENC en materia de distribución irregular de la jornada cabe destacar que en algunos aspectos van incluso más allá que el propio legislador (en perjuicio del trabajador), puesto que pactan un 10% de distribución irregular, cuando el RD-Ley 3/2012 estableció primero un 5%, que luego la ley ha aumentado al 10% y se establece, además, una bolsa adicional de 40 horas al día o al año a distribuir libremente por el empresario.

Si entendemos que el 10% de jornada es un máximo de derecho necesario mejorable por convenio la citada bolsa de 40 horas debiera quedar tácitamente derogada.

6. FLEXIBILIDAD ESPACIAL

A grandes rasgos podemos afirmar que la reforma facilita enormemente la movilidad geográfica, ampliando el ámbito de las causas, desincentivando el control judicial, suprimiendo el control administrativo en los supuestos de movilidad geográfica de carácter colectivo e incluso la posibilidad de demora provisional de la movilidad por 6 meses y facilitando el establecimiento de criterios de preferencia para permanecer en el puesto de trabajo por vía de la negociación colectiva para colectivos especialmente desfavorecidos.

En la exposición del tema distinguiremos la movilidad geográfica individual y colectiva, sometidas a procedimientos diversos.

²² STC 3/2007.

6.1. Movilidad geográfica individual

6.1.1. Las causas justificantes

Empezaremos por la definición de las causas que justifican la movilidad geográfica, que son comunes a la individual (art. 40.1 ET) y a la colectiva (art. 40.2) y prácticamente idénticas a las que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de origen contractual, sea individual o colectiva (art. 41.1 y 2), siendo absolutamente vagas y genéricas, con el fin de facilitar su adopción y sustraer su control a la tutela judicial.²³

A destacar en el terreno causal que las contrataciones referidas a la actividad empresarial (causa productiva) es la única diferencia de la definición de las causas ETOP entre la movilidad geográfica y la modificación sustancial.

Es decir, que ahora la movilidad geográfica “sólo” se puede realizar por cualquier circunstancia relacionada con la empresa, o al menos eso es lo que se desprende del tenor literal del redactado del art. 40.1 ET. Por tanto, se desincentiva toda acción judicial que cuestione la justificación de la medida. Resulta paradójico, sin embargo, que en la exposición de motivos se aluda claramente a las finalidades propias de la flexibilidad interna: facilitar adaptación a circunstancias de la empresa y evitar despidos y que en vía de control judicial se intenten suprimir o “jibarizar” dicho control limitándolo a la concurrencia de la causa, sin atender a la finalidad u objetivo que se pretende con la medida.

Es difícil sostener desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva la voluntad manifiesta del juzgador de privar al trabajador de su derecho a discutir la concurrencia de la causa y la finalidad de la misma.

En esta línea, nos remitimos a la cita y comentario de la SAN núm. 61/2012 de 28 mayo AS 2012\1050, que ya hemos efectuado al tratar la relación entre las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa²⁴, en el sentido de que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas ETOP²⁵.

En este sentido nos remitimos a lo ya dicho en el capítulo relativo a la relación de las medidas de flexibilidad interna-flexibilidad externa, en la dirección

²³ Se consideraran causas ETOP: las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

²⁴ Ver epígrafe 3.2 de este trabajo.

²⁵ STS 2-03-2009 (RJ 2009, 1719), y 16-05-2011 (RJ 2011, 4876), ROJ 3647/2011.

de considerar que las de flexibilidad interna deberían normalmente preferirse a las de flexibilidad externa y que las segundas no pueden tener por finalidad una mera mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo. Tal entendimiento de la relación entre ambos tipos de medidas viene sólidamente asentado en la filosofía y finalidad de la flexibilidad interna (adaptar la empresa a las circunstancias para evitar despidos) y también por la definición menos rigurosa que la Ley 3/2012 hace de las causas ETOP en sede de movilidad geográfica (casi igual que para modificaciones sustanciales) que en materia de despido colectivo y despido objetivo.

6.1.2. Procedimiento de la movilidad geográfica individual

En el procedimiento de movilidad geográfica individual subsisten algunas garantías de la antigua regulación que no merecen mayor comentario, como el preaviso al trabajador y a los representantes de los trabajadores, el derecho de opción del trabajador entre traslado con compensación de gastos o la extinción indemnizada con 20 días/año, con un máximo de 12 mensualidades, la compensación de gastos propios y de familiares a cargo como consecuencia de la movilidad o la nulidad de la movilidad geográfica colectiva en fraude de ley, cuando se superen los umbrales del art. 40.2 en períodos sucesivos de 90 días-.

En cuanto a la tutela judicial, baste ahora decir que el trabajador, disconforme con la decisión empresarial y sin perjuicio de la ejecutividad de la misma, podrá acudir al proceso especial del art. 138 LRJS. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo, concediéndole al efecto el plazo de quince días.

La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.

Sin embargo, dada la amplitud de las causas justificativas, difícilmente será ejercitada con éxito la acción, pues el contenido del fallo ha de declarar justificado o no justificado el traslado de forma que su relación con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa o las contrataciones referidas a la actividad empresarial, determinará su justificación, salvo en los casos de falta de cumplimiento del deber de informar al trabajador y a sus representantes, que determinaría la nulidad de la medida y los mismos efectos que comporta la injustificación: reposición en sus anteriores condiciones de trabajo con abono de daños y perjuicios.

Otra cuestión fundamental radica en los efectos que haya de tener la falta de notificación al trabajador y a sus representantes con la antelación legalmente

prevista en los casos de traslado. En estos casos, la doctrina se ha pronunciado en favor de la falta de efectividad del traslado por constituir un supuesto de ejercicio irregular de las facultades directivas (art. 20.2 ET y 5c) ET)²⁶.

En todo caso, y en coherencia con lo dicho con anterioridad²⁷, esta información al trabajador y a sus representantes debería abrir la posibilidad de aducir perjuicios especialmente gravosos en orden a la conciliación de la vida familiar y laboral y otras circunstancias que pudieran llevar al empresario a reconsiderar el criterio de selección del trabajador/es afectado a fin de no irrogar ningún tipo de discriminación indirecta.

No tiene sentido y no es una diferenciación razonable, que por el mero hecho de ser colectiva (superación de umbrales en período de tiempo) la medida de movilidad geográfica pueda atenderse a las peculiaridades (desventajas sociales) de ciertos colectivos (trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad) y ello se obvie totalmente en los casos de movilidad geográfica individual (art. 40.5 ET). La ausencia total de consideración de tales circunstancias, como se dijo, puede dar lugar no a una discriminación directa, pero sí a una indirecta.

Para concluir, hay que plantearse si debiera darse consulta al Comité de Empresa o delegados de personal en los supuestos de movilidad geográfica individual. El tenor literal del art. 64.5 ET impone al empresario el deber de información y consulta con los representantes de los trabajadores en toda decisión que pueda provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y de los contratos de trabajo en la empresa, así como de las eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo.

Pues bien, las medidas de flexibilidad interna cuya finalidad primordial es evitar riesgos para el empleo podrían encajar en el art. 64.5 ET, por lo que sería adecuado tal norma entender que concurre la necesidad de establecer, en los casos de traslados individuales, no sólo una información –que ya se prevé en el art. 40.1 ET– sino también un período de consultas previo con el Comité de Empresa como exige el art. 64.5 ET interpretado de conformidad con el art. 4.2 b) y c) de la Directiva 2002/14, pues la movilidad geográfica individual es una decisión empresarial que puede provocar cambios en los contratos de trabajo (art. 4.2c) Directiva 2002/14) y es una medida preventiva, alternativa a la pérdida de empleo (art. 4.2b) Directiva 2002/14), como todas las que se incardinan dentro del concepto de flexibilidad interna.

²⁶ SSTSJ Madrid, núm. 893/2004 de 5 octubre AS 2004\2961 y núm. 58/2005 de 1 febrero AS 2005\113. Preciado Domènech, Carlos Hugo, “Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores en la empresa. Ed. Bomarzo 2012 ISBN: 978-84-15000-71-6; p. 57 y 58.

²⁷ Epígrafe 5.1 sobre Distribución irregular de la jornada.

Tal conclusión, cierto es, chocaría con la “huida de la negociación” como instrumento fundamental para la adopción de medidas de flexibilidad interna que ha protagonizado el legislador de 2012.

6.2. Movilidad geográfica colectiva

6.2.1. Procedimiento de la movilidad geográfica colectiva

En este capítulo la primera novedad que hay que remarcar es la supresión de todo control por parte de la autoridad laboral, que incluso pierde la potestad de ampliar el plazo de incorporación de 30 días y de paralizar la efectividad del traslado por un máximo de 6 meses, con lo que se amplía el arbitrio empresarial por dos vías:

- amplificación de las causas justificantes.
- supresión del control administrativo y de la posibilidad de paralizar la efectividad del traslado hasta 6 meses cuando las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen. En cuanto a las causas ETOP, nos remitimos a lo ya comentado en el epígrafe de la movilidad geográfica individual, pues son absolutamente coincidentes.

El preceptivo período de consultas puede concluir con o sin acuerdo. En caso de acuerdo entre empresario y RRLL: puede adoptarse sin perjuicio del derecho de los trabajadores a optar por el traslado o la extinción indemnizada. Puede acordarse en cualquier momento la sustitución del período de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. En caso de falta de acuerdo se notifica a los trabajadores y a sus representantes de la decisión sobre el traslado y ejecutividad de la misma en el plazo de 30 días, pudiéndose Impugnar de la decisión empresarial haya o no acuerdo por vía de conflicto colectivo, conforme al art. 153.1 ET, que será de ejecución individualizable conforme al art. 160.3 y 247.2 LRJS, destacando en este sentido que las demandas individuales se paralizan en su tramitación hasta la resolución de la acción de conflicto, cuya sentencia tiene efectos de cosa juzgada en los procesos individuales (art. 40.2 ET y 160.5 LRJS).

6.2.2. Preferencias para determinados colectivos

La reforma establece preferencias para la permanencia en el puesto de trabajo de determinados colectivos como cónyuges (art. 40.3), víctimas de terrorismo y de violencia de género (art. 40.3 bis), representantes de los trabajadores: (art. 40.5 ET), y como novedad destacable la reforma prevé la posibilidad de establecer mediante CCol o acuerdo en período de consultas priori-

dades de permanencia a favor de trabajadores, además de los RRLL, por motivos de cargas familiares, edad o discapacidad (art. 40.3ter).

En este aspecto, coincide la norma en la posibilidad de otorgar preferencias de permanencia de ciertos trabajadores con los despidos colectivos (art. 51.5 ET).

6.2.3. Traslados temporales de trabajadores

En este punto la Ley 3/2012 no ha introducido novedades, por lo que continúa regulándose igual que antes de su entrada en vigor en el art. 40.4 ET.

7. FLEXIBILIDAD SUSTANCIAL

En este capítulo examinaremos la flexibilidad sustancial entendida como la modificación de condiciones de trabajo –al igual que la flexibilidad temporal, espacial o salarial– pero que a diferencias de éstas viene caracterizada por la naturaleza sustancial de la modificación. Esta sustancialidad viene dada, en parte por la norma origen de la condición que se modifica, distinguiendo ahora el legislador entre las que podemos denominar de origen contractual, que se tramitan por la vía del art. 41 ET; de aquellas otras cuyo origen está en el Convenio estatutario, cuya modificación se sigue por la vía del art. 82.3 ET. De esta forma, cuando la condición modificada es de origen contractual permite al trabajador, aún siendo justificada, la rescisión indemnizada del contrato de trabajo, con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (excepto en el supuesto de modificaciones sustanciales del sistema de trabajo y rendimiento); y cuando la condición modificada es de origen convencional, la misma es temporal y no puede prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa, no gozando el trabajador en este caso de acción de rescisión.

Por tanto, encontraremos aquí medidas relativas a tiempo de trabajo, salario, funciones, etc, caracterizadas por lo sustancial en la variación, más que por la medida en sí misma modificada.

En este sentido el legislador considera sustancial la modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario en cualquier caso. En cuanto a las modificaciones sustanciales de origen contractual (art. 41), el concepto jurídico indeterminado de modificación sustancial no creemos que haya variado por la reforma de la Ley 3/2012 y, por tanto, ha de entenderse por tal aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ejemplificativa y no

exhaustiva del art. 41.1 ET, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del «*ius variandi*» empresarial». La doctrina científica entiende que para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados.²⁸ En este sentido, la sustancialidad es predicable de la modificación, no de la condición²⁹.

7.1. Cuestiones generales

Abordaremos ahora a vista de pájaro las novedades que en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo introduce la Ley 3/2012, que en este capítulo afecta al art. 41 ET y a art. 82.3 ET, modificados por los arts. 12 y 14 de la Ley 3/2012, respectivamente.

La primera novedad que es preciso alzaprimar es la clasificación de la modificación sustancial, primero por el origen de la norma y después por el carácter individual-colectivo de la modificación, que contribuye a clarificar el confuso art. 41 ET y que es coherente con la naturaleza normativa del Convenio Colectivo, que exige otros procedimientos diversos a la modificación de condiciones de origen contractual o en pactos de eficacia limitada, aunque ambos procedimientos mantienen en común un período de consultas de idéntica tramitación. (art. 82.3 pfo 2º ET).

En efecto, ahora hay que distinguir, en primer lugar, la fuente de la condición de trabajo cuya modificación sustancial se pretende. Así, la ley distingue:

1) Condiciones contractuales: condiciones reconocidas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Son modificables por la vía del art. 41 ET. Dentro de las mismas se distingue, por el número de trabajadores afectados entre modificación individual y modificación colectiva (esta última exige período de consultas).

2) Condiciones convencionales: condiciones reconocidas en condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III ET. Son modificables por la vía del art. 82.3 ET.

Una vez fijada la novedad fundamental, la orientación legislativa, al igual que ocurre con el resto de medidas de flexibilidad interna, es ampliar el arbitrio empresarial en materia de modificación sustancial, ampliando el ámbito de la

²⁸ STS de 22 septiembre 2003 (RJ 2003\7308).

²⁹ STS 9 abril 2001 (RJ 2001/5112) y 9 diciembre 2003 (RJ 2004/2003).

causa de justificación de la modificación sustancial, aunque es posible distinguir una definición más rigurosa de las causas en la modificación de las condiciones de origen convencional (art. 82.3ET), y una regulación más laxa en la modificación de condiciones de origen contractual (art.41.1) E y, en segundo lugar, añadiendo la cuantía salarial al ámbito de la modificación sustancial de origen contractual.

Por otro lado, como gran novedad, se amplía el campo del descuelgue o inaplicación del Convenio Colectivo del salario al resto de modificaciones sustanciales, que se regula ahora en el art. 82 ET, que prevé la posibilidad de inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Para terminar, en el caso de la modificación del art. 82 ET, se prevé la sujeción a decisión obligatoria de la CCNCC o a arbitraje obligatorio, lo cuál es una cláusula de dudosa constitucionalidad. Este precepto, en relación a las funciones decisorias, que van mucho más allá de las meramente consultivas que constitucionalmente cabría asignar a la CNCC ha sido desarrollado por el RD 1362/12 de 27 de septiembre.

Partiendo de este cuadro general, descendamos ahora al detalle de las modificaciones introducidas.

7.2. Modificación sustancial de condiciones de origen contractual

7.2.1. Modificación sustancial individual

7.2.1.1. Las causas

Se modifica el concepto de causas ETOP, de forma idéntica que en el caso de la movilidad geográfica, ampliando cuasi ilimitadamente el ámbito de la justificación, que pasa de unos objetivos concretos³⁰ a una mera relación con la

³⁰ :“Mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa o las contrataciones referidas a la actividad empresarial, que no hace sino definir los distintos ámbitos de la empresa: producción, organización de medios y demanda³¹.

Hay que destacar en este punto la homogeneización de las causas justificantes de la movilidad geográfica y la modificación sustancial (excepto las contrataciones referidas a la actividad empresarial, que con peculiares de la movilidad geográfica).

Por tanto, ya no es preciso mejorar la situación competitiva, o dar mejor respuesta a las exigencias de la demanda (supresión del control judicial de la finalidad), sino que es suficiente con que la medida de modificación sustancial esté relacionada con la competitividad, productividad u organización del trabajo o a las contrataciones. Este concepto amplio contrasta con el concepto “clásico” de causas E.T.O.P, que se mantiene en el art. 82 ET y que es más concreto y restringido.

Por otro lado, qué duda cabe, el contrato así flexibilizado en la cuasi totalidad de su contenido, supone la transmisión cuasi íntegra del riesgo de la explotación al trabajador, pues según la literalidad del precepto será justificada la modificación sustancial cuando existan causas relacionadas con la competitividad, productividad, organización técnica o del trabajo, con independencia que la modificación sustancial contribuya a organizar mejor los recursos o favorecer la posición competitiva.

Basta ahora la mera relación, desapareciendo toda finalidad justificante, aunque, como ya se dijo, no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo.

En este contexto de atribución al arbitrio unilateral del empresario de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo es preciso recordar que lo que se está haciendo es modificar unilateralmente lo pactado en un contrato (art. 1256 CC), bajo el pretexto de unas causas que se generalizan hasta el extremo, pretendiendo así evitar todo control judicial y atribuir, a la postre, facultades contractuales novatorias exorbitantes al empresario, algo impensable en derecho privado.

³¹ Sobre el tema de las causas, véanse los comentarios realizados en el epígrafe relativo a las causas justificantes de la movilidad geográfica (6.1.1).

En efecto, si comparamos las exigencias del art.41.1 para modificar unilateralmente salario, jornada, etc, con las que se exigen en el derecho contractual común para la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, comprobaremos como el derecho “tuitivo laboral”, se transforma en este punto en menos tuitivo incluso que el derecho privado común. Así, viene siendo doctrina pacífica³² que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige una serie de requisitos mucho más gravosos que los que ahora se exigen en derecho laboral, puesto que la aplicación de la citada cláusula en derecho común exige una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles

Tal comparación nos lleva a confirmar la desnaturalización de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, cual es la ajenidad de los riesgos. Ahora los riesgos los asume: por un lado, el trabajador, a través de la flexibilidad interna, por otro lado la sociedad, a través de los mecanismos de seguridad que acompañan a la flexibilidad externa, y en mucha menor medida que antes, el empresario.

7.2.1.2. Nueva modificación sustancial: el salario

Se introduce como modificación sustancial: la cuantía salarial, que antes se regulaba en el descuelgue del art. 82 ET. Ahora, cuando el salario esté reconocido en contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutados por trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos se puede reducir con el sencillo trámite del art. 41. En cambio las cuantías salariales reconocidas en Convenio Colectivo sea este de sector o de empresa, se seguirán por el procedimiento de inaplicación del art. 82.3 ET.

7.2.1.3. Distinción modificaciones individuales-colectivas

La nueva distinción entre modificaciones de carácter individual y colectivo viene dada sólo por los umbrales de número de trabajadores afectados en relación a la plantilla en períodos de 90 días y se mantiene la garantía anti fraude

³² SSTs (Sala 1ª) núm. 1090/2004 de 12 noviembre RJ 2004/6900; De 23 abril 1991 RJ 1991/3023, de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135), 17 de mayo de 1941 (RJ 1941, 632) y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 698), la de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164), etc.

declarando la nulidad de las modificaciones sustanciales de carácter individual operadas en períodos sucesivos de 90 días que superen los umbrales con objeto de eludir el procedimiento de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo.

7.2.1.4. Procedimiento

El procedimiento para la modificación sustancial individual se reduce a la notificación por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad, reduciéndose de esta forma el plazo de preaviso en 15 días respecto de los 30 de la regulación anterior.

El trabajador, ante tal decisión, que goza de inmediata ejecutividad, puede de forma alternativa y no cumulativa: conformarse o no conformarse e impugnar la decisión ante la jurisdicción social, en cuyo caso la sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones. (art. 41.3 ET y art. 138 LRJS). La negativa del empresario a reintegrar al trabajador a sus anteriores condiciones de trabajo da lugar a la acción de extinción del contrato del art. 50.1c) ET con una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades.

Otra opción del trabajador es pedir la rescisión contractual si resultase perjudicado por la modificación sustancial en todos los supuestos excepto en la modificación sustancial de sistema de trabajo y rendimiento. En caso de prosperar la acción de rescisión tendrá derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. (art. 41.3ET).

En fin, si las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador, el trabajador goza de la acción del art. 50.1a) ET, con una indemnización 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades.

7.2.2. *Modificación sustancial colectiva*

En este punto podemos resumir el procedimiento como sigue

- 1) Las causas habilitantes son idénticas que en el caso de modificación sustancial individual. Las causas se presumen en caso de que haya acuerdo en el período de consultas.

- 2) Los umbrales para distinguir modificación individual-colectiva son idénticos que los que sirven para distinguir despido individual-colectivo o movilidad geográfica individual-colectiva

En cuanto al período de consultas, la duración del mismo no puede superar quince día y su objeto consiste en las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Las partes están obligadas a negociar de buena fe con vistas a llegar a un acuerdo. Tal acuerdo no priva a los trabajadores de la opción de rescindir el contrato con indemnización de 20 días/año con un máximo de 9 meses.

A diferencia con lo que ocurre con la movilidad geográfica, y al igual que ocurre en el caso de la modificación sustancial de condiciones de origen convencional (art. 82.3 ET) cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art.41.4 pfo 9º ET). Esta presunción es *iuris tantum*, por lo que cabrá prueba en contra de la existencia de las causas por quien la alegue.

Ante tal regulación se plantean 2 cuestiones: La primera es si en la modificación sustancial colectiva cabe la acción de conflicto colectivo en caso de acuerdo en período de consultas. La duda se plantea desde que el art.41.5 abre la acción de conflicto en los supuestos de conclusión del período de consultas sin acuerdo. Sin embargo, en el caso de acuerdo es plausible la existencia de representaciones colectivas disidentes con el mismo, lo cuál, conforme al art. 41.4, que no excluye la acción de conflicto por fraude, coacción, etc, así como de acuerdo con el objeto del proceso de conflicto, que se define en el art. 153.1 LRJS, en lo que aquí importa, como pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 4; no es difícil concluir que en casos de acuerdo también cabe la acción de conflicto.

La segunda cuestión que se plantea es si caso de acuerdo en período de consultas, puede el trabajador accionar para que declare injustificada la medida por inexistencia de la causa y pedir la condena a reponerle en sus anteriores condiciones. De una primera interpretación contextual, podríamos concluir que el legislador excluye en los casos de acuerdo la acción de reposición a las condiciones anteriores, puesto que el art. 41.4 (último párrafo in fine) se remite a la acción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 del art.41, que no es otra que la de rescisión, mientras que la acción de reposición a sus anteriores condiciones viene prevista en el párrafo tercero del apartado 3 del art. 41. Ello contrasta con los supuestos de falta de acuerdo, en que parece se permiten las dos acciones, pues el pfo 10º del apartado 4 del art. 41 ET hace una remisión

genérica al apartado 3 del art. 41, sin precisar el párrafo y, por tanto, sin excluir la acción de reposición. Sin embargo, dicha interpretación no puede ser compartida, pues supondría que el acuerdo constituye una suerte de presunción *“iuris et de iure”* de existencia de la causa, lo que daría pábulo a situaciones de fraude. Por ello, concluimos que el trabajador, en los casos de acuerdo podrá impugnar el acuerdo por existencia de fraude, alegando la inexistencia real de la causa y corriendo con la carga de la prueba del fraude y de la falta de causa. Es decir, ejercerá la acción frente al acuerdo y con una carga de la prueba diversa a la acción de reposición prevista para los supuestos de modificación sustancial individual. Tal interpretación es coherente con el art. 138.2 LRJS, establece que *“Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo, la medida cuente con la conformidad de aquéllos”*.

Para terminar, hemos de tener en cuenta que aún existiendo acuerdo los no firmantes del mismo pueden haber interpuesto demanda de conflicto colectivo, en cuyo caso la sentencia que en el mismo se dicte gozará de fuerza de cosa juzgada sobre la justificación de la causa en la acción individual, conforme al art. 138.4 y 160.3 LRJS en relación con el art. 41.5 ET. Es decir, si no hay pronunciamiento colectivo sobre la justificación de las causas nada priva al trabajador la alegación y prueba de la inexistencia de tales causas, o de fraude, dolo... en la conclusión del acuerdo. (p.ej la empresa concluye un acuerdo de reducción de mejora contractual de salario a toda la plantilla a cambio de no reducirse a los firmantes del acuerdo, que pasan a cobrarlo en “dietas”).

En conclusión, en los casos de acuerdo en el período de consultas el trabajador puede interponer alternativamente las acciones de reposición (declaración de causa injustificada) o de rescisión del art. 41.3 ET, pero si existe una sentencia de conflicto colectivo la misma tendrá fuerza de cosa juzgada en los procesos individuales.

En los casos de acuerdo o no acuerdo sin impugnación por los sujetos colectivos legitimados, el empresario puede encontrarse con reclamaciones individuales de los trabajadores ante diversos órganos jurisdiccionales en que se discuta la existencia de la causa económica, técnica, organizativa o productiva. Para evitar el riesgo de sentencias contradictorias, el art. 124.3 LRJS, en los casos de despido colectivo ha articulado una acción declarativa con el fin de que la misma produzca fuerza de cosa juzgada en las acciones individuales, que no tiene parangón en los supuestos de modificación sustancial. Por ello, no habiendo norma alguna que se lo prevea expresamente, como en el caso del art. 124.3 LRJS, entendemos que el empresario no puede acudir a la acción colectiva de declaración de justificación de la causa, que suspendería las individuales

y produciría efectos de cosa juzgada en las mismas, evitando sentencias contradictorias, puesto que en tal caso estaría ejercitando una suerte de acción de jactancia, mero declarativa sin un interés real, sino hipotético (vid SSTC 210/92, 65/95 o STS 3/05/95); aunque bien es cierto que podría identificarse dicho interés en la evitación de sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos y la necesidad de determinar en una sola resolución la existencia y justificación de las causas ETOP, como ha hecho el legislador en el caso del art. 124.3 LRJS.

En los casos de conclusión sin acuerdo, contra las decisiones empresariales unilaterales se podrá reclamar en conflicto colectivo (art. 153. y 247 LRJS), que será ejecutable, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 del art. 41ET. Esta remisión, en que- a diferencia de los casos de acuerdo- no se precisa el párrafo del apartado 3 del art. 41 ET, entendemos se refiere tanto a la acción de rescisión como a la acción reposición a las anteriores condiciones.

La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución. En este punto hay que cuestionarse si la interposición de conflicto colectivo en casos de falta de acuerdo, paraliza sólo las acciones de reposición o también las de rescisión. Entendemos que debería paralizar ambas, pues la acción de rescisión se basa en una modificación sustancial basada en causas justificadas existentes que el trabajador acepta. Sin embargo, pendiente una acción de conflicto, puede ocurrir que se declare fraude e inexistencia de dicha causa, por lo que en tales casos, existiría una prejudicialidad que el legislador pretende resolver dando preferencia a la acción colectiva que ha de suspender las individuales.

7.3. Modificación sustancial de condiciones de origen convencional

Como novedad a destacar de la reforma introducida por la Ley 3/2012 tenemos la relativización del principio de vinculatoriedad de los convenios colectivos.

En efecto, aunque los Convenios son aún obligatorios dentro de su ámbito especial y temporal (art. 37.1 CE y art. 82.3 ET), sin embargo se convierte el mero riesgo de la empresa en una suerte de “*rebus sic stantibus*” que autoriza su inaplicación o descuelgue en la práctica totalidad de las materias negociadas en convenio estatutario, por varias vías.

Una de ellas, la que vamos a comentar, es la conocida ya como “descuelgue de convenio”, prevista en el art. 83.2 ET que se caracteriza por ser una inaplicación de parte de un convenio de sector o de empresa, al concurrir causas ETOP, sustituyendo durante un tiempo determinado las condiciones del CCol por otras pactadas *ad hoc*. Como característica de este proceso de “descuelgue

de convenio”, destaca la sumisión, en caso de falta de acuerdo, a un arbitraje impuesto por la CNCC, lo cuál es de dudosa constitucionalidad³³.

Se merma así la vinculatoriedad del Convenio colectivo de sector y de empresa al permitir cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o productivas el descuelgue no sólo del régimen salarial, sino del amplio listado de materias que contempla el art. 82.3 ET.

A esta primera vía de relativización de la vinculatoriedad de los Convenios, prevista en el art. 82.3 ET hay que añadir una segunda vía, la del art. 84.2 ET, que establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto de los de Sector estatal, autonómico o inferior, de forma que la regulación de las condiciones establecidas en tales convenios *puede dejarse sin efecto en cualquier momento de su vigencia* por un convenio de empresa. A diferencia de la vía del art. 82.3, la del art. 84.2 ET tiene vocación de permanencia en el tiempo y no hay un acuerdo sustitutivo de las condiciones establecidas en el convenio aplicable, sino una mutación de la unidad de negociación, un cambio de condiciones y un nuevo convenio aplicable a las relaciones laborales afectadas por otro convenio.

Una vez efectuado este primer análisis, ahora examinaremos las causas que justifican el “descuelgue de convenio” del art. 83.2 ET, las condiciones laborales que pueden verse afectadas y el procedimiento a seguir para ello.

7.3.1. La definición de las causas

En cuestión de las causas para el descuelgue hay que destacar diversos puntos de interés.

El primero, desde una perspectiva comparativa con otras medidas de flexibilidad interna y con medidas de flexibilidad externa, es que las causas ETOP en el art. 82.3 ET son más rigurosas que las previstas en el art. 40 y 41 ET. Ello contrasta con la práctica identidad entre las causas para el descuelgue y las del despido colectivo y suspensión o reducción de jornada (arts. 47, 51.1 y 82.3 ET), con la única diferencia de que la presunción de persistencia de la reducción de ingresos o ventas es de 2 trimestres en el caso de descuelgue y reducción de jornada y suspensión de contrato y de 3 trimestres en el caso de despido. Tal comparación nos indica la prioridad de la flexibilidad interna frente a descuelgue y la del descuelgue frente al despido.

³³ Vid. RD 1362/12 de 27 de septiembre, que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuyas funciones exceden en mucho de las meramente consultivas y se introducen de lleno en la sustitución de la autonomía colectiva de forma claramente inconstitucional (vid. STC 92/92).

Un segundo punto de interés en la (in)definición causal es la eliminación de toda referencia a la finalidad que se pretende lograr con el descuelgue o inaplicación del CCol, pues se excluye la necesidad de que las causas puedan dañar a la estabilidad económica (en la redacción anterior al RD-Ley 7/2011) o a que la situación o perspectivas económicas puedan verse negativamente afectadas a consecuencia de la aplicación del convenio, afectando a las posibilidades de mantenimiento de empleo en la empresa (en la redacción del RD-Ley 7/2011). Esta indefinición de la finalidad es acorde con la tónica general de huída del control judicial del poder empresarial que se produce en todas las medidas de flexibilidad interna y también en el despido colectivo.

Una vez efectuadas estas consideraciones sobre las causas, pasemos ahora a examinar la definición que de las mismas hace el art. 82.3 ET: Como novedades introducidas por la Ley 3/2012, sobre el RD-Ley 3/2012 destacan el descenso de ventas, como causa económica; que los ingresos han de ser ordinarios (con exclusión de los ingresos extraordinarios en el cómputo del descenso de ingresos) y que la comparación para determinar el descenso de ingresos ordinarios o ventas ha de hacerse con el mismo trimestre del año anterior.

Por otro lado, se introduce la interpretación auténtica del concepto de persistente: si se produce durante 2 trimestres consecutivos, a diferencia de los 3 trimestres que se exige para el despido.

Se suprime la necesidad que la causa económica pueda afectar a la viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo, lo cuál deja a la causa económica sin justificación de la medida en un fin constitucionalmente legítimo como la viabilidad de la empresa o el mantenimiento del volumen de empleo de la empresa. La mera reducción de ventas en dos trimestres supone la inaplicación cuasi automática de lo acordado en convenio por un sujeto vinculado al mismo, sea de sector o de empresa. Algo cuestionable, sin perjuicio de que conforme se dijo pueda entenderse que tal medida habrá de estar sujeta a un juicio de razonabilidad de la medida en función, como es obvio de determinados fines³⁴.

En las causas técnicas, organizativas o productivas, a diferencia de la regulación anterior, no existe necesidad de justificar la razonabilidad de la decisión de descuelgue e inaplicación de convenio en relación a la prevención de una evolución negativa o la mejora de la situación de la empresa mediante una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

³⁴ SAN núm. 61/2012 de 28 mayo AS 2012\1050.

7.3.2. Condiciones laborales que pueden verse afectadas

Contrasta el antiguo descuelgue salarial del art. 82.ET, que venía justificado por la necesidad de evitar que dicho régimen salarial pudiera afectar a la estabilidad económica de la empresa, con el actual modelo en que se amplían las condiciones laborales que se pueden afectar a las ya mencionadas con anterioridad, que suponen una notable ampliación del ámbito de “descuelgue”.

Desde otra óptica, si comparamos el listado del art. 82.3 ET con el del art. 41 ET, la primera cuestión que destaca es el carácter abierto o ejemplificativo del art. 41 ET y el carácter de “*numerus clausus*” del art. 82.3 ET³⁵. La segunda cuestión es que el art.41 no cita las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social, que sí se contemplan en el art.83.2 ET. Sin embargo, el carácter abierto del listado del art. 41 no impide considerar incluida dicha materia en el catálogo de dicho precepto siempre que la modificación cumpla con el estándar de “sustancialidad”, que ya hemos definido más arriba.

7.3.3. Procedimiento de descuelgue de Convenio

El procedimiento para la inaplicación del Convenio de empresa o de sector del art. 82.3 ET pasa, resumidamente, por los siguientes hitos:

La modificación exige un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET. Para ello se impone un período de consultas no superior a 15 días en los términos del art. 41.4 ET, que puede concluir con acuerdo o sin acuerdo.

- En caso de acuerdo, éste debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa; su duración es temporal y supone la presunción *iuris tantum* de concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.
- En caso de desacuerdo en período de consultas cualquiera de las partes puede someter la discrepancia a la Comisión paritaria, que ha de resolver en 7 días.
- Si no se solicita la intervención o la Comisión paritaria no llega a acuerdo las partes “deben” someter la controversia a los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales del art. 83 ET.

³⁵ En este sentido véase Rey Guanter, Salvador del, La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral Actualidad Laboral, nº 17, Octubre 2012, tomo 2, Editorial LA LEY.

- Si tales procedimientos no están previstos o no solventan la controversia, cualquiera de las partes puede someter la misma a la CNCC, que resuelve por sí misma o por medio de árbitro designado al efecto en un plazo no superior a 25 días.

A la vista de ello, el período de consultas es una fase procedimental común a la prevista en el art. 41.4 ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, razón por la que nos remitimos a lo ya expuesto sobre la materia³⁶.

Conviene ahora contemplar las opciones que se abren tras la conclusión del período de consultas, distinguiendo los supuestos de finalización con o sin acuerdo. En el caso de finalización con acuerdo, se presume que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y sólo puede impugnarse por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En efecto, el abuso de derecho, fraude de ley, o coacción son causas por las que se da entrada al control de finalidad que el legislador pretende sustraer al control judicial, pues así lo prevé el art. 82.3 pfo 7º, con la presunción de existencia de la causa. Más complicado será si la falta de acuerdo se suple con un laudo arbitral impuesto como prevé de forma constitucionalmente cuestionable el art. 82.3 ET, pues en tal caso la decisión arbitral o de la CNCC tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET, es decir, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, conforme al art. 91.2 ET y art. 163.1 LRJS, utilizando el cauce de la impugnación de convenios colectivos, al que tienen vedado su acceso los trabajadores individualmente considerados (art.165.1 LRJS).

Por otro lado, el acuerdo es de naturaleza esencialmente temporal, puesto que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa, por lo que los pactos de descuelgue sólo serán aconsejables en los primeros momentos de la vigencia de los convenios que se pretenda inaplicar, de lo contrario, si se llevan a cabo poco antes de finalizar tal vigencia, quedarán sin efecto en poco tiempo y deberán reiterarse si subsisten las causas justificantes, una vez vigente el nuevo convenio de aplicación que deja sin efecto el anterior acuerdo de inaplicación. En este sentido hay que enfatizar que el RD-Ley 3/2012 suprimió el tope de 3 años de duración del acuerdo de inaplicación, lo cuál confirma la Ley 3/2012. Por otro lado, no deja de advertirse cierto desequilibrio en la supresión por la Ley 3/2012 de la posibilidad de recuperar las condiciones inaplicadas en caso de desaparecer las

³⁶ Véase epígrafe 7.2.2 sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

causas que la han originado, lo cuál supone que desaparecidas las causas ETOP que originaron el descuelgue, pactado al primer mes del primer año de la vigencia de un convenio de 2 años de duración, se mantendrán las nuevas condiciones durante el año y once meses restantes de la vigencia sin causas que lo justifiquen; algo ciertamente cuestionable.

En cuanto al contenido del acuerdo, éste debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables y su duración, que puede ser menor a la entrada en vigor del nuevo convenio de aplicación, pero no superior. Como novedad de la Ley 3/2012 el acuerdo de inaplicación no puede suponer el incumplimiento de obligaciones en materia de discriminación por razón de género de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa (arts. 45-49 LO 3/2007).

La finalización sin acuerdo supone, como primer efecto, el mantenimiento de las condiciones laborales convencionalmente aplicables.

En los casos de falta de acuerdo y de imposición de la solución por la CNCC (vid art. 22 RD 1362/12), hay que recordar TC se ha pronunciado en el sentido de que ha de considerarse contraria al art. 37.1 CE una interpretación del art. 41.1 ET que permita a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente³⁷.

En relación al arbitraje obligatorio que también se prevé pueda imponer la CNCC (vid. art. 23.1 RD 1362/12), el TC declaró inconstitucionales los arts. 25 b) y 26 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo y, consecuentemente, el arbitraje obligatorio en los conflictos colectivos de trabajo, por estimar que la existencia de esta institución restringía el derecho a la negociación colectiva sin que concurrieran elementos justificativos para esa restricción³⁸.

En definitiva, los medios autocompositivos de solución de conflictos, como las Comisiones Paritarias o como los pactados en acuerdos interprofesionales, son una manifestación del derecho a plantear conflictos colectivos, que comprende el derecho a crear medios propios y autónomos para resolverlos, pero la imposición no negociada de una solución al conflicto atenga contra la libertad sindical y la negociación colectiva³⁹, por lo que los preceptos que se comentan son altamente cuestionables desde el prisma constitucional.

³⁷ STC 92/92 de 11 de junio.

³⁸ STC 11/1981 de 8 de abril.

³⁹ STC 217/91 de 14 de noviembre; FJ nº 5.