

MODIFICACION DE CONDICIONES y FLEXIBILIDAD INTERNA

Daniel Toscani Giménez. Profesor Titular de la Universidad de Valencia

Comunicación presentada a la Ponencia de Belén Villalba Salvador

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CAUSAS Y MATERIAS. III. TIPO DE CONVENIOS O PACTOS COLECTIVOS IMPLICADOS. IV. PROCEDIMIENTO. SUPUESTO ESPECIAL EN CASO DE AUSENCIA DE REPRESENTANTES LEGALES.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las demandas empresariales que a veces se formulan es la necesidad de más flexibilidad interna, para evitar la externa. Por otra parte, la crisis económica actual habría puesto claramente de manifiesto que los medios masivamente utilizados por las empresas para obtener flexibilidad y adaptarse a la coyuntura económica son los de flexibilidad externa, particularmente la contratación temporal. Esa opción por la flexibilidad externa frente a otras posibles medidas de flexibilidad interna diferencia a España respecto a las prácticas utilizadas en otros países de la Unión Europea y explica en parte por qué el desempleo crece mucho más y mucho más rápido en nuestro país.

La reforma laboral da una nueva vuelta de tuerca para replantear una revisión de las relaciones entre los arts. 40 y 41 y el 51 del ET y la actuación de estos instrumentos en relación con el convenio colectivo. Es, sin embargo, ciertamente discutible que queden salvaguardados los derechos en algunas de las medidas como la modificación de condiciones, como se verá. Tampoco se establece una preferencia de estas medidas de flexibilidad interna, como intento previo necesario, antes que recurrir a los despidos por causas empresariales, pues las consecuencias son muy distintas para los trabajadores. En efecto, Los ERES sustituyen muchas veces el procedimiento del art. 41 del ET. En este sentido se ha señalado¹ que hay para una o varias situaciones diferentes instrumentos (art. 39 ET, art. 40 ET, art. 41 ET, art. 52 c) ET, art. 47 ET y art 51 ET), que sirven para actuar, a veces, ante situaciones parecidas, sin que en ninguna parte del ordenamiento se imponga con la suficiente rotundidad ni la necesidad ineludible de proporcionalidad ni el carácter esencialmente subsidiario del despido por causas empresariales. Prevalece la libertad de empresa para optar por unas u otras medidas, sin que se quiera intervenir fijando verdaderamente unas prioridades de flexibilidad interna, es más bien un menú a la carta de posibilidades para que decida la empresa.

El ET dispersa los preceptos que abordan estas necesidades de flexibilidad y adaptación interna

¹ CABEZA PEREIRO.J. y BALLESTER PASTOR, M.A., “Informe sobre el empleo, 2010”, Madrid, 2010. Ministerio de Trabajo., p. 60.

de las condiciones de trabajo: el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET, el de movilidad geográfica del art.40, el de movilidad funcional del art.39, el de descuelgue del art.82.3, y el de suspensión del contrato y reducción de jornada del art.47. La reforma laboral de 2010 aproxima los procedimientos pero no los unifica en un sólo procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo como procedimiento central de crisis como pedía la doctrina², que se aplicara en todo tipo de modificaciones sustanciales, en especial en las actuales del art.41.

Veamos a continuación las principales modificaciones que introduce la reforma laboral y que afectan tanto a los supuestos de modificación sustancial de condiciones del art. 41 del ET como a los de movilidad geográfica del art. 40.

II. CAUSAS Y MATERIAS

Según el art.41.1 del ET antes de la reforma laboral de 2010 se entendía que concurren las causas a que se refiere este artículo:

“cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a 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”.

La ley 35/2010 de reforma laboral de 2010 ha modificado la redacción del precepto de manera que las causas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se dan:

*“ 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.*

La reforma laboral, pese a que en el art.41.1. dice que se pueden llevar a cabo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, la consideración posterior de las causas hace que se aproximen más a las técnicas, organizativas o productivas, con lo que no se da así un total paralelismo con el art. 51 del ET, es decir, no se plantea la modificación como forma de abordar dificultades económicas negativas ya existentes³, la crisis de empresa, aunque sí conseguir un abaratamiento de costes, una mejora de la eficiencia económica y un mejor

² CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M. A. op.cit. p.68.

³ STS 17 de mayo de 2005 (RJ 9696), SAN 28 de septiembre de 2009 (RJ 4089/2009).

funcionamiento de los recursos, es decir razones similares a las de las causas organizativas- no las económicas- de los arts. 51 y 52 del ET, ahora unificadas.

Sin embargo, sí añade como novedad importante la **modificación “preventiva”**, es decir, la que se lleva a cabo con la finalidad de prevenir una evolución negativa que en este caso sí puede identificarse con una evolución económica.

De acuerdo con la afirmación general de la exposición de motivos del RDL 10/2010 y de la ley de reforma laboral, se pretende en este caso, al menos de manera indirecta, mediante el fomento de la flexibilidad interna, prevenir y evitar en el futuro la destrucción de empleo o las extinciones de contratos.

El art. 5 del RDL 10/2010 y de la ley de reforma laboral viene a reformar el art. 41 del ET, en primer lugar, incluyendo expresamente una nueva materia que se puede modificar, esto es, **la distribución del tiempo de trabajo**. Lo cual, “prima facie”, llama la atención, pues la propia **relación de condiciones de trabajo enumeradas en el art. 41**, se reconoce que es únicamente a título ejemplificativo, de tal modo que se deben entender incluidas todas aquellas condiciones que se refieran a la relación laboral, aunque no hayan sido enumeradas legalmente⁴. Así, aún cuando la mayoría de los pronunciamientos van referidos a supuestos de modificaciones de la jornada, del horario, del sistema de turnos o del sistema retributivo⁵, podemos encontrar otros supuestos referidos al régimen de permisos y licencias⁶ e incluso ejemplos más anecdóticos, como la supresión de un servicio de autocar que prestaba la empresa⁷ o la retirada de una tarjeta de compra con descuentos especiales para comprar en el economato de la empresa⁸. No obstante, la cuestión es distinta cuando se trata de modificaciones que afectan a condiciones de trabajo reguladas en convenios colectivos, como es el caso de la jornada, pues en tal caso el art.41.6 “in fine” dice que “la modificación *solo* podrá referirse a las materias señaladas en los párrafos b), c), d) y e) del apartado 1 y deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá

⁴ STS de 11 de abril de 1991 (RJ 3262).

⁵ Así, se ha señalado como modificación sustancial la sustitución de una jornada continuada por una jornada partida, La reducción de la jornada (STS de 22 de octubre de 1997 RJ 7549); (STS de 11 de junio de 1987 RJ 4334, STSJ de Andalucía de 18 de julio de 1995 AS 2772); la disminución del horario sin reducción de la jornada laboral anual, repartiendo en los puentes (STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 1996 AS 2794); el cambio de sistema de turnos (STS de 4 de octubre de 2001 RJ 1417/2002); la revisión de los tiempos y rendimientos (STSJ de Castilla-León de 23 de febrero de 1996 AS 355); la modificación de la estructura salarial pactada (SAN de 12 de junio de 1995 RJ 3689 y STSJ de Aragón de 13 de diciembre de 1995 RJ 2130); la movilidad funcional (STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 1995 AS 2130); la transformación de una partida salarial fija en variable (STS de 6 de mayo de 1996 RJ 4379), en una escala (STS de 20 de enero de 2009, Rec.133/2007). O tras pasar a una parte fija y otra variable, en ésta con anticipos, su modificación (STS de 20 de enero de 2009, Rec.4512/2007).

⁶ STS de 3 de abril de 1995 (RJ 2905).

⁷ STS de 16 de abril de 1999 (RJ. 4429).

⁸ STS de 9 de abril de 2001 (RJ 5112).

exceder de la vigencia temporal del convenio colectivo cuya modificación se pretenda”.

No obstante, como destaca la doctrina⁹, no es una aclaración meramente pedagógica, sino que tendrá incidencias prácticas de envergadura, pues la inclusión de la nueva materia se hace en el apartado b) del art. 41 del ET, de tal modo que, de acuerdo con su apartado 6, es una materia que se puede modificar a pesar de que se haya acordado en convenio colectivo estatutario.

Otra cuestión es si la modificación de la jornada cuando se traduce en distribución irregular estará sometida a los límites del art. 34.2 del ET, esto es, si deberá respetar los periodos mínimos de descanso diario entre jornada y jornada (doce horas) y semanal (treinta y seis horas), aunque este puede acumularse total o parcialmente por periodos de 15 días. La respuesta debe ser afirmativa pues la reforma laboral de 2010 sólo afectaría al procedimiento establecido en el citado art.34.2 del ET, pero no a sus límites.

En cuanto a las **materias** susceptibles de modificaciones **recogidas en convenio** que se pueden modificar han de ser excepcionales y están tasadas¹⁰. Tras la reforma laboral de 2010 las materias no se limitan a las que venía diciendo el ET, sino que se añade en el art. 41 la **“distribución del tiempo de trabajo”** lo que indudablemente afecta, como ya afirmaba el documento del gobierno, a la distribución irregular. Es por tanto una medida flexibilizadora que afecta al régimen de jornada previsto en el convenio. Como consuelo hay que recordar que en todo caso estará condicionadas por el conjunto de cautelas que estamos comentando. Supone, no obstante, un cambio importante en cuanto a los procedimientos pues mientras que en el art.34 del ET, antes de la reforma laboral de 2010, era el convenio el que debía regular la materia y el acuerdo entre la empresa y los representantes legales operaba sólo de manera subsidiaria, en cambio ahora se colocan en pie de igualdad y aunque el convenio regule la materia ello no impedirá modificarla o alterarla mediante acuerdo a nivel de empresa, acuerdo que no reviste la naturaleza de convenio colectivo, sino que sólo tiene una naturaleza “procedimental”. Y así abandona la letra a), el lugar de la jornada, materia en la que no cabe una modificación sustancial de condiciones de trabajo, si se encuentra regulada en convenio colectivo, para pasar a la letra b) (horario) en que si es factible. Se trata con ello además de **aproximar la distribución irregular a la cuestión de horario**. Lo mismo cabe decir de la modificación de la jornada de partida a continuada o viceversa, que ahora ya pasa a considerarse claramente como una cuestión de horario¹¹.

⁹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-LEY 10/2010”, en La Reforma Laboral de 2010, Director SEMPERE NAVARRO, A.V., Pamplona, 2010, pág. 291.

¹⁰ STS 11 de julio de 2006 (RJ 107/2005).

¹¹ Antes de la reforma laboral se consideraba como cuestión de jornada en STSJ Andalucía/Sevilla de 23 de marzo de 2006 y como cuestión de horario en STSJ Andalucía/Sevilla de 18 de julio de 1995 (Rec.2250/1995). Sobre esta cuestión véase MONREAL BRINGSVAERD, E., “La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo, Madrid, 2005, ed. CES. p.209, y TRILLO PARRAGA, F. “La construcción social

Esta posibilidad puede afectar a las medidas de adaptación de la jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar, respecto de las que el ET otorga un protagonismo decisivo al convenio colectivo, sin que pueda englobarse en el concepto de adaptación del horario según la jurisprudencia¹². En efecto, según el art. 34.8 del ET “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 en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”. Ahora puede entrecruzarse con la vía de la modificación de condiciones de trabajo del art. 41 del ET. En ningún caso cabría alterar o modificar mediante el art. 41 del ET la adaptación del horario pactada individualmente entre el empresario y el trabajador.

La reforma laboral de 2010 no ha adoptado las propuestas de liberalizar todas las condiciones de trabajo por la vía del art. 41 y en especial de la jornada, incluso aun regulada en el convenio colectivo¹³.

III. TIPO DE CONVENIOS O PACTOS COLECTIVOS IMPLICADOS

Una de las cuestiones que se planteaba antes de la reforma laboral de 2010 era racionalizar y simplificar el modo de determinar el **carácter individual o colectivo de la modificación**, eliminando la referencia a decisiones empresariales unilaterales de efectos colectivos, de tal forma que sólo se considere de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones que disfruten los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, pues no tiene sentido diferenciar entre contrato de trabajo y decisión unilateral de efectos colectivos, que es una distinción artificiosa que sólo lleva a confusión y a situaciones de inseguridad¹⁴.

y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales” Valladolid, 2010, ed. Lex Nova., p.191.

¹² STS de 18 de junio de 2008 (RJ 4230) y 19 de octubre de 2009 (RJ 7606). Una crítica a esta tesis en MERINO SEGOVIA, A. “La reordenación del tiempo de trabajo. Incidencia de la negociación colectiva” en BODAS MARTIN.R. (Coord.), “La negociación colectiva ante la crisis económica” Albacete, 2010, Bomarzo, pp. 70-71.

¹³ Así, las enmiendas del Grupo Mixto n. 253 en el Senado y las 19, 273 y 274 de UPN en el Senado. A favor, en cambio, de una vuelta a la redacción anterior contemplando solo el horario y ni siquiera la distribución de la jornada, la enmienda de GPEC n. 138 en el Senado.

¹⁴ Tal afirmación se pone de manifiesto de una forma muy gráfica analizando las sentencias contradictorias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en el supuesto de un complemento de función, acordado voluntariamente por una empresa y que, posteriormente, desea modificar. En efecto, con los mismos hechos la SAN de 9 de julio de 2007, núm. 81/2007 y 86/2007, establece que la modificación posterior del plus, de forma unilateral por la empresa, no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo de ningún grupo genérico de trabajadores, no siendo preciso seguir el trámite del art. 41.4 del ET. Para ello argumenta que el referido complemento nace de una decisión exclusiva y soberana de la empresa, siendo en consecuencia un sistema retributivo autónomo respecto del Convenio Colectivo sectorial y, por tanto, su modificación posterior no constituye nada más que la mutación del sistema, para lo

Por ello, parecía más lógico e infinitamente más sencillo determinar que las condiciones de trabajo fijadas en pacto o acuerdo colectivo, entendiendo por tal el convenio colectivo extraestatutario, se disfrutaran a título colectivo y su modificación posterior es de carácter colectivo, mientras que aquellas no recogidas en dichos pactos, las disfrutaran los trabajadores a título individual y, por ende, su modificación posterior será de carácter individual. Manteniendo, obviamente, el régimen específico establecido para las condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo estatutario, que únicamente permite de, forma taxativa, la modificación del horario, del régimen de trabajo a turnos, del sistema de remuneración y del sistema de trabajo y rendimiento y siempre con el preceptivo acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores (art. 41.2 del ET), so pena de nulidad¹⁵.

En cambio, la reforma laboral de 2010 degrada de alguna manera la eficacia de los **acuerdos o pactos colectivos de empresa**, pues pueden ser modificados unilateralmente por el empresario, y no se exige acuerdo con los representantes sin distinguir si se han negociado de acuerdo con el Título III del ET y si tienen eficacia general o no. En efecto, esta nueva regulación se mantiene finalmente en la ley de reforma laboral, pese a que inicialmente se previera el acuerdo con los representantes –o laudo en caso de fracaso de la negociación- para todo tipo de convenios o pactos colectivos, lo que permitía incluir a los acuerdos de empresa con esta garantía de estabilidad que hoy no tienen. La reforma se decanta por algunas interpretaciones jurisprudenciales que ya habían separado estos acuerdos y pactos del concepto de convenios colectivos lo que permitía la vía común de modificación de manera que incluso en defectos de acuerdo con los representantes legales pudiera llevarse a cabo la modificación por decisión unilateral del empresario¹⁶.

Así pues, cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas en virtud de **acuerdo o pacto colectivo** o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo el empresario notificará su decisión sobre la modificación que surtirá efectos transcurrido

cual es plenamente competente quien lo creó. Sin embargo, en contra, la STS de 20 de enero de 2009 (Rec.133/2007), afirma que al originarse en un acto unilateral de la empresa que se extiende a toda la plantilla, de manera indiferenciada, no habiéndose discutido su naturaleza de condición incorporada al patrimonio de los trabajadores, afecta a una de las condiciones contempladas respecto al sistema de remuneración y, por tanto, no se trata de una condición individual renunciable sin otros requisitos, porque tiene categoría de colectiva.

¹⁵ SAN de 3 de febrero de 1995 (RJ 3674) y STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 4721).

¹⁶ Así STSJ Castilla La Mancha de 11 de diciembre de 2003, (AS.467) y Navarra de 13 de octubre de 2005, (AS.3436), frente a TSJ País Vasco de 25 de octubre de 2005 (AS 799) y SAN 19 de abril de 2004 (PROV. 205479) que entendían que debía seguirse el mismo procedimiento que en la modificación de condiciones previstas en los convenios colectivos.

el plazo de 30 días a que se refiere el apartado 3 del art. 41, esto es, como si fuera modificación individual. Este procedimiento puede ser poco respetuoso con la eficacia de la negociación colectiva y con su fundamento, la libertad sindical, al afectar a acuerdos o pactos que han sido negociados por sujetos legitimados y de acuerdo con el ET con eficacia normativa y general. Esta regulación no deja de ser arbitraria, precipitada y probablemente inconstitucional y pone en cuestión la eficacia de todo un conjunto de acuerdos sobre materias concretas¹⁷.

Se mantiene, aunque con cambios de relieve, **la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos**. Así el nuevo n.6 del art.41 establece que “la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo entre la empresa y los representantes legales o sindicales de los trabajadores, en cuyo caso se entenderá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso o de las representaciones sindicales que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos”.

Los aspectos más destacados de esta nueva regulación son los siguientes:

1ª) Opera en caso de convenio estatutario, dejando fuera los extraestatutarios.

2º) Puede afectar tanto a convenios sectoriales como de empresa.

3ª) La reforma mantiene en principio la excepcionalidad del procedimiento del art. 41 para modificar el convenio colectivo, siendo el único que puede hacerlo, no otra vía individual o plural¹⁸.

4ª) En cuanto a la exigencia causal art. 41.1 dice que “se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a 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”.

Esta exigencia es común a toda modificación sustancial por lo que cuando se trata de

¹⁷ GUALDA, F. y GUALDA, M., Principales novedades del RDL 10/2010 de 16 de junio (Boe de 17 de junio) sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo” RDS n.50/2010, pp.228-229. Véase en este sentido la enmienda n.116 de Esquerra/TU/Iniciativa al proyecto de ley.

¹⁸ STS 11 de mayo de 2004 (RJ 5157), 7 de febrero de 2005 (RJ 4791), 21 de noviembre de 2006 (RJ 9217), 28 de febrero de 2007 (RJ 3388), 15 de marzo de 2007 (Rec.44/2006), 27 de mayo de 2008 (Rec.11/2007), 4 de noviembre de 2008 (Rec.163/07).

modificaciones de condiciones reguladas por convenio colectivo se exigen las causas antes mencionadas. No obstante la ley de reforma laboral ha añadido que “cuando el período de consultas finalice con acuerdo **se presumirá que concurren las causas justificativas** a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”. Lo mismo se establece en caso de acuerdo de descuelgue (art.82.3 del ET).

Y esto afecta tanto a modificaciones sustanciales que no afecten al convenio colectivo y también a las modificaciones del convenio colectivo, pues el art. 415 del ET dice ahora que tal modificación “se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4”. Luego se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

Hay un intento claro de evitar un control judicial del contenido del acuerdo. Es verdad que ya la jurisprudencia había ido relajando tal exigencia cuando hubiera acuerdo con los representantes legales de los trabajadores entendiendo que tal acuerdo otorgaba un plus de legitimidad de las demandas empresariales que permitía excluir o al menos aligerar la necesidad de un control causal¹⁹, lo que además se traducía en una especie de inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, la jurisprudencia no aceptaba tal ausencia de control cuando el empresario se excedía de los límites formales²⁰ o hubiera una falta absoluta de alegaciones por su parte²¹. No por ello entendemos que se tenga que ser menos exigente desde el punto de vista causal en tal caso. No parece que el tenor literal del precepto sea muy concluyente a favor de una interpretación casual tan automática y meramente formal. A nuestro juicio se trata de una presunción “iuris tantum”, susceptible de control judicial, no de una presunción “iuris et de iure”²².

No hay ninguna razón para cambiar el criterio interpretativo anterior, que exige que se den causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, sobre todo en el segundo supuesto, esto es, teniendo en cuenta que se trata de inaplicar el convenio colectivo, aunque sea sólo temporalmente. De ahí que, como se ha señalado, las condiciones modificables sean excepcionales y estén tasadas, lo que no ocurre con las modificaciones sustanciales comunes del

¹⁹ Así GOERLICH PESET, J.M., “El concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” AS n. 13/2007, que cita las SSTs de 11 de mayo de 2004, (RJ 5157, 21 de noviembre de 2006, (RJ 9217), 21 de diciembre de 1998, (RJ 1682/1999), 11 de abril de 2005, (RJ 4060).

²⁰ STS 5 de diciembre de 2006, (RJ 2875)

²¹ STS de 8 de enero de 2006 (RJ 394) y 14 de junio de 2006, (RJ 3204).

²² En este sentido ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna” en AAVV, “La reforma laboral del RDL 10/2010”, Valencia, 2010, ed. Tirant., p.118. En contra, en el sentido de que en tal caso se excluye el control judicial de la concurrencia de tales causas GUALDA, F. y GUALDA, M. op.cit. p.230.

art. 41 del ET.

Hay que repensar si no constituye también una **vulneración de la libertad sindical** en cuanto se proyecta sobre la negociación colectiva. No hay duda alguna cuando se produjeron modificaciones por vías individuales o plurales²³, pero tampoco está tan claro que no quepa extender las razones de la jurisprudencia constitucional cuando se lleva a cabo mediante pacto colectivo procedimental del art. 41 del ET, pues no deja de erosionar la eficacia del convenio colectivo, y la decisión puede que se adopte por sujetos totalmente distintos de los que han negociado el convenio, es decir, con una representatividad sólo limitada a una empresa o mediante representantes “ad hoc”, como se verá más abajo. Y, además, estamos ante una modificación de condiciones de trabajo, no ante una renegociación del convenio, pues sólo se abordan algunos aspectos del mismo, cuando en la negociación se aborda un todo orgánico con sus múltiples relaciones internas. Pero también aunque fuera negociada por los mismos representantes, pues no se trata de un convenio colectivo de empresa que entre en concurrencia con el sectorial o de la renegociación de un convenio colectivo de empresa *ante tempus*. Téngase en cuenta que los órganos de representación de los trabajadores en la empresa no tienen reconocimiento constitucional, a diferencia de las representaciones sindicales. Pese a que la reforma mantiene en principio la excepcionalidad del procedimiento del art. 41 para no aplicar/modificar el convenio colectivo, siendo el único que puede hacerlo, no otra vía individual o plural²⁴, sin embargo, cabría plantear si las razones de constitucionalidad y eficacia vinculante del convenio colectivo no deben ser esgrimidas también frente a los “acuerdos procedimentales”. Quizás la cuestión no se haya planteado porque lo impedía la apariencia de convenio colectivo que tienen estos pactos o acuerdos. Pero es solo una apariencia y engañosa.

La reforma laboral de 2010 parece haber seguido el criterio muy discutible de alguna sentencia del Tribunal Supremo²⁵ en el sentido de que se otorga preferencia al acuerdo de empresa como si estuviéramos antes una cuestión de concurrencia entre regulaciones colectivas, colocadas en el mismo plano, cuando el acuerdo de empresa es meramente procedimental, no normativo, pese a su eficacia general. La sentencia vendría a entender que el acuerdo de empresa se justifica por razones estrictamente funcionales de la empresa y que habrían sido aceptadas por los representantes de los trabajadores.

²³ STC 105/1992 de 1 de julio, 208/1993 de 28 de junio, 107/2000 de 5 de mayo, y 238/2005 de 26 de septiembre.

²⁴ STS 11 de mayo de 2004 (RJ 5157), 7 de febrero de 2005 (RJ 4791), 21 de noviembre de 2006 (RJ 9217), 28 de febrero de 2007 (RJ3388), 15 de marzo de 2007 (Rec.44/2006), 27 de mayo de 2008 (Rec.11/2007), 4 de noviembre de 2008 (Rec.163/2007).

²⁵ STS de 11 de mayo de 2004 (Rec.95/2003), ponente Antonio Martín Valverde, seguida por STSJ Navarra de 13 de octubre de 2005 (Rec.313/2005). Comparte esta visión CRUZ VILLALÓN.J. “Modificación del tiempo de trabajo” RDS n.38/2007, p. 37, ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad...”op. cit. p.117.

Aun admitiendo que el art.41 del ET no vulnere los art.37 y 28 de la Constitución, al menos debe interpretarse restrictivamente por lo que debe actuarse de manera muy escrupulosa con el control de las causas que permiten esta derogación singular excepcional del convenio colectivo.

Hay que seguir estando, por tanto, no a esta sentencia aislada, sino a la jurisprudencia²⁶ que insiste en la necesidad de que exista causa legal para la modificación sustancial sin que sean admisibles justificaciones genéricas del empresario. Es decir, pese al nuevo tenor literal del art. 41 tras la reforma laboral de 2010, no basta con alegar la existencia de una causa legal ni el acuerdo de los representantes para probar su suficiencia, negando de este modo al órgano judicial un control, al menos mínimo, sobre la racionalidad, suficiencia y proporcionalidad de la medida. Pese a todo, no se nos ocultan, sin embargo, las dificultades de controlar conceptos jurídicos indeterminados como los mencionados en el art.41.1 del ET²⁷ ni las dificultades que presenta controlar decisiones propuestas por el empresarios a los representantes de los trabajadores basadas en criterios de oportunidad. Aun así cabrá establecer una relación entre razones, medidas y resultados²⁸ dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

Cuando se modifique lo establecido en un convenio colectivo de empresa por la vía del art. 41 no estamos propiamente ante un nuevo convenio, pese que lógicamente el acuerdo tenga eficacia general²⁹, sino ante un acuerdo o pacto colectivo procedimental. En este sentido, como ha señalado la jurisprudencia³⁰, resulta admisible la posibilidad de que se modifique un convenio colectivo antes de que concluya el plazo de vigencia establecido, si tal modificación se lleva a cabo mediante un convenio colectivo posterior (y excepcionalmente la sentencia de 21 de febrero del 2000 admitió la modificación mediante expediente de regulación de empleo, en situaciones extremas). Pero es indiscutible que tal modificación no puede llevarse a cabo por medio de un simple pacto colectivo posterior, aunque en él intervengan todos los representantes patronales y de los trabajadores que hubiesen constituido la mesa negociadora del pertinente convenio colectivo³¹. Por esta razón no cabe un procedimiento que no sea el del art.41 para producir tales efectos, ni siquiera un ERE³².

La modificación de un convenio colectivo estatutario sólo puede llevarse a efecto por medio de

²⁶ STS de 8 de enero de 2000 (Rec.461/1999).

²⁷ CAMPS RUIZ, L.M., “La modificación de las condiciones de trabajo” Valencia, Tirant, 1994, p.57, ESTEVE SEGARRA, A., “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo por causas económicas: problemas de enjuiciamiento” Estudios de Derecho Judicial, n.88, 2006, p.221.

²⁸ STS 22 de junio de 2004 (Rec.6001/2003).

²⁹ Aunque no normativa pese a que se afirme esta eficacia por algún sector de la doctrina (SALA FRANCO, T. y THIBAUT ARANDA, J. “Guía de la negociación colectiva” MTAS, 2008, p.79.

³⁰ STS 30 de junio de 1998 (Rec.2987/1997) y 21 de febrero del 2000 (Rec.686/1999).

³¹ STS 1 de julio de 2006 (RJ 107/2005).

³² STS 27 de abril de 2006 (Rec.84/2006).

otro convenio colectivo estatutario. Y el simple pacto colectivo no tiene esta condición, aunque en él intervengan todas las representaciones referidas. Y no tiene esta condición dado que el establecimiento y aprobación de un convenio colectivo regular en nuestro país exige el cumplimiento de una serie rigurosa de requisitos y trámites, desde la constitución de la mesa negociadora mediante las formalidades que ordena el art. 89-1 del ET y con estricto acatamiento a los mandatos de los arts. 87 y 88 , hasta la publicación del convenio en el Boletín Oficial correspondiente como impone el art. 90-3, pasando entre aquel inicio y este final por todos los hitos y trámites que prevén los restantes números de los arts. 88, 89 y 90 del ET. Y es obvio que para que pueda producirse con plena licitud y efectividad la modificación anticipada de un convenio colectivo, es de todo punto necesario que el nuevo hubiese seguido con exactitud todos estos mandatos y exigencias, puesto que si no se hizo así, el nuevo pacto no es un convenio colectivo estatutario, y por ello carece de vigor para alterar o modificar el convenio precedente. Hay que cumplir, por tanto, las condiciones y exigencias de los convenios colectivos estatutarios incluso en caso de convenio colectivo de empresa³³, so pena de perder la fuerza vinculante de carácter normativo que es propia de esta clase de convenios, no de los pactos colectivos del art.41 del ET³⁴. Prueba de ello es que-cabría añadir- el art. 41.6 in fine dice que la modificación que afecte a condiciones establecidas en convenio colectivo “deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia temporal del convenio colectivo cuya modificación se pretenda”, lo que no sería necesario fijar si se tratara de una nueva negociación del convenio colectivo de empresa.

Aun admitiendo esta jurisprudencia, lo que llama la atención es que, una vez despejada la confusión sobre la naturaleza de estos pactos, no se vaya más allá y que esta construcción sirva únicamente para exigir causalidad y que no baste un mero acuerdo aun celebrado por sujetos legitimados para negociar convenios colectivos. Cabría, en cambio, llevar a sus últimas consecuencias el alcance de la eficacia vinculante de los convenios ante acuerdos de empresa y cuestionar la propia constitucionalidad de estos acuerdos que parecen construirse más bien desde categorías contractuales (excesiva onerosidad, cláusula *rebus sic stantibus*) que normativas, cuando están verdaderamente incidiendo en la propia eficacia vinculante del convenio colectivo sin ningún control desde el mismo y sin las debidas garantías en cuanto a la identidad de los sujetos colectivos implicados.

La cuestión no se ha abordado directamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha centrado en las relaciones entre acuerdos individuales entre la empresa y los propios

³³ Que cabría revisar *ante tempus* según STS de 11 de julio de 2006 (Rec.107/2005), aunque exige otro procedimiento, más lento y formalizado, el propio del convenio colectivo.

³⁴ Véase en esta línea BODAS MARTIN, R.,”La incidencia de la crisis económica en la negociación colectiva: alternativas a la crisis económica” en BODAS MARTIN, R. (Coord.)”La negociación colectiva ante la crisis económica” Albacete 2010, ed. Bomarzo, p.16.

trabajadores para la modificación o inaplicación del convenio colectivo (a veces de empresa). El Tribunal Constitucional ha entendido que tal procedimiento, al procederse por la empresa a vaciar de contenido el carácter normativo del convenio y eludir su aplicación por la vía de los pactos individuales³⁵, vulnera la eficacia vinculante del convenio colectivo y la libertad sindical en un doble sentido, subjetivo, en cuanto la negociación colectiva deriva de ella ³⁶ y en sentido institucional, en cuanto representación institucional a la que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses³⁷.

Negar u obstaculizar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos o desvirtuar su eficacia han de entenderse no sólo como prácticas vulneradoras del art. 37.1 CE y de la fuerza vinculante de los convenios declarada por dicho precepto, sino también como violaciones del derecho de libertad sindical que consagra el art. 28.1 CE³⁸.

La cuestión es si eso se produce por la inaplicación del convenio colectivo o sólo por los sujetos que lo llevan a cabo, incluso sin previsión alguna al respecto en el propio convenio. Es decir, cuando se sustituye el procedimiento colectivo del art. 41 por el acuerdo individual, como si el pacto con los representantes legales de los trabajadores preservara por sí mismo y sin más discusiones el derecho a la negociación colectiva.

³⁵ Así, STC 238/2005 de 26 de septiembre y otras anteriores como STC 225/2001, de 26 de noviembre, 105/1992, de 1 de julio, 208/1993, de 28 de junio, 107/2000, de 5 de mayo.

³⁶ El derecho a la negociación colectiva de los sindicatos está integrado en el contenido del derecho del art. 28.1 CE, como recoge, por otra parte, expresamente, la Ley Orgánica de libertad sindical al señalar que "la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical" [art. 2.1 d) LOLS], y que el ejercicio de esta actividad en la empresa o fuera de ella comprende entre otros derechos, en todo caso, "el derecho a la negociación colectiva" [art. 2.2 d) LOLS]. Ello es así, como recuerda nuestra jurisprudencia, por erigirse la negociación colectiva en un medio necesario para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts. 7 y 28.1 CE (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3) y porque la libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos, la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado por la Constitución (SSTC 9/1988, de 25 de enero, FJ 2; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; y 121/2001, de 4 de junio, FJ 2, por todas). Véase también SSTC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2; y 105/1992, de 1 de julio, FJ 5).

³⁷ STC 3/1981, de 2 de febrero, 70/1982, de 29 de noviembre, 23/1984, de 20 de febrero, 75/1992, de 14 de mayo, 18/1994, de 20 de enero. La libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordinadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar "contenido esencial" de tal derecho; parte de este núcleo del art. 28.1 CE lo constituye la negociación colectiva de condiciones de trabajo, puesto que resulta inimaginable que sin ella se logren desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el art. 7 CE (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 73/1984, de 27 de junio, FFJJ 1 y 4; 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ 4; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2 y 5; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; y 145/1999, de 22 de julio, FJ 3).

³⁸ SSTC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2; y 105/1992, de 1 de julio, FJ 5.

Para el Tribunal Constitucional no parece ser la propia eficacia vinculante del convenio la que se garantizaría a ultranza. Como dice más bien de pasada en alguna sentencia ³⁹ ello no quiere decir que “los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas. Pero en los propios convenios colectivos y en el Estatuto de los trabajadores, se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes”.

De no hacerse así y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio.

Tras la reforma laboral de 2010 las críticas más directas a la reforma desde este punto de vista se producen más bien con los cambios en el descuelgue salarial que en la modificación de condiciones del art. 41. Ciertamente no se cuestionó en razón de las materias sobre las que cabía la modificación, pues parecían limitadas y en 1994 la cuestión se centró más bien en los acuerdos modificatorios individuales en masa o plurales⁴⁰, no colectivos, sobre los que se pronunció el Tribunal Constitucional en el sentido que se acaba de ver, mientras que el descuelgue salarial parecía controlado desde la propia negociación colectiva.

Desaparecen ahora los elementos de distracción y pueden entonces verse que los problemas constitucionales que se plantean sobre el descuelgue salarial, como si fueran nuevos, en esencia la pérdida de control sobre el mismo por el propio convenio colectivo, no son distintos de los que ya había haber planteado antes sobre los pactos procedimentales de modificación de condiciones de trabajo, que ahora incluyen también la distribución de la jornada. También es cierto que en relación al horario, trabajo a turnos y demás condiciones los propios convenios colectivos remitían al propio acuerdo de empresa, incluso en la regulación de la jornada, pero este procedimiento es el único respetuoso con la negociación colectiva. En cualquier caso las cuestiones que abordan el art. 51 y el art.82.3 del ET suplen la falta de verdadera negociación colectiva en el ámbito empresarial español dada la especial configuración del tejido empresarial español con predominio de la pequeña empresa y de la microempresa. Y una defectuosa articulación de los convenios colectivos. Admitiendo que los convenios colectivos no pueden petrificarse o convertir en

³⁹ STC 105/1992, de 1 de julio.

⁴⁰ Véase por todos, CASAS BAAMONDE.M.E., “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflicto de intereses” RL II, 1995, n.5.

inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sino que están sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales, lo cierto es que para eso está la propia negociación colectiva, y sus representantes sindicales, su duración temporal, sus posibilidades de renegociación, la apertura de nuevos ámbitos de negociación, incluso de empresa. Lo que no cabe, por ser poco respetuoso con la libertad sindical y la eficacia de los convenios colectivos, es que ante la falta de acuerdo a ese nivel de los negociadores del convenio- como en el caso examinado por la STC 238/2005- las empresas procedan a inaplicar el convenio colectivo o a modificarlo por la vía antes de los acuerdos individuales o plurales y ahora por acuerdos a nivel de empresa con representantes de los trabajadores cuya representación no va más allá de la empresa, y mucho menos con una Comisión “ad hoc” de trabajadores que no han sido elegidos mediante un proceso de elecciones sindicales.

No cabe, en defecto de acuerdo, la modificación por la vía del acuerdo individual en masa, como ya se sostuvo en su momento por la jurisprudencia incluso constitucional.⁴¹

Finalmente se añade que “la modificación....deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia temporal del convenio colectivo cuya modificación se pretenda”.

Se introduce un límite máximo para la modificación de las condiciones de trabajo acordadas en convenio colectivo estatutario que no existía con la antigua redacción. En efecto, el plazo máximo de vigencia de la modificación no podrá exceder de la vigencia del propio convenio colectivo donde viene establecida la condición de trabajo que se modifica y en ningún caso más allá de tres años. Sin embargo, no se despejan las dudas que pueden surgir acerca de si se refiere a la vigencia convencional o si también se puede mantener la modificación en los casos de ultractividad del convenio colectivo (art.86.3 del ET). Parece lógico que haya que inclinarse por la segunda interpretación. Si la situación se reitera o no cambia, surge la cuestión de si cabe proceder a una nueva modificación aun por las mismas causas. A favor de esta posibilidad se ha decantado algún sector de la doctrina⁴². Sin embargo, no resulta tan clara la respuesta porque de este modo el establecer una duración máxima, el plazo de vigencia del convenio, pierde eficacia real. Las modificaciones no pueden ser sino temporales, como se encarga de recordar el propio art.41, por lo que a nuestro juicio no caben modificaciones sucesivas sino que lo que procedería más bien es abrir un área negociada propia y proceder a la negociación de un convenio colectivo de empresa, como única vía de respetar la eficacia vinculante del convenio sectorial y no reiterar su inaplicación.

⁴¹ Y todavía STC 225/2001 de 26 de noviembre y 238/2005 de 26 de septiembre.

⁴² ALFONSO MELLADO, C. “Las actuaciones...” op. cit. p.116.

IV. PROCEDIMIENTO. SUPUESTO ESPECIAL EN CASO DE AUSENCIA DE REPRESENTANTES LEGALES

En cuanto al **procedimiento** el período de consultas que debe producirse en todos los casos se fija en un máximo de quince días improrrogables, mientras que antes se decía que había de tener una duración no inferior o mínima de quince días, por lo que ahora se reduce. Lo mismo ocurre cuando se trate de movilidad geográfica del art. 40 del ET.

La finalidad del legislador es obviamente reducir el tiempo del procedimiento haciendo más flexible la gestión de la mano de obra en situaciones de necesidad empresarial que requieren respuestas inmediatas. Sin embargo, no es menos cierto que la urgencia hace más improbable que se llegue a un acuerdo en un plazo tan corto, sin que se pueda prorrogar el periodo de consultas, pues la nueva redacción es bastante determinante, haciendo pensar que se trata de derecho necesario absoluto. De lo contrario, la norma simplemente haría referencia a un periodo máximo de 15 días, al igual que antes se refería a un periodo mínimo de 15 días. No obstante, aún así, algunos autores⁴³ piensan que este carácter improrrogable no impediría una extensión del periodo de consultas ya que las partes podían pactar una mejora de la ley en este punto⁴⁴.

En este sentido la ley de reforma laboral introduce una modificación en el art.41.4. Y así en relación con el periodo de consultas hace una salvedad: la decisión de modificación sustancial deberá ir precedida de un periodo de consultas “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”, por lo que la negociación colectiva podrá buscar vías alternativas y, además, podrá alterar el plazo fijado de 15 días para este periodo. También gozará lógicamente de la facultad de sustituir el citado periodo por procedimientos de mediación o arbitraje, como pueden hacer los propios negociadores “en cualquier momento”.

Uno de los objetivos de la reforma laboral de 2010 es que las modificaciones se puedan introducir de manera que se eviten situaciones de bloqueo. Y así se contempla, como se acaba de ver, la posibilidad de que incluso se pueda sustituir el periodo de consultas por procedimientos de mediación y arbitraje que resulten aplicables en la empresa en el mismo plazo que el periodo de consultas, 15 días como máximo, plazo que puede ser de nuevo corto, salvo que las partes adopten ampliarlo y sin perjuicio de que se interprete en un sentido menos rígido⁴⁵. Es una

⁴³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-LEY 10/2010”, en “La Reforma Laboral de 2010”, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Director), Pamplona, 2010, pág. 287, ALONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna” en AAVV, “La reforma laboral del RDL 10/2010”, Valencia, 2010, Tirant, p.104.

⁴⁴ De ahí las enmiendas 50 y 137 de GPECPC en el Senado para no fijar plazo sino dejar que este sea al que garantice la posición negociadora de los trabajadores, en especial en el supuesto de ausencia de representantes legales.

⁴⁵ Así para ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones...” op. cit. p.110, podría computarse desde que

novedad pues se adelanta a la posibilidad de un futuro desacuerdo, supuesto para el cual ya se contemplan tales procedimientos en la regulación actual (art.85 y disp. ad.13ª del ET). Pese a la importancia de la modificación de condiciones contempladas en el convenio colectivo, no se exige por la reforma laboral de 2010 una mayoría cualificada para la adopción del acuerdo, sino que sigue exigiéndose una mayoría simple.

En los supuestos de **ausencia de representación legal de los trabajadores** en la empresa, nada se contemplaba en la regulación anterior a la reforma. Para salvar la ausencia de representación a veces se adoptaba alguna solución particular como acudir a la Comisión Paritaria del convenio, si así se establecía en el mismo. Fuera de este supuesto no cabía proceder a la modificación mediante la elección de representantes ad hoc o mediante acuerdos adoptados en asamblea.

En el RDL 10/2010 se vino a colmar esta laguna de manera que los trabajadores podían atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa según lo previsto en el apartado 4. En efecto el apartado 4 establecía que en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una **comisión de un máximo de tres miembros** integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta; sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. La designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. En ese caso, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales del sector.

El supuesto se aplica a modificaciones colectivas, previstas o no en el convenio colectivo, pero no a modificaciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, en que si hay representación de los trabajadores se negociará con ellos con vistas a llegar a un acuerdo, y si no la hay la modificación se adoptará por decisión unilateral del empresario.

Este sistema sustitutorio planteaba – y sigue planteando- numerosos problemas: en primer lugar, si el supuesto se refiere tanto a empresas de menos de 6 trabajadores sin representación legal, al no preverlo el Estatuto de los trabajadores, siendo discutible si puede preverlo el convenio colectivo⁴⁶, o también a supuestos de empresas de seis trabajadores o más en que legalmente se

las partes deciden recurrir a la mediación o arbitraje, pues no habría habido propiamente periodo de consultas.

⁴⁶ Véase al respecto ROMERO RODENAS, M.J., “Algunas cuestiones problemáticas en torno a la

prevé representación legal, pero que no cuenten de hecho con representantes. Como la ley no distingue deben entenderse comprendidos ambos supuestos.

En segundo lugar el plazo parece muy perentorio, 5 días, y además la no designación no paraliza el procedimiento con lo que no sabemos si podrá procederse a la designación después del citado plazo. La respuesta debe ser afirmativa pues de otro modo no tiene sentido seguir el procedimiento si no hay interlocutores con los que negociar el acuerdo. La reforma en el RDL 10/2010 ha mantenido la propuesta inicial de los 5 días pero pensada más bien para cuando se contemplaba el arbitraje obligatorio. Esta regulación dejaba muchas cuestiones sin resolver como con quién se inicia la fase de consultas dado que no hay representantes y en tanto se procede a solicitar la presencia de representantes sindicales de fuera de la empresa. Se han barajado diversas interpretaciones en relación con la fecha de inicio y con el periodo de consultas en tal plazo, como que el periodo de consultas se iniciaría con los trabajadores, pese a que no sean ellos los que finalmente negocien el acuerdo, aunque se admite la posibilidad de que puedan decidir negociar y no recurrir al mecanismo de auxilio exterior sindical mientras no se trate de modificar las condiciones establecidas en el convenio colectivo⁴⁷. Es cierto que esa posibilidad ya se admitía en los ERES⁴⁸, pero también es cierto que en el art. 51 del ET no se contemplaba el citado mecanismo facultativo de los trabajadores sin representantes.

En tercer lugar la forma de designación de la comisión es un poco rígida al establecerse sólo 3 miembros, pues puede ser insuficiente para acoger en ciertos casos a sindicatos más representativos y representativos. Y además tampoco podrían ser menos de tres pues el acuerdo se debe adoptar por mayoría⁴⁹. La fórmula utilizada plantea interrogantes, pues se hace referencia a los sindicatos más representativos y representativos del sector sin más por lo que algunos autores proponen que el artículo estaría haciendo referencia en realidad a los denominados sindicatos cuasi más representativos, ya que la redacción empleada hace dudar que se haya querido incluir a los de representatividad ordinaria⁵⁰.

En cuarto lugar, no se precisaba en el RDL 10/2010 que el acuerdo de los trabajadores atribuir su representación para la negociación del acuerdo a una comisión requerirá la mayoría. Entendemos

celebración de elecciones sindicales en centros de trabajo con menos de seis trabajadores” RDS n.35/2006 pp. 211-233, que analiza las cláusulas de los convenios colectivos que amplían las posibilidades del art. 62.1 del ET y su interpretación doctrinal y jurisprudencial. Se muestra a favor de esa posibilidad. También CABEZA PEREIRO, J., “Las elecciones sindicales” Albacete, 2009, Bomarzo, pp. 36-37, siempre que se trate de un convenio colectivo de eficacia general.

⁴⁷ ALFONSO MELLADO, C. “Las actuaciones...” op. cit. p.105.

⁴⁸ STS- 3ª- de 15 de marzo de 2002 (Rec.8584/1996) y 21 de septiembre de 1995 (Rec.994/1992).

⁴⁹ ALFONSO MELLADO, C. “Las actuaciones...” op. cit. p.107.

⁵⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-LEY 10/2010”, en “La Reforma Laboral de 2010”, Director SEMPERE NAVARRO, A.V., Pamplona, 2010, pág. 287.

que sí. Lo mismo que para la adopción del acuerdo por la Comisión. Asimismo, la fórmula empleada clarifica que se trata de una facultad potestativa de los trabajadores al decirse expresamente que estos “podrán” atribuir su representación. Por lo tanto, si los trabajadores no hacen efectiva esta opción, cabría plantear si lo puede hacer la comisión paritaria.

En quinto lugar, no se preveía si, en defecto de acuerdo en este u otro sentido, no será posible proceder a las modificaciones, pero hay que entender que la respuesta debe ser esa, por lo que en las empresas sin representantes, en especial en la microempresa los procedimientos de modificación o de descuelgue no eran factibles si no se recurría a la citada Comisión. En ningún caso cabía en el RDL 10/2010 una actuación propia de los trabajadores aceptando la modificación temporal por lo que la presión empresarial sobre los trabajadores podría ser fuerte.

La ley está empeñada en evitar a toda costa el bloqueo en el procedimiento de modificación. De ahí la letra c) del apartado 3 del artículo 85 del ET sobre el contenido de los convenio colectivos: “deberán prever procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6.... 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”.

En sexto lugar, se establecía que la designación de los sindicatos se producirá a través de la Comisión paritaria del convenio colectivo. De ser de ámbito autonómico o estatal la lejanía de la Comisión Paritaria de la pequeña empresa podía dificultar la designación de los representantes sindicales⁵¹.

La Ley 35/2010 de reforma laboral quizás para evitar tales dificultades y presiones o asumiéndolas ha optado por suavizar y diluir este mecanismo facultativo de manera que el acuerdo podrá llevarse a cabo no sólo con la Comisión contemplada en el RDL 10/2010, con todos los problemas que se acaban de señalar, sino también con una Comisión “ad hoc” elegida por y entre los propios trabajadores en asamblea. Se recogen de este modo varias enmiendas en el sentido de que los propios trabajadores optaran por este sistema de representación concreta y específica⁵². De ese modo ya resulta más coherente que no se interrumpa el cómputo del periodo

⁵¹ En este sentido GUALDA, F. y GUALDA, M., op. cit. p.230.

⁵² Enmienda n.35 de Esquerra/Iniciativa planteaba que pudieran ser otras personas no sólo los representantes sindicales para dar acogida a otras representaciones sindicales con implantación en la empresa aunque no fueran de los más representativos o representativos. En cambio, la 156 del Grupo Mixto, la 190 del PNV, la 221, 224 y 226 del Grupo Popular, y la 301 y 302 de CIU proponían una comisión elegida por los propios trabajadores. La enmienda en el Senado n.14 del Grupo de nacionalistas coloca el procedimiento de la Comisión “ad hoc” como prioritario y el sindical sólo si el primero no fuera posible. Alguna enmienda aun manteniendo la Comisión “ad hoc”, plantea el derecho de la misma al

de consultas.

En efecto, “en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial”. Obsérvese que la composición de la comisión “ad hoc” de trabajadores ha de ser como máximo de tres miembros. No se precisa el mínimo, pero habrá de ser de dos pues no cabe llamar comisión a la formada por un solo trabajador. Así pues solo en empresas de un sólo trabajador será imposible la constitución de la citada comisión.

También en caso de **movilidad geográfica** el procedimiento tiene un carácter alternativo, sin que opere de manera sustitutoria⁵³.

La opción por una comisión “ad hoc” plantea problemas de constitucionalidad, como ya se indicó más arriba, pues finalmente la inaplicación del convenio se llevará a cabo mediante un acuerdo con representantes de los trabajadores que no lo son legalmente y propiamente tales, con carácter general o institucional, y, además, hará que los trabajadores, presionados por las empresas, muchas veces no recurran al auxilio sindical exterior sino que se inclinen por elegir una Comisión propia de circunstancias. Si ya nos parece cuestionable la inaplicación del convenio por acuerdo con representantes legales, que pueden que no tengan relación alguna de representatividad con los sindicatos que han suscrito el convenio colectivo, todavía lo es más cuando se constituye este sistema alternativo puntual. No podemos decir que estén ahí verdaderamente representados los intereses colectivos, como exige el Tribunal Constitucional, y la presencia del sindicato como institución, pues no se trata de una representación elegida tras unas elecciones sindicales y de acuerdo con los procedimientos legales a través de los cuales los sindicatos puedan presentar candidaturas. Resulta entonces sorprendente sobre todo en

asesoramiento sindical (enmienda 257 del grupo Mixto, en el Senado).

⁵³ La ley finalmente no aceptó la enmienda aprobada en el Senado n.14 del Grupo de nacionalistas que colocaba el procedimiento de la Comisión ad hoc como prioritario y el sindical sólo si el primero no fuera posible.

empresas de más de seis trabajadores que se ofrezca esta vía interna y no se aproveche la misma para que previamente o a la vez se abra un proceso de elecciones sindicales, toda vez que debe ser finalmente la asamblea la que elija a los miembros de la Comisión.

Así se viene a solucionar expresamente en la normativa un supuesto que, dada la estructura empresarial española, en su mayoría pequeñas y medianas empresas, era muy frecuente en la práctica y que llevaba a que en la mayoría de los supuestos se omitiera el trámite del periodo de consultas.

La inmensa mayoría de las PYMES y las microempresas en nuestro país carecen de representación legal de los trabajadores y, por ende, no hay interlocutor social. Lo cual, en la práctica, comporta que la fase de consulta previa en las modificaciones de carácter colectivo se podía amortizar hipotéticamente. De tal forma que en estas empresas el poder de dirección unilateral para modificar condiciones de trabajo es ya, de hecho, extraordinariamente amplio ya que el procedimiento para modificar condiciones, tanto de origen individual como colectivo, sería exactamente el mismo, comunicación por escrito a los trabajadores afectados con 30 días de antelación y, por tanto, “de facto” quedaría englobado en los poderes ordinarios de dirección de la empresa.

Sin embargo, en contrapartida, estas mismas PYMES, en la práctica, no podían modificar condiciones laborales nacidas de convenio colectivo estatutario, gozando de peor condición en este punto que las empresas que tengan representantes, ya que otro procedimiento era inconstitucional por vulnerar el derecho de negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 de la CE. Una posible solución de “lege ferenda” que se propugnaba era la prevista para el paralelo supuesto del descuelgue salarial (art. 82.3 del ET), actuando la Comisión Paritaria del convenio aplicable. No obstante, al no estar expresamente previsto en este caso, se podría entender que este recurso únicamente era posible de contemplarlo expresamente el propio convenio⁵⁴. De ahí que tras el RDL 10/2010 se aborde el supuesto tanto en modificaciones como en descuelgues.

Con la reforma laboral de 2010 mediante la intervención de nuevos interlocutores se crean mecanismos que, si bien favorecen la adaptación de las condiciones de trabajo en las pequeñas empresas, al mismo tiempo favorecen las vías internas “de facto”, caseras, mediante una representación propia, que ni siquiera es la legal con garantías, destinada únicamente a facilitar los intereses de las empresas y que puede desincentivar todavía más la celebración de elecciones sindicales en estos ámbitos y la presencia de delegados sindicales.

⁵⁴ SALA FRANCO, T., en “Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual”, Valencia, 2010, pág. 493.