

EL NUEVO MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESPUÉS DE LA REFORMA LABORAL

Los objetivos de la reforma:

- Creación de empleo
- Reducir la dualidad de nuestro mercado de trabajo.

Las herramientas, que promueve la reforma, son las siguientes:

- Reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y en particular la reducción de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas.
- Elevar las oportunidades de las personas desempleadas con particular atención a los jóvenes, reordenando las bonificaciones a la contratación indefinida, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral.

Se trata, no obstante, de una reforma impuesta, puesto que no se alcanzó acuerdo con los interlocutores sociales, habiendo causado, incluso, una huelga general, aunque ganaríamos mucho si todos los interlocutores sociales, en vez de culpabilizar a los demás, especialmente al Gobierno, admitieran sus propias responsabilidades, habiéndose entendido por algunos autores (Baylos Grau) que la reforma trastoca la flexibilidad interna, pactada en el “Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva”, en la que se produjo un intercambio de flexibilidad interna por estabilidad en el empleo, por un modelo que equipara flexibilidad interna con la voluntad empresarial y desplaza radicalmente la negociación colectiva al ámbito de la empresa.

La Ley 35/2010 es consciente, no obstante, que falta por desarrollar un eje decisivo para alcanzar los objetivos propuestos, que es precisamente la reforma de la negociación colectiva. – Así, en su exposición de motivos precisa que el conjunto de medidas, promovido por la ley, no contradicen la voluntad manifestada por el Gobierno a lo largo de todo este proceso de diálogo social de respetar el período que se han dado los interlocutores sociales en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito el pasado mes de febrero para acordar las modificaciones que crean convenientes en la negociación colectiva, pretendiendo tan solo, respetando la articulación legal de los convenios colectivos y manteniendo la eficacia normativa de los mismos, establecer los supuestos y condiciones en los que pueda ser necesaria una inaplicación excepcional de lo establecido en un convenio colectivo como medio para evitar la destrucción de puestos de trabajo, subrayando, en cualquier caso, que el legislador tiene bien presente que la negociación colectiva constituye el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad de las empresas a las necesidades cambiantes de la situación económica y para encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores.

El Gobierno es tan consciente de la necesidad de reformar la negociación colectiva, que en la D.A. 20ª de la ley, anuncia que promoverá las iniciativas legislativas que correspondan para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, sean acordados y les sean requeridos por los interlocutores sociales en el proceso de negociación bipartita que actualmente desarrollan conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012.

Advierte, no obstante que, en defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptará las iniciativas que correspondan para abordar, entre otros, los aspectos siguientes:

- La definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva.
- Su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo
- Su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad.
- Así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva.

LOS CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Es pacífico, que la negociación colectiva española es extremadamente pobre, limitándose, en la mayoría de los convenios, a regular jornada de trabajo y retribuciones, lo que Sagardoy denomina “monetización” del convenio.
- Dicha pobreza es predicable tanto de la negociación colectiva estatutaria, como de los acuerdos de empresa, siendo revelador que los nuevos sistemas de clasificación profesional mediante grupos profesionales y niveles retributivos, promovidos por el art. 22, 1 ET brillen por su ausencia (García Perrote), lo que ha provocado un pésimo uso de la polivalencia funcional ya permitida por el ordenamiento jurídico (Sagardoy).
- Del mismo modo, encontramos un vacío importante en los sistemas de promoción y ascenso, regulados por el art. 24 ET.
- Más grave, si cabe, el inexistente desarrollo de sistemas de distribución irregular de jornada, tanto en la negociación colectiva estatutaria, como en los acuerdos de empresa (TS 5-10-2010, rec. 227/2009, confirma parcialmente SAN 28-09-2009 (caso CASA) y SAN 23-11-2009, AS 2009\2550 (caso HIPERCOR).
- La Ley 35/2010 contiene un número considerable de llamadas a la negociación colectiva, que no voy a tratar con detenimiento, pero si voy a subrayar que su cumplimiento produciría un enriquecimiento sustancial de la negociación colectiva, bastando citar, a estos efectos, la determinación de los puestos de trabajo, que podrían cubrirse mediante contratos de obra (art. 15, 1, a) ET), la prolongación hasta cuatro años del contrato de obra (art. 15, 1, a) ET), o la prevención del abuso de la contratación temporal (art. 15, 5) ET) o la determinación de trabajos penosos y peligrosos para excluir su cobertura a través de ETT (D.A. 2ª, a) Ley 35/2010, de 18 de septiembre.

LAS REGLAS DE FUERZA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

- Parece, que hay conformidad en la necesidad de modificar el sistema de fuentes del derecho del trabajo reguladas en el art. 3 ET (Valdés; Durán y Sagardoy).

- No hay conformidad sobre el modo en que debería abordarse dicha modificación, debiendo anticiparse que el modo en que abordemos este problema asegurará el éxito o el fracaso de la reforma.
- Así, el profesor Valdés ha defendido que contribuiría a mejorar la situación actual, la promoción de los objetivos siguientes:
 - a. – Normalizar jurídicamente todos los productos de la negociación colectiva (Valdés).
 - b. – La finalidad de esta reforma habría de limitarse a otorgar certidumbre jurídica a la negociación colectiva, implantando un derecho común mínimo, aplicable a la negociación colectiva y a la integridad de sus instrumentos contractuales, todos los convenios colectivos, sea cual fuere su eficacia personal y su modo de tramitación.
 - c. – Se trataría de asegurar que todos los productos de la negociación colectiva tengan fuerza vinculante, extremo este en el que coincide Durán.
 - d. – Propone, por tanto, que se modifique el art. 3, 1, b) ET, de manera que todos los productos de la negociación colectiva pasen a ser propiamente fuentes de la relación laboral, sea cual fuere su eficacia subjetiva, así como sus contenidos, provocando, por consiguiente, su inderogabilidad absoluta o relativa al igual que el convenio colectivo estatutario, lo que obligaría, en consecuencia, a modificar también el art. 3, 1, c) ET, precisando, no obstante, que un convenio de eficacia limitada, posterior al convenio estatutario, no podrá afectarle durante su vigencia.
 - e. – Del mismo modo, procedería suprimir el principio de norma más favorable, puesto que el de norma mínima sería suficiente, ya que si la oposición es entre normas estatales deberán aplicarse los principios de modernidad, jerarquía y especialidad y si se trata de conflictos entre normas legales y convencionales, deberá anularse la norma convencional, que se oponga a la norma legal y si no se trata de un conflicto opositivo, tratándose de problemas de suplementariedad o complementariedad habrá de aplicarse el principio de norma mínima.
 - f. – Debería establecerse que lo establecido en cualquier producto de la negociación colectiva, sea estatutaria o no, es indisponible durante su vigencia.
 - g. – Defiende también que si un convenio extraestatutario sucede a un convenio estatutario, no sería aplicable a los empresarios y trabajadores no representados por sus firmantes.
 - h. – Propone, como derecho común que se extienda a todos los productos de la negociación colectiva los arts. 3, 1, 3, 5 y 6 nuevos; 82, 1; 2 y 4 (referidos a concepto y eficacia); 83, 1 (libertad de negociación); 85 (contenidos); 86, 1; 2 y 4 (vigencia, ultractividad y derogabilidad); 89, 2 y 4 (deber de constituir la mesa negociadora y posibilidad de nombramiento de mediador); 90, 1 y 4 (forma escrita y entrada en vigor fijada de común acuerdo) y 91 (aplicación e interpretación).

Frente a esta postura, se ha defendido la necesidad de contractualizar la negociación colectiva, entendiendo que la normativización de los convenios colectivos estatutarios constituye un error no exigido por la CE, que confunde las fuentes del derecho con las fuentes de las obligaciones, proponiendo, por consiguiente, que desaparezca la ultractividad de los convenios colectivos, si bien no frontalmente, asegurando la

permanencia de la regulación de jornada y retribución (Durán), entendiéndose que de ese modo se dinamizaría la negociación colectiva.

Dichas propuestas chocan frontalmente con una reiterada doctrina constitucional, por todas, STC27/2004, RTC 2004\27 , en la que se mantuvo lo siguiente: “Así debe entenderse, según señalábamos en la STC 177/1988, de 10 de octubre (RTC 1988\177) , F. 4, mucho más cuando en el Ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la Ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea *per se* contraria al principio de igualdad (SSTC 119/2002, de 20 de mayo [RTC 2002\119] , F. 6, y 177/1988, de 10 de octubre [RTC 1988\177] , F. 4)”.

En la misma dirección, STS 30-09-2010, rec. 186/2009, donde se distingue claramente entre el efecto normativo del convenio colectivo estatutario y el efecto obligacional del convenio extraestatutario, por lo que parece poco razonable que polaricen la negociación, ya que puede anticiparse que no habrá conformidad en la mesa de negociación.

Más matizadamente, se ha propuesto que la ultractividad se prolongue solamente durante un año desde la terminación de la vigencia del convenio (Sagardoy)

NUEVA REGULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL

- Se ha propuesto (Valdés) también que se regule la legitimación para la negociación de grupos de empresa, sugiriendo, a estos efectos, la creación de comités de grupo de empresa, alternativamente la negociación a través de todos los representantes unitarios de las empresas del grupo y, en su defecto, mediante las secciones sindicales, que ostenten la mayoría de los representantes unitarios.
- STS 28-10-1999, RJ 1999\8510.

NUEVA ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Se apuesta por no adoptar una postura rígida o dogmática, proponiendo que los ámbitos de la negociación se rijan por la especialización (Valdés), mientras que otros sectores (Durán) apuestan decididamente por la simplificación, proponiendo básicamente dos espacios negociales: convenio sectorial y de empresa, apostándose desde otras posiciones (Sagardoy) por la articulación, de manera que el convenio de ámbito superior no sea un “corsé” para la empresa.

CONCURRENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Propone una nueva regulación del art. 84 ET, de manera que cumpla específicamente su razón de ser, apuntando varias alternativas:

- Que solo se pudiera alterar lo establecido en un convenio durante su vigencia conforme a las reglas del art. 83, 2 ET, debiendo recordarse que el presupuesto constitutivo es que este tipo de acuerdos se negocie por sujetos más representativos (TS 10-07-2007, RJ 2007\7112 ; SAN 12-02-2010, ROJ 591/2010 y SAN 23-09-2010, proce. 120/10, ROJ 4320/10)
- Que solo quepa excepcionar el mandato citado mediante acuerdos de ámbito autonómico.
- Que esta posibilidad solo sea viable cuanto la autorice el acuerdo interprofesional.

LA APUESTA DEL ÉXITO: EVITAR LOS POSICIONAMIENTOS IDEOLOGIZADOS

- No comparto, sin embargo, que los acuerdos de empresa (subsidiarios; suspensivos; modificativos; derogatorios; de sucesión de empresa; extintivos; los que ponen fin al conflicto colectivo y la huelga) sean considerados como extraestatutarios, tratándose claramente de un tercer género, al que debería dotarse, además de eficacia general, de eficacia normativa.
- Creo útil el introducir reformas, que aseguren la representatividad de las Asociaciones patronales en la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa, lo que se resolvería fácilmente mediante indicadores adecuados y en concreto los boletines de inscripción a la Seguridad Social, regulados en el art. 99 LGSS (Mercader Uguina) y los boletines de afiliación, regulados en el art. 100 LGSS.
- Comparto la necesidad de establecer reglas de legitimación para los convenios de grupo de empresa, que han sido resueltos de modo satisfactorio por la jurisprudencia, por todas, STS 28-10-2009, RJ 1999\8510.
- Sería oportuno establecer criterios claros respecto a la distinción entre comisiones negociadoras y administradoras y/o aplicativas del convenio colectivo, que permitan trabajar operativamente a las comisiones, asegurando, al tiempo, la pluralidad sindical y el principio de proporcionalidad (SAN 19-11-2010, caso NUCLENOR).
- Probablemente sería bueno comprometer que los trabajos de las comisiones mixtas, en las que la frontera entre la naturaleza negociadora o aplicativa se diluye normalmente, sean considerados exclusivamente como trabajos a someter a la comisión negociadora del convenio, donde debe quedar claro que deberá negociarse, no bastando la mera ratificación (TS 25-06-2010, rec.78/2009).- En la misma línea se ha entendido que no vulnera la libertad sindical excluir a sindicato no firmante del convenio, de las comisiones aplicativas del mismo, conformadas a propuesta de la Comisión Negociadora y condicionadas a su aprobación por el comité general de empresa (TS 13-04-2010, confirma SAN 26-03-2009, proce. 202/08).
- Creo también que los ámbitos de la negociación colectiva deben mantenerse disponibles para las partes, pero aplicando criterios de especialización, de manera que sea el convenio sectorial quien determine qué aspectos son negociables en ámbitos inferiores.

NOVEDADES PRODUCIDAS EN LA LEY 3572010 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El art. 6 de la Ley 35/2010, de 18 de septiembre introduce dos novedades importantes mediante la nueva regulación del art. 82, 3 ET, así como en el art. 85, 3, c), referida la primera a la inaplicación del régimen salarial previsto en los convenios de ámbito superior a la empresa y el segundo a los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el art. 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos.

El éxito o el fracaso de ambas instituciones va a depender en gran medida del resultado del mandato, previsto en el art. 41, 6 ET y 82, 3 in fine ET, donde se encomienda a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 ET, el establecimiento de los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91.

MODIFICACIÓN COLECTIVA DE CONDICIONES DE TRABAJO CAUSADAS EN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO

Dicha regulación ha sufrido modificaciones importantes tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 18 de septiembre, que ha añadido entre las condiciones, susceptibles de modificación, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a la distribución irregular de jornada, como no podría ser de otro modo, puesto que el modo en que se trabaje la jornada convenida no afecta propiamente a la jornada que es puramente cuantitativa.

El art. 41, 6 ha simplificado el plazo del período de consultas, que se reduce a período máximo de quince días, aunque nada impide, en principio, que las partes prolonguen dicho plazo, siempre que alcancen acuerdo definitivo (Baylos Grau).

Se ha introducido una modificación importante en lo que se refiere a la representación de los trabajadores, puesto que en las empresas que no tengan representación unitaria, que son la inmensa mayoría de las empresas de este país, se han abierto dos fórmulas, cuya elección corresponde a los propios trabajadores afectados, quienes podrán nombrar una comisión ad hoc, compuesta por tres miembros y elegida democráticamente por los mismos trabajadores, o por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma, lo que provocará múltiples problemas de elección, especialmente en sectores donde haya una representación plural, lo que augura mayor porvenir a la primera opción, es decir la elección entre los propios trabajadores. – En cualquier caso, la modificación no podrá realizarse mediante acuerdos individuales en masa (STC 107/2000).

El art. 41, 4 ET contempla la posibilidad de que los negociadores acuerden en cualquier momento sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo para el período de consultas.

El período de consultas podrá terminar con acuerdo, en cuyo caso se presume que concurren las causas exigidas, lo que alivia las cargas probatorias de los negociadores, quienes no están obligados a probar la concurrencia de causas, aunque se

impugne el acuerdo, lo que deberá realizarse por el procedimiento del art. 163 TRLPL, apoyándose exclusivamente en la concurrencia de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, lo que se ha considerado como “blindaje” del acuerdo frente al control judicial (Baylos Grau).

El alivio de cargas probatorias no significa, en modo alguno, que el acuerdo pueda no fundarse en las causas reiteradas, aunque el art. 41, 6 ET utilice la expresión “se podrá efectuar en todo momento por acuerdo...”, ya que dicha interpretación supondría descausalizar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que pugna frontalmente con la institución comentada y provocaría precisamente que pudiera combatirse por fraude de ley, ya que se utilizaría este procedimiento con una finalidad prohibida por el ordenamiento jurídico, como es dejar sin efecto un convenio colectivo durante su vigencia sin causa justa. – El acuerdo deberá notificarse a la comisión paritaria del convenio.

El acuerdo podrá impugnarse, por consiguiente, por las causas citadas y estarán legitimados para su impugnación los sujetos colectivos, que se apoyen en las causas reiteradas, así como los terceros que se vean perjudicados por la medida.

Si el período de consultas concluye sin acuerdo, no será posible modificar las condiciones sustanciales causadas en convenio colectivo estatutario, salvo que sea obligatorio, mediante acuerdo interprofesional de ámbito estatal o autonómico, conforme al art. 83 ET, la sumisión a un procedimiento de arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos alcanzados en el período de consultas y solo será recurrible de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 91 LPL.

Será posible, así mismo, someterse a los procedimientos, establecidos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación de estas modificaciones, que se establezcan en los convenios colectivos, conforme a lo dispuesto en el art. 85, 3 ET, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

La concurrencia de estos sistemas constituye, a mi juicio, una garantía añadida para los trabajadores, puesto que si no existieran dichos procedimientos obligatorios, si el período de consultas culmina sin acuerdo, siempre que concurra causa, supondrá que la empresa, cargada de razón, podrá poner en marcha medidas más ofensivas, dada la enorme intercomunicabilidad entre medidas de flexibilidad interna y externa, como veremos más adelante.

El período de vigencia de las medidas novadas no podrá ser superior al de vigencia del propio convenio modificado, entendiéndose por la doctrina científica que no se incluye el período de ultractividad (Mercader Uguina).

Se ha discutido finalmente si los acuerdos, alcanzados por estos sistemas, pueden modificarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 41, 5 ET, debiendo anticiparse una respuesta positiva, siempre que concurran nuevas causas, no pudiendo apoyarse, por consiguiente, en las que causaron la modificación inicial, puesto que comportaría un auténtico fraude de ley.

LOS ACUERDOS DE DESCUELGO SALARIAL

Las reformas, producidas por la Ley 35/2010, de 18 de septiembre, han introducido numerosos cambios en la institución, que podemos resumir del modo siguiente:

La causa, exigida para la aplicación de la medida, es que situación y perspectivas económicas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento de empleo en la misma, tratándose, por tanto, de una causa defensiva, que no depende de acontecimientos futuros, de manera que debe existir una relación causa-efecto entre daño en la situación y perspectivas

económicas de la empresa, que debe asociarse a las posibilidades de mantenimiento del empleo y la aplicación de las tablas salariales del convenio, lo que exigirá una interpretación restrictiva de las causas, no bastando medidas preventivas, que se ajustan de mejor manera a la reducción de jornada por estas causas, habiéndose defendido por García González que debe existir una situación económica negativa actual o, en su defecto, actualizable en un futuro inmediato, asimilándola a la extinción del contrato por causas económicas, aunque la interpretación debe ser menos restrictiva.

El art. 82, 3 ET ha simplificado el plazo del período de consultas, que se reduce a período máximo de quince días, aunque nada impide, en principio, que las partes prolonguen dicho plazo, siempre que alcancen acuerdo definitivo (Baylos Grau).

Se ha introducido una modificación importante en lo que se refiere a la representación de los trabajadores, puesto que en las empresas que no tengan representación unitaria, que son la inmensa mayoría de las empresas de este país, se han abierto dos fórmulas, cuya elección corresponde a los propios trabajadores afectados, quienes podrán nombrar una comisión ad hoc, compuesta por tres miembros y elegida democráticamente por los mismos trabajadores, o por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma, lo que provocará múltiples problemas de elección, especialmente en sectores donde haya una representación plural, lo que augura mayor porvenir a la primera opción, es decir la elección entre los propios trabajadores.

Como la regulación del período de consultas, contemplada en el art. 83, 2 ET, se asimila a la prevista en el art. 41, 4 ET, nada impide que los negociadores acuerden en cualquier momento sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo para el período de consultas.

El período de consultas podrá terminar con acuerdo, que es el centro de gravedad de la regulación legal y no el control de las causas (Baylos Grau), en cuyo caso se presume que concurren las causas exigidas, lo que alivia las cargas probatorias de los negociadores, quienes no están obligados a probar la concurrencia de causas, aunque se impugne el acuerdo, lo que deberá realizarse por el procedimiento del art. 163 TRLPL, apoyándose exclusivamente en la concurrencia de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

El alivio de cargas probatorias no significa, en modo alguno, que el acuerdo pueda no fundarse en las causas reiteradas, aunque el art. 41, 6 ET utilice la expresión “se podrá efectuar en todo momento por acuerdo...”, ya que dicha interpretación supondría descausalizar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que pugna frontalmente con la institución comentada y provocaría precisamente que pudiera combatirse por fraude de ley, ya que se utilizaría este procedimiento con una finalidad prohibida por el ordenamiento jurídico, como es dejar sin efecto un convenio colectivo durante su vigencia sin causa justa. – El acuerdo deberá notificarse a la comisión paritaria del convenio.

El acuerdo podrá impugnarse, por consiguiente, por las causas citadas y estarán legitimados para su impugnación los sujetos colectivos, que se apoyen en las causas reiteradas, así como los terceros que se vean perjudicados por la medida.

Si el período de consultas concluye sin acuerdo, no será posible el descuelgue salarial del convenio colectivo de ámbito superior, salvo que sea obligatorio, mediante acuerdo interprofesional de ámbito estatal o autonómico, conforme al art. 83 ET, la sumisión a un procedimiento de arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma

eficacia que los acuerdos alcanzados en el período de consultas y solo será recurrible de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 91 LPL.

Será posible, así mismo, someterse a los procedimientos, establecidos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación de los descuelgues, que se establezcan en los convenios colectivos, conforme a lo dispuesto en el art. 85, 3 ET, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, pero nada impedirá que se establezcan otros procedimientos en la negociación colectiva, como la mediación de las comisiones paritarias o regulando un procedimiento ad hoc para el control del daño, como la aportación de determinada documentación (Baylos Grau), aunque se ha defendido por otro sector de la doctrina (Doctor Sánchez-Migallón), que es dudosa la aplicabilidad de otras alternativas de resolución distintas a las previstas en la norma, pero no parece ser esa la intención del legislador, que remite a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, a quienes corresponderá establecer los procedimientos de resolución de conflictos, que habrán de ser efectivos, proponiéndose, a estos efectos, el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, puesto que la utilización del verbo “incluido” permite concluir que se trata de una opción más, posibilitándose, por consiguiente, cualquier otro procedimiento siempre que sea operativo, debiendo determinarse en los propios acuerdos profesionales los márgenes de “adaptación” que se dejan a la negociación colectiva de ámbito inferior.

La concurrencia de estos sistemas constituye, a mi juicio, una garantía añadida para los trabajadores, puesto que si no existieran dichos procedimientos obligatorios, si el período de consultas culmina sin acuerdo, siempre que concurra causa, supondrá que la empresa, cargada de razón, podrá poner en marcha medidas más ofensivas, dada la enorme intercomunicabilidad entre medidas de flexibilidad interna y externa, no pudiendo admitirse, por consiguiente, que la flexibilidad, promovida por la reforma, sea quimérica, como se ha defendido por sectores de la doctrina (Doctor Sánchez-Migallón).

El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación progresiva de convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio, del que se produjo acuerdo de descuelgue, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia ni, como máximo los tres años de duración, sin que sea admisible, en ningún caso, como no podría ser de otro modo, discriminación por razón de género.

Se ha discutido finalmente si los acuerdos, alcanzados por estos sistemas, pueden modificarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 41, 5 ET, debiendo anticiparse una respuesta positiva, siempre que concurran nuevas causas, no pudiendo apoyarse, por consiguiente, en las que causaron la modificación inicial, puesto que comportaría un auténtico fraude de ley.

CAUSAS DE EXTINCIÓN COLECTIVAS E INDIVIDUALES

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de

los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de 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.

CAUSAS DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma 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.

CAUSAS DE SUSPENSIÓN

La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.

CAUSAS DE DESCUELQUE

Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.

Del examen conjunto de las causas, que justifican la extinción del contrato por causas objetivas, la suspensión del contrato, la movilidad geográfica, la modificación sustancial y el descuelgue salarial, se obtienen las consecuencias siguientes:

- La suspensión, movilidad, modificación y el descuelgue salarial forman parte de lo que hemos dado en llamar flexibilidad interna.
- Las herramientas de flexibilidad interna tienen por finalidad evitar o impedir que los empresarios recurran a la flexibilidad externa ante situaciones de crisis.
- Se insiste, por tanto, en una idea fuerza – **prevenir una evolución negativa de la empresa** – entendiéndose por prevenir, según el Diccionario de la RAE,

“anticiparse al daño”, lo que comporta que el buen empresario deberá utilizar estas herramientas cuando prevea que concurren indicios suficientes de visualización de la crisis.

- La expresión **“anticiparse al daño”** nos permite realizar una primera clasificación de las herramientas, disponibles por la empresa, para hacer frente a esas situaciones de riesgo, distinguiendo entre medidas defensivas y medidas ofensivas
- Se entiende por ofensivas, aquellas medidas en las que la evolución negativa de la empresa no se ha actualizado, tomándose las medidas para prevenir que se actualice, pudiendo utilizarse las siguientes opciones por orden de dificultad: suspensión del contrato; movilidad geográfica; modificación sustancial; extinción del contrato por causas técnicas, organizativas con claridad y con mucha menos claridad descuelgue salarial y extinción del contrato por causas productivas.
- En efecto, si el legislador ha querido que el empresario pueda utilizar herramientas de flexibilidad interna para evitar, de este modo, los despidos de sus trabajadores, se hace ininteligible que el listón de exigencias para la movilidad y modificación sustancial sea igual que la extinción por causas técnicas u organizativas, siendo más exigentes las causas productivas, en las que las disfunciones de colocación de productos de la empresa en el mercado provocará, con seguridad, descensos de beneficios más o menos persistente (TS 17-05-2005, RJ 2005\9696).
- Es verdad que la procedencia del despido exigirá acreditar la razonabilidad de la extinción, pero los indicadores para acreditar dicha razonabilidad son los mismos que los de la modificación sustancial o la movilidad: prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar su situación y perspectivas 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.
- Por consiguiente, parece evidente, que la utilización de medidas de flexibilidad interna por parte del empleador, cuando procure actuar de modo preventivo, producirá un gran valor añadido para extinciones posteriores, si no se alcanzan acuerdos con sus trabajadores en las medidas flexibilizadoras.
- A mi juicio, la única medida defensiva real es la extinción del contrato por causas económicas, aunque la nueva versión del art. 51, 1 ET ha reducido aun más, si cabe, esa consideración defensiva, puesto que la introducción de pérdidas previstas, o la disminución persistente de ingresos desnaturaliza el carácter defensivo de la medida, ya que autoriza extinciones en empresas con beneficios o con riesgo de pérdidas que no se han actualizado, por lo que desplaza el riesgo empresarial al trabajador, quien verá extinguido su contrato con causa a pérdidas futuras o a la reducción persistente de beneficios, si bien el legislador ha matizado dichas exigencias, cuando reclama, además, que las pérdidas actuales, previstas o el descenso persistente de beneficios afecte a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo, lo que permite concluir que las pérdidas actuales, o las que se prevean, así como el descenso persistente de ingresos sean de tal entidad que pongan en riesgo la viabilidad de la empresa y la pervivencia del volumen de empleo: Así STS 2-03-2009 (RJ 2009\1719) , en la que se dijo lo siguiente: " *Respecto al concepto legal precisábamos que " el término genérico "dificultades", que el art. 52.c. ET (RCL 1995\997) utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las "causas técnicas, organizativas o de producción" justificativas del despido,*

es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad. En el momento del despido tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos. Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho del art. 52.c. ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS 17-5-2005, rec. 2363/2004 (RJ 2005\9696)), pero no el despido objetivo por causas empresariales”.

- Creo también que el descuelgue salarial tiene también naturaleza defensiva, aunque menor, sin que la utilización del condicional **“pudieran verse dañadas”** permita concluir que se trata de una medida ofensiva, puesto que debe relacionarse con la propia aplicación del convenio, como se deduce de la expresión **“consecuencia de tal aplicación”**, calificándose el daño que se relaciona, al igual que la extinción del contrato por causas objetivas, con las posibilidades de mantenimiento de empleo en la empresa, de manera que deberá visualizarse una relación causa efecto entre aplicación de tablas y actualización del daño.

LAS CARGAS PROBATORIAS

En la extinción por causas económicas corresponde al empleador probar lo siguiente:

- Prueba plena de las pérdidas actuales, las previstas y la disminución persistente de beneficios.
- Dicha prueba debe ser exigente, ya que no basta cualquier tipo de pérdidas, ni tampoco cualquier disminución persistente de beneficios, por lo que deberá probarse, además que afectan a la viabilidad de la empresa y al mantenimiento del volumen de empleo.
- No obstante, la carga de la prueba, exigible para demostrar esos indicadores, es una prueba de razonabilidad o de ponderación.
- El empresario deberá probar finalmente la razonabilidad de la medida, utilizándose, a estos efectos, como indicadores ***preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado***, lo que nos conduce nuevamente a una prueba de ponderación.

Si la extinción es por las demás causas, las cargas probatorias son las siguientes:

- Prueba plena de la concurrencia de causa: introducción de nuevas tecnologías, nuevos métodos organizativos o disfunciones productivas.
- Prueba de razonabilidad de que la extinción preservará una evolución negativa de la empresa, entendiéndose que no es obligatorio que se hayan actualizado pérdidas, ni descenso persistente de beneficios, debiendo probar que la extinción ha producido una mejor organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Si se utilizan instrumentos de flexibilidad interna y/o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, las cargas probatorias son las siguientes:

- No es necesario que haya problemas actuales.
- Basta con anticiparse a la concurrencia de una evolución negativa de la empresa, de manera que habrá de practicarse una prueba de ponderación, que permita concluir la existencia de riesgos de pérdidas o de reducción de beneficios para que prospere la medida.

- Prosperará, así mismo, si se acredita una mejor organización de los recursos, entendiéndose que se produce así si favorece su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Si se pretende suspender el contrato y/o reducir la jornada, las cargas probatorias son las siguientes:

- Deberá probarse que concurre una situación “coyuntural”, entendiéndose como tal una coyuntura negativa, porque si no la causa sería ininteligible, debiendo distinguirse, a estos efectos, entre situación coyuntural, frente a situación estructural, correspondiendo al empresario acreditar plenamente la concurrencia de dicha situación “coyuntural” de dificultad.
- Deberá probarse de modo ponderado que la medida es necesaria para superar dicha dificultad.

Si la decisión es descolgarse del convenio, el empresario deberá probar lo siguiente:

- Prueba plena de que la aplicación de la tabla salarial provoca daños en la situación y perspectivas de la empresa.
- El indicador, para acreditar la concurrencia de causa, es que afecte a la pervivencia del empleo, lo que comportará una prueba de ponderación.

CONEXIÓN DE LAS MEDIDAS

Parece claro que el empleador, cuando concurren dificultades económicas, dispone de tres herramientas:

- La suspensión del contrato, que tendrá normalmente el acuerdo de los trabajadores, al tratarse de la medida menos gravosa.
- El descuelgue salarial, en el que obtendrá normalmente acuerdos, porque si concluye sin acuerdo el descuelgue, si concurre causa, es decir si existe un daño actual, que pone en riesgo la pervivencia del empleo y no se acepta el descuelgue, el empresario estará cargado de razón para la medida siguiente, ya que el listón es extremadamente bajo, al ser impensable que un empresario pretenda descolgarse porque ha reducido persistentemente sus beneficios o porque prevea pérdidas futuras, por lo que lo lógico es que el descuelgue se proponga cuando ya hay pérdidas.
- Movilidad geográfica y/o modificación sustancial de condiciones por causas económicas.
- Extinción del contrato por causas económicas.

Si las causas son técnicas, productivas o económicas, el juego de conexión sería el siguiente:

- Movilidad geográfica, si concurre causa.
- Modificación sustancial, incluyendo modificación de condiciones derivadas de convenio colectivo, al ser impensable el desacuerdo, puesto que la intercomunicabilidad entre modificación y extinción es mínima, como vimos más arriba.

RICARDO BODAS MARTÍN
PRESIDENTE SALA DE LO SOCIAL
DE LA
AUDIENCIA NACIONAL