

PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ*Jefe de Servicio de Actuación Administrativa de la Demarcación
de Costas de Illes Balears***Extracto:**

EL trabajo que se reproduce a continuación centra su atención en la incidencia del Convenio Colectivo sobre la libertad de empresa y su posible limitación por aquél. La libertad de empresa tiene un contenido mínimo, esencial, que debe ser respetado de forma absoluta por el Convenio.

El inicio del estudio parte del análisis de la autonomía de la voluntad como centro de las relaciones entre empresario y trabajador tanto en el marco de la negociación colectiva como en el contrato de trabajo, autonomía de la voluntad que, aunque no tiene un reconocimiento constitucional expreso, lo tiene implícito en el artículo 10.1, en la medida en que es un componente principal de la «dignidad de la persona» y del «libre desarrollo de la personalidad».

Aceptando la autonomía de la voluntad como punto de partida inicial de toda relación jurídica, si algo evidencia el desarrollo histórico de las relaciones de trabajo es que la progresiva limitación de los poderes empresariales ha tenido lugar a través de la negociación colectiva. El modelo normativo de la negociación colectiva producto de la reforma del 94 no constituye sino el deseo del legislador de reordenar o reajustar la articulación de la negociación colectiva mediante una más flexible adaptación de sus ámbitos, ámbitos que hasta el momento se habían mostrado particularmente rígidos y predeterminados, poco susceptibles, por tanto, a la diversificación y al cambio a que se ven abocadas las empresas.

La cuestión a dilucidar es si este modelo, como respuesta a las exigencias de flexibilidad y diversificación de las condiciones de trabajo en función de las circunstancias concretas, da o no al traste efectivamente con la función reguladora de la negociación colectiva, o si se ven alterados los rasgos esenciales del Convenio Colectivo como fuente de ordenación de la relación jurídico-laboral.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Convenio Colectivo y limitación del poder empresarial.
 - 1. Autonomía de la voluntad. Autonomía individual y autonomía colectiva.
 - 2. Evolución reciente.
 - 3. El contenido de la negociación colectiva. Implicaciones sobre el poder de dirección.
- III. La autonomía colectiva en el sistema de modificación sustancial de las condiciones de trabajo: sobre los pactos y los Convenios Colectivos.
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que realiza el artículo 38 de la Constitución, cierra, como es sabido, la Sección segunda del Capítulo segundo del Título Primero, dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos. De esta forma se manifiesta su doble vertiente, apareciendo de un lado como derecho subjetivo del empresario protegido por las correspondientes garantías constitucionales y, de otro, como institución básica del ordenamiento económico general, en el que entra inmediatamente en contacto con los dos grupos de derechos y libertades que habrán de jugar un papel decisivo en su desarrollo -como en general en toda la configuración de la economía de mercado-, a saber, los derechos y libertades de los trabajadores y de los consumidores ¹.

Podemos definir libertad de empresa, utilizando las palabras de BASSOLS ², como «aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo -principalmente del capital- para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicos del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia».

Con carácter general, la libertad de empresa abarca la libertad de iniciar una actividad económica, la libertad de desarrollarla dentro del mercado y, finalmente, la de cesarla según la voluntad del empresario. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional cuando precisa, argumentando por la vía negativa, que «... ni en el artículo 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy diverso alcance» ³.

¹ Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, «El derecho del trabajo en la Constitución». Dentro de *Lecturas sobre la Constitución Española II*, Coordinada por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. UNED Madrid, 1978, pág. 218.

² M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*. Editorial TECNOS. Madrid, 1985. Pág. 137.

³ Sentencia 83/84, de 24 de julio.

Ahora bien, el ejercicio de la libertad de empresa ha de realizarse en un marco económico que obliga a conjugarla con los intereses de otros sujetos, intereses que son sustancialmente distintos de los empresarios. Por todo ello la definición de libertad de empresa plantea, en general, límites, aunque el Tribunal Supremo la concibe como «la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil en un Estado de Derecho»⁴.

La libre iniciativa económica privada está considerada como una manifestación de la libertad, como un derecho inherente a la personalidad. Pero, tal como señala SUÁREZ GONZÁLEZ⁵, esa libre iniciativa económica no puede estar desprovista de límites, porque la sociedad moderna impone la exigencia de que los intereses empresariales no se sitúen al margen de los intereses generales de la sociedad. El problema está en garantizar el equilibrio entre la libertad de iniciativa y el bien común o los intereses generales.

A simple vista parece que el planteamiento constitucional va a ser el siguiente:

- 1.º Se garantiza la libertad de empresa (art. 38).
- 2.º El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general (art. 131).
- 3.º Esa planificación tiene forzosamente que ser indicativa.

Pero ese planteamiento, que sería evidentemente razonable y conforme con la realidad económica, social y política de nuestro país, no está consagrado por la Constitución. De manera suficientemente contundente, y muy al contrario, la redacción del artículo que estamos comentando permite una lectura en clave muy diversa⁶.

En efecto, lo que literalmente dice el artículo 38 es que los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Lo cual se puede interpretar, tanto en el sentido de que la economía de mercado es el límite insalvable de la planificación, como en el sentido bien diverso de que la planificación puede constituir el ámbito dentro del cual se ha de desenvolver la economía de mercado.

De todas formas, el marco de legalidad ordinaria ha aclarado, al menos momentáneamente, este oscurantismo constitucional fruto del famoso consenso. Por ello podemos aceptar el principio de que la economía de mercado es el límite de la planificación, en cuanto que la libertad de empre-

⁴ Sentencia del TS, Sala 4.ª, de 21 de febrero de 1984.

⁵ Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, «El derecho del trabajo en la Constitución». Dentro de *Lecturas sobre la Constitución Española II*, coordinada por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. UNED Madrid, 1978, pág. 219.

⁶ Véase nota 5.

sa debe ser garantizada evitando su desaparición por la excesiva injerencia del Estado, aunque el único límite pueda ser éste.

Partiendo de esta base, y entrando de lleno en la libertad de empresa en si, es de reseñar como el Anteproyecto de la Constitución, reconocía en su primitivo artículo 32.2 el derecho del empresario a «establecer las condiciones de empleo de acuerdo con criterios de productividad».

La infeliz redacción del precepto, que daba la impresión de que otorgaba al empresario el derecho a fijar las condiciones de trabajo, imponía una modificación para adecuar su letra a su espíritu. Pero el precepto ha sido suprimido y, con él, la facultad del empresario de dirigir su empresa, esto es, de ordenar y coordinar las singulares prestaciones laborales para organizar el trabajo en la empresa, en base a los principios de racionalidad y productividad.

Por muchas matizaciones que se quieran introducir, y por muchas facultades que se otorguen a los representantes de los trabajadores para ser consultados en estas materias, sólo puede hablarse de libre iniciativa allí donde aquella facultad corresponde inequívocamente al empresario. La Constitución, que en su artículo 38 reconoce la libertad de empresa, debió reconocer también su consecuencia natural y el hecho de que no lo haga puede ser interpretado como asidero para introducir importantes limitaciones a las facultades de gestión, sobre todo si se toma como modelo la «empresa educativa» delineada por el artículo 27 de la misma Constitución.

Que el derecho del trabajo haya reducido, progresivamente, con carácter general, los márgenes de discrecionalidad empresarial no altera en ningún momento la pervivencia de un margen de actuación suficiente que asegure la pervivencia y manifestación del sistema económico y, no en vano, al análisis de las facultades empresariales ejercitadas en el contrato de trabajo se les sigue habitualmente un rastro más profundo como es el de su conexión con la propia libertad económica del empresario.

Quiere decirse entonces que es el diseño del sistema económico el que en cada momento va determinando los ámbitos de actuación de cada uno de los agentes implicados y en consecuencia los espacios legítimos de sus atribuciones. Por tanto, aun teniendo presente que es el modelo de relaciones laborales en general el que termina definiendo las parcelas de poder, el peso decisivo y diferenciado de las libertades económicas obliga a considerar la libertad de empresa como primera perspectiva de aproximación al poder directivo.

Si esto es así, tampoco podemos olvidar, tal como señalamos anteriormente, que ese reconocimiento inicial de la libertad de empresa tiene límites, que no sólo el propio artículo 38 dispone para su ejercicio, a saber, las exigencias de la economía y en su caso la planificación, sino también «la delimitación del contenido de la propiedad privada según su función social (art. 33), la política de estabilidad económica y de pleno empleo (art. 40), los principios informadores del sistema de Seguridad Social (art. 41), los intereses económicos de los consumidores (art. 50), la función pública de la riqueza (art. 128.1), la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2), la participación de los trabajadores en la empresa y en general de los interesados en los organismos públicos (art. 129.1 y 2) o,

en fin, la planificación económica (art. 131). La interconexión de estos preceptos constituye el primer dato a tener en cuenta para situar el sistema económico constitucional»⁷.

A esto hay que añadir el reconocimiento por parte de la Constitución de los derechos del trabajador como persona, cuya eficacia no está condicionada a la existencia de ningún instrumento jurídico intermedio, que proporciona la premisa principal de la que partir, lo cual es lógico pues a la relación de trabajo llevan empresario y trabajador derechos que no provienen del contenido fijado por la legislación laboral para aquella, pero cuya virtualidad en dicha relación no ofrece ninguna duda.

Los derechos fundamentales del trabajador han de encontrar su ámbito de ejercicio y respeto en la relación de trabajo, y esos derechos, integrados en el modelo laboral del que se parte, limitan el ejercicio de los poderes empresariales⁸ y la propia concepción intrínseca de éstos, al no poder ser concebidos de una forma absoluta, independientemente del juego de límites recíprocos que tendrían entre sí tales derechos.

Sin embargo, este criterio de eficacia general se muestra extremadamente débil en cuanto a su eficacia práctica. María Dolores ROMÁN⁹ señala que la estructura organizativa pensada para la satisfacción del interés empresarial y del propio sistema económico, se proyecta en la adjudicación de poderes suficientes al empresario a los que el trabajador se subordina, caracterizando con ella la propia estructura del contrato de trabajo.

La fuerza de los poderes empresariales, derivada tanto de la supremacía económica de hecho como del reconocimiento normativo, no cede fácilmente ante estos derechos, que por su parte presentan no pocos problemas de indeterminación, falta de definición en su contenido y de precisión en lo que sea su núcleo esencial.

Dentro del abanico de poderes del empresario, la potestad disciplinaria aparece como el más enérgico y decisivo para vulnerar los derechos fundamentales. Pero no podemos olvidar el poder de dirección. Éste aparece, en su función ordenadora de la prestación de trabajo, como uno de los mecanismos potencialmente más adecuados para que el empresario, con o sin intención, por acciones u omisiones, desconozca o lesione derechos fundamentales.

En este sentido, tampoco podemos dejar de hacer mención de las facultades de modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que son las facultades que, junto con la potestad disciplinaria, más inciden en los derechos del trabajador.

⁷ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 21.

⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *RL* núm. 8, 1990, pág. 12.

⁹ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 302.

El problema se encuentra en el hecho incuestionable de la debilidad de los derechos del trabajador, aunque dicha debilidad no se explica, tal como se ha pretendido algunas veces, sólo desde la realidad práctica, en la que hay que esperar que las necesidades empresariales traten de imponerse hasta allí donde se encuentren un límite, sino que proviene también del juego combinado de otros factores.

Así la propia legislación de la autonomía colectiva en la medida que refuerce o no el límite, y en fin, de la propia jurisprudencia, llamada a disponer en último término el punto de equilibrio en cuestiones tan problemáticas.

En este sentido puede decirse con carácter general, siguiendo a María Dolores ROMÁN¹⁰, que falta una línea interpretativa que se haya ocupado de asegurar sólidamente la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador frente a los poderes empresariales.

Siendo clara la idea de debilidad de los derechos de los trabajadores, es sabido que el Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980 no es una norma especialmente centrada en la limitación de los poderes empresariales y en la potenciación de los derechos de la persona del trabajador.

Nacido en la época de crisis económica, el ET antes bien sirvió a un proceso de profundización de la subordinación del trabajador al empresario, ampliando los poderes de éste.

En todo caso, el resultado fue una norma en la que las referencias a los derechos fundamentales del trabajador y su juego frente al poder empresarial queda reducido apenas a tres o cuatro preceptos: el artículo 4 al recoger entre los derechos del trabajador el de la no discriminación [4.2 c)], la integridad física [4.2 d)] y el respeto a su intimidad y dignidad [4.2 e)], el artículo 17 vuelve a incidir en la no discriminación, determinando la nulidad del acto empresarial que la origine, el artículo 18 intentando garantizar la intimidad y dignidad del trabajador en los registros, que vuelve a reiterarse en el artículo 20.3, al establecerse los límites al poder empresarial de vigilancia y control.

Ninguna otra norma posterior ha variado sustancialmente este panorama, al margen de la protección especial que la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985 ha prestado a la libertad sindical. Además, en la reforma de 1994 del propio ET las facultades empresariales se han visto ampliadas, siendo éste uno de los ejes fundamentales de la reforma, junto con la potenciación de la negociación colectiva y su nueva vertebración.

Ahora bien, hay que adjudicar la ausencia de polémica en la admisión de sus vulneraciones a través del recurso de amparo constitucional, el pleno reconocimiento de su eficacia en las relaciones laborales.

¹⁰ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 304.

En primer lugar cabría destacar, tal como señala María Dolores ROMÁN¹¹, un punto de diferenciación en función del derecho del trabajador que esté en juego. Cuando el conflicto afecta a los derechos de libertad sindical y de huelga, o incluso a la no discriminación, un somero repaso a las decisiones del Tribunal Constitucional permite apreciar claramente, al margen de las decisiones que se adopten, que existe sensibilidad jurídica ante tales derechos, acerca de su valor fundamental en la relación de trabajo, de cómo han de preservarse con todas las garantías establecidas legalmente y de cómo limitan la postura empresarial¹².

Sin embargo, cuando el conflicto afecta a otros derechos, cuando menos hay que decir que se está en fase de consolidación, de delimitación de aquellos factores que los modalizan, de sus límites y de las circunstancias en que se pueden hacer valer ante el empresario¹³.

Una segunda tendencia jurisprudencial es aquella que permite diferenciar no en función del derecho del trabajador sino del poder empresarial al que aquél se enfrenta.

Dentro de la libertad de empresa, y más concretamente respecto a lo que ésta supone para el empresario, podemos concretar, con las limitaciones que tiene cualquier esquema, las facultades de éste en:

- Poder de dirección.
- Potestad disciplinaria.
- Facultades de modificación unilateral del contrato de trabajo, en su doble vertiente de *ius variandi*, y modificaciones sustanciales contempladas en los artículos 40 y 41 del ET¹⁴.

Dejando de lado la potestad disciplinaria, instrumento coactivo básico para poder obtener la subordinación sin la cual el poder de dirección empresarial no tendría contenido, vamos a centrar el análisis, necesariamente sintético, en las otras dos facultades, poder de dirección y facultades de modificación unilateral del contrato de trabajo, sin perder de vista el hecho de que existen decisiones empresariales, difíciles de encuadrar, fronteras entre ambos conceptos.

¹¹ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 307.

¹² En este sentido, las Sentencias del TC 104/87, de 17 de junio, o la 114/89, de 22 de junio, entre otras muchas.

¹³ Así pueden citarse las Sentencias del TC 47/85, de 27 de marzo, o la 88/85, de 19 de julio.

¹⁴ Aunque en este punto PEDREJAS MORENO, «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo». Dentro de *La Reforma del Mercado Laboral*, dirigida por Fernando VALDÉS DAL-RÉ, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 366, incluye en este último apartado las situaciones derivadas del ejercicio empresarial de sus facultades disciplinarias.

Siguiendo a MONTOYA MELGAR ¹⁵, la fuente jurídica del poder directivo del empresario es:

- En último término, esa fuente se encuentra en el artículo 38 de la Constitución, que consagra la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».
- En un plano más próximo, el ET sigue construyendo el régimen del contrato de trabajo sobre la idea de la dependencia del trabajador hacia el empresario. El artículo 1.1 del ET nos define al trabajador como inserto en el ámbito de «organización y dirección» del empresario, y el trascendental artículo 20 del ET dispone que el trabajador debe cumplir su obligación laboral siguiendo las órdenes e instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección.

El poder directivo del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa; y en cuanto tal ha de constar de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de éstas, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes la han puesto en marcha ¹⁶.

Ahora bien, tal como señala María Dolores ROMÁN ¹⁷, el poder de dirección no se caracteriza exclusivamente como facultad empresarial de especificación del trabajo pactado. Se identifica también en su carácter imperativo autoritario en cuanto posibilitado para la imposición del cumplimiento de órdenes.

Aun así, la misma autora considera que no puede concebirse como un poder autoritario pues ha de ejercitarse en relación recíproca con los intereses y derechos de la contraparte delimitados a su vez por el mismo título y el mismo objeto ¹⁸.

Dentro de las facultades de modificación unilateral del contrato de trabajo, la distinción entre *ius variandi*, y modificaciones sustanciales contempladas en los artículos 40 y 41 del ET pasa por la nota de «sustancialidad» con que califica a las modificaciones el artículo 41 de la Constitución.

Es esta sustancialidad en las modificaciones la que es base para un tratamiento legal diferente al de otras modificaciones «no sustanciales» que puede también realizar unilateralmente el empre-

¹⁵ Alfredo MONTOYA MELGAR, «La nueva configuración del Poder de Dirección del Empresario». Dentro de *Reforma de la legislación laboral*, Estudios dedicados al profesor Manuel ALONSO GARCÍA. Marcial Pons. Madrid, 1995, pág. 189.

¹⁶ A. MARTÍN VALVERDE, «El ordenamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *RPS* núm. 137, 1983, pág. 144.

¹⁷ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 299.

¹⁸ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 429.

sario ejercitando el denominado *ius variandi*, en palabras de PEDREJAS MORENO ¹⁹ «la diferencia en el régimen jurídico respectivo estriba *no tanto en la condición* concreta que puede ser objeto de alteración *sino en el carácter sustancial o no de la modificación operada*».

En este punto debemos tener presente que, aunque la prestación de trabajo, como todo objeto contractual, ha de ser determinada y determinable (art. 1.273 del CC), lo cual implica que las diferentes condiciones de trabajo que sirven para delimitarla (lugar, tiempo,...) deben asimismo haber sido objeto de determinación mediante acuerdo entre las propias partes, sin embargo a diferencia de lo que sucede en el Derecho común, que impide variaciones unilaterales (art. 1.256 del CC), la consideración del contrato de trabajo como contrato de tracto sucesivo y la atención al conjunto de valores y circunstancias que subyacen al mismo, ha determinado que el legislador haya previsto la posibilidad de modificaciones del contenido prestacional o de las condiciones que son inherentes a su ejecución, por iniciativa de una sola de las partes, el empresario.

Naturalmente que esta posibilidad de proceder unilateralmente a una novación objetiva del contrato ha de obedecer a razones o circunstancias previstas en la norma habilitante, y que serán tanto más relevantes cuanto más intensa sea la modificación pretendida ²⁰.

Como ha señalado con reiteración la jurisprudencia de los Tribunales laborales «un contrato no puede ser modificado por la voluntad unilateral del empresario, pues ello constituye una novación que para que surta efecto requiere que el necesario acuerdo de voluntades conste de una manera terminante según el artículo 1.204 del CC y que nunca se presume faltando la clara y precisa voluntad de otorgarlo por parte del trabajador...» ²¹, de modo que las variaciones que afectan a la prestación de trabajo, en defecto de acuerdo entre trabajador y empresario, e incluso existiendo éste, cuando afecten Convenios Colectivos, sólo podrán efectuarse por las causas y mediante los procedimientos legalmente previstos.

Partiendo de esta configuración de las facultades empresariales, todos aquellos casos en que el derecho fundamental del trabajador se ha hecho valer, aun con todas las limitaciones y matices que se quiera, siempre que se ha reconocido su vulneración por parte del acto empresarial, han sido casos en los que el poder empresarial afectado era el disciplinario. Son supuestos en los que el despido del trabajador como expresión de tal poder no ha impedido a la jurisprudencia entrar a averiguar los verdaderos motivos de la extinción, entresacando la intención legal de la empresa, vulneradora de algún derecho fundamental.

¹⁹ Abdón PEDREJAS MORENO, «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo». Dentro de *La Reforma del mercado laboral*, dirigida por Fernando VALDÉS DAL-RÉ, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 365.

²⁰ Abdón PEDREJAS MORENO, «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo». Dentro de *La Reforma del mercado laboral*, dirigida por Fernando VALDÉS DAL-RÉ, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 366.

²¹ Sentencia del TCT, de 17 de junio de 1980 (Ar. 3592).

Frente a ello el panorama cambia sustancialmente cuando lo que está en juego es el poder de dirección o más ampliamente las facultades organizativas de la empresa.

La evidencia es clarísima: en ninguno de los supuestos de los que el pretendido derecho fundamental se enfrenta al poder de dirección se ha reconocido que existiera vulneración de aquél por parte de éste, lo cual no deja de ser llamativo.

Otra cosa distinta se puede colegir de las sentencias del Tribunal Constitucional referidas a las modificaciones unilaterales del contrato de trabajo por parte del empresario, pues en este punto, como luego veremos, sí que se han establecido límites a este poder.

Admitido esto, y tal como señala María Dolores ROMÁN²², el incremento de poderes que el empresario obtiene en la negociación de la crisis trata de compensarse aparentemente en otras materias, lo cual limita dicho poder de dirección. Así, la facultad de decidir ingresos y ascensos sufre, en términos generales, amplios recortes en la medida en que los convenios, sobre todo los de las grandes empresas, disponen criterios de valoración, procedimientos formales o la participación de los trabajadores en las comisiones que deciden estos temas.

La reforma laboral de 1994 ha supuesto, desde la perspectiva del empresario -que es no sólo parte del contrato sino también titular de una organización económica-, una más atenta consideración de la libertad de empresa y de las exigencias de la empresa como organización productiva que precisa desarrollar su actividad en un mercado económico abierto. No cabe ignorar, sin embargo, que, como contrapunto, el mercado de trabajo sólo es un mercado relativamente libre, constituyendo, de forma más realista y rigurosa, una institución social regulada²³.

En definitiva, esta compleja conjunción de intereses hace menos nítidos los límites del Derecho privado y público, como expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/84, considerando RIVERO LAMAS²⁴ que es suficientemente explícita como para abrir nuevos horizontes y para identificar con más realismo la función empresarial y los valores de la empresa desde una perspectiva constitucional.

La implementación de esta perspectiva constitucional supone valorar de forma más equilibrada, menos privada, y con más rigor al fin, las necesidades de funcionamiento de la empresa, y garantizar también el ejercicio de los poderes empresariales orientados a la consecución de la productividad.

²² María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 408.

²³ Juan RIVERO LAMAS, «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo». Editorial Civitas. *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 80, de noviembre-diciembre 1996, pág. 984.

²⁴ Véase nota 23.

Para conseguir este objetivo, era preciso que la ley hiciera posible que recuperase el empresario aspectos de la libertad en la organización del trabajo, antes cubiertos por las diversas capas de regulación heterónoma. Esto efectivamente lo ha intentado llevar a cabo la Ley 11/1994 en materias importantes: modificación sustancial del contrato de trabajo, suspensiones,...

En síntesis, y para concretar todo lo dicho hasta este momento, se ha operado una remodelación del contenido de la relación de trabajo desde la vertiente de los derechos constitucionales, no sólo por el reconocimiento del derecho al trabajo y a la garantía de los aspectos instrumentales del mismo (art. 35.1 de la CE), junto con la titularidad individual de los derechos de sindicación y huelga (art. 28 de la CE), sino también por el reconocimiento y protección de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; derecho cuyo ejercicio deben garantizar los poderes públicos, junto con la defensa de la productividad y del interés general. Es desde esta óptica, pero contando también con la proyección en el marco de la empresa de los derechos constitucionales del trabajador en cuanto ciudadano, como se ha ido remodelando la nueva *lex contractus* de la relación de trabajo por la legislación positiva, la negociación colectiva y la jurisprudencia ²⁵.

Partiendo de estos datos iniciales, centrando el análisis de nuestro trabajo en la incidencia del Convenio Colectivo sobre la libertad de empresa, y su posible limitación por aquél, la libertad de empresa tiene un contenido mínimo, esencial, que debe ser respetado de forma absoluta por el Convenio.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 11/81, de 8 de abril, señala que el contenido esencial de cualquier derecho no es sino «el conjunto de facultades o posibilidades de acción necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales» ²⁶.

En esta línea, el voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/81, de 16 de noviembre, señala que si la llamada libertad de empresa es un principio inspirador de las líneas del orden económico, sólo puede hablarse de un contenido esencial de la libertad de empresa para aludir a un determinado contenido más allá del cual se adopta un sistema económico que ya no se ajusta a los parámetros constitucionalizados ..., el marco constitucional permite sistemas económicos diferentes y si no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres, mientras el orden económico se desenvuelva dentro de los principios de libre empresa y economía de mercado, las medidas de coerción tendentes a favorecer la libre empresa o la economía de mercado, aunque limiten la libertad de los empresarios, no alteran los términos del artículo 38».

²⁵ Juan RIVERO LAMAS, «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo». Editorial Civitas. *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 80, de noviembre-diciembre 1996, pág. 985.

²⁶ En el mismo sentido la Sentencia del TC 37/87, de 26 de marzo.

II. CONVENIO COLECTIVO Y LIMITACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL

1. Autonomía de la voluntad. Autonomía individual y autonomía colectiva.

De enorme importancia práctica es entrar, en este momento, en el análisis de la autonomía de la voluntad como centro de las relaciones entre empresario y trabajador tanto en el marco de la negociación colectiva como en el contrato de trabajo.

La autonomía de la voluntad no tiene un reconocimiento constitucional expreso, pero sí implícito, en el artículo 10.1, que encabeza el Título Primero dedicado a los «derechos y deberes fundamentales», en la medida en que es un componente principal de la «dignidad de la persona» y del «libre desarrollo de la personalidad».

La autonomía individual se encuentra matizada, en el campo laboral, «por su inserción, previa y dada como presupuesto, en las exigencias organizativas y productivas de la empresa»²⁷, de suerte tal que, a diferencia del Derecho contractual común, el ordenamiento jurídico laboral contiene previsiones específicas destinadas a posibilitar la modificación unilateral de las condiciones contractuales directamente por el empresario.

En efecto, el contrato de trabajo no agota su virtualidad en la simple relación entre las partes que lo suscriben; con motivo de su formalización, el trabajador se inserta en una relación de autoridad y control ajenos, como integrante de una colectividad de trabajadores. De esta inserción derivará todo un conjunto de relaciones jurídicas que van más allá de los derechos y obligaciones inherentes a los sujetos contratantes y que encontrarán su adecuada dimensión desde la perspectiva colectiva: se trata, entre otros, de los derechos sindicales, ... y de los derechos empresariales derivados del poder de dirección y organización en la empresa.

Se ha hablado, en ese sentido, de dualismo estructural del contrato de trabajo.

Las relaciones clásicas entre autonomía colectiva y autonomía individual han venido determinadas por una dualidad que incluso ha llegado a considerarse como inescindibles, a saber, no sólo de subordinación jerárquica de la segunda respecto a la primera, sino también de marginalidad en lo que podríamos denominar como «protagonismo regulador» del nivel individual respecto al colectivo -la conocida «función reguladora» del contrato de trabajo-²⁸.

²⁷ A. BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Edit. Trotta, Madrid, 1991, pág. 77.

²⁸ Salvador DEL REY GUANTER, «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores». Editorial Civitas. *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 77, pág. 425.

Se ejercita la libertad en el marco del contrato de trabajo bajo la forma jurídica de poder (en sentido técnico-jurídico) por el empresario, aunque también juegue la libertad empresarial dentro del marco habilitado por la ley [art. 3.1 c) ET] para pactar condiciones de trabajo.

Señala RIVERO LAMAS ²⁹ que, «ciertamente, los poderes empresariales están reconocidos en nuestra Constitución (art. 38) en clave de libertad para el ejercicio de la función empresarial, y no como un estricto poder derivado ejercitable sobre la persona del trabajador, lo que supondría afirmar una relación de sujeción y de un genérico deber de lealtad, que no es acorde con nuestro sistema constitucional de relaciones laborales (Sentencias 120/83 y 134/94)».

Pero frente a este poder empresarial dirigido a coordinar las prestaciones singulares de los trabajadores y a gestionar y dirigir la empresa como organización productiva, hay otras libertades de los trabajadores que también tienen un arranque constitucional, por cuanto son expresión de la proyección horizontal de las libertades y derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral y de la empresa.

En el marco de la relación de trabajo creada por el contrato de trabajo también juega el poder de dirección (especificación) y de organización del empresario. El anclaje constitucional de ese poder se sitúa en el reconocimiento de «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38).

El reconocimiento constitucional encierra dos aspectos, ya señalados con anterioridad: de una parte, «un derecho subjetivo ... a participar libremente por la aportación de recursos privados en la fundación de empresas económicas»; y de otra, «un principio de ordenación económica» que sirve de sustento a la facultad de cada empresa «para decidir sobre sus objetivos y establecer su propia planificación», atendiendo a sus recursos, a las demandas del mercado y a otras variables ³⁰.

En un intento de unificar ambos aspectos, el llamado derecho subjetivo de la empresa se resuelve en un derecho de libertad para crear y mantener la empresa y gestionarla en el marco de la economía de mercado.

Desde la perspectiva constitucional, sin embargo, como expresa RIVERO LAMAS ³¹, no hay más poderes reconocidos que los públicos. Los poderes del empresario se resuelven, en definitiva, en el reconocimiento de una esfera de libertad de actuación de forma unilateral, si bien con controles y límites, según los casos, para perseguir la finalidad productiva de la empresa.

²⁹ Juan RIVERO LAMAS, «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo». Editorial Civitas. *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 80, de noviembre-diciembre 1996, pág. 982.

³⁰ Juan RIVERO LAMAS, «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo». Editorial Civitas. *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 80, de noviembre-diciembre 1996, pág. 983.

³¹ Véase nota 30.

Lo cierto es que las facultades desplegadas por el empresario para dirigir el trabajo y organizar con carácter general la empresa, frecuentemente incluidas en las especies de los derechos potestativos, se distinguen, no obstante, de la categoría de los subjetivos. El concepto jurídico matriz, el género, es el poder, y tanto las especies de poderes como los derechos subjetivos «son especie de los poderes en sentido amplio».

2. Evolución reciente.

Si algo evidencia el desarrollo histórico de las relaciones de trabajo es que la progresiva limitación de los poderes empresariales ha tenido lugar a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva supone, en palabras de VALDÉS DAL-RÉ ³², «una restricción, al menos parcial, de las facultades unilaterales del empresario (...), es un método de control de los poderes empresariales, estableciendo una frontera que se define y redefine mediante el proceso de presión y reacción, conflicto y adaptación, lucha abierta y tácita».

Antes de nada conviene, quizá, dejar sentada de principio la posibilidad misma de negociar dicho poder.

La Ley de Convenios Colectivos de 1958, prohibía en su artículo 12 establecer en los Convenios Colectivos cláusulas que implicasen la disminución de las facultades de dirección y disciplina, junto con aquellas otras que pudiesen hacerlo sobre la libertad individual y los derechos sociales del trabajador o que causasen graves perjuicios a la economía del país.

GONZÁLEZ ORTEGA ³³ habla de «liberación relativa del proceso económico», aunque no se pretendió, sin embargo, en ningún momento la inversión de los principios ideológicos que inspiraba el desarrollo de las relaciones de trabajo.

VALDÉS DAL-RÉ ³⁴ señala que «la inmunidad del poder de dirección frente a la autonomía colectiva estaba puesta en beneficio de la productividad empresarial, es decir, exoneraba al empresario de las enojosas negociaciones sobre las condiciones técnico-productivas de la prestación de trabajo o de las condiciones sobre la propia organización del trabajo en sus aspectos productivos».

³² F. VALDÉS DAL-RÉ, Introducción al libro *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*. IMPI, Madrid, 1982, pág. 10.

³³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La negociación colectiva en el sistema español de relaciones laborales», en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. Sevilla, 1978, pág. 173.

³⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ, «Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 55, pág. 113.

La Ley de Convenios Colectivos de 1973 mantiene básicamente el mismo contenido, si bien introduce algunos matices. Su artículo 4 disponía que «no podrán establecerse cláusulas que se opongan a lo dispuesto en las leyes que impliquen una disminución de (...) las facultades inherentes a la dirección de la empresa según el ordenamiento jurídico-laboral o que puedan causar graves perjuicios a la economía nacional. A pesar de la referencia al marco legal, lo cierto es que nada cambia sustancialmente.

Esta fórmula se mantendría, por lo demás, en el RDRL de 1977, del que BAYÓN³⁵ resaltarán su dudosa interpretación puesto que, queriendo salvar el mando del empresario de todo límite que la ley no disponga con carácter general, sin embargo el artículo 11 prevé la posibilidad de negociar un cierto régimen de participación, y el artículo 29 entiende que la prohibición de las cláusulas que afectan al poder de dirección empresarial sólo alcanza a las facultades reconocidas por la ley pero no a las reconocidas por las Ordenanzas de Trabajo, que pueden ser sustituidas por otras de carácter convencional.

El ET invierte, como no podía ser de otro modo, esta tendencia, en consonancia con el sistema de relaciones laborales surgido de la Constitución y el reconocimiento en todas sus manifestaciones de la autonomía colectiva; en esa línea su artículo 85, como es sabido, establece la libertad de contenidos del Convenio Colectivo con el único límite del respeto a las leyes.

Sin embargo, y éste es también un dato conocido, las cláusulas de estilo de las Ordenanzas atribuyendo al empresario en exclusiva la facultad de dirección, se han seguido manteniendo, además de por la vigencia misma de aquella normativa, por su propia reproducción en los Convenios Colectivos. Y, en la misma línea, no han faltado opiniones doctrinales que han seguido manteniendo el carácter irrenunciable del poder de dirección empresarial. En este sentido, señala MONTROYA MELGAR³⁶ que «no debe pensarse que el nuevo Derecho del trabajo ha introducido cambios sensibles en el tradicional monopolio del poder directivo patronal».

Ahora bien, el mantenimiento por la vía legal del mando y jefatura exclusiva de la empresa como algo inamovible e inatacable ya no es posible en un modelo que parte del reconocimiento constitucional del conflicto de intereses entre empresario y trabajador y en el que, en consecuencia, los poderes del primero quedan sometidos también a la composición de fuerzas que la negociación colectiva haga posible³⁷.

Que el ET reduzca la participación de los representantes en materias contadas, que los convenios sigan incluyendo las cláusulas de estilo sobre la titularidad de la dirección o que en la prác-

³⁵ G. BAYÓN CHACÓN y E. PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Vol. 1. Madrid, 1978, pág. 131.

³⁶ A. MONTROYA MELGAR, «Dirección y control de la actividad laboral», en *Comentarios a las Leyes Laborales*. Dirigido por E. BORRAJO. Tomo V. EDERSA. Madrid, 1985, pág. 151.

³⁷ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 399.

tica los poderes empresariales resulten poco afectados en las negociaciones, no autoriza a extraer como conclusión que el ordenamiento laboral que se deriva de la Constitución no ha supuesto cambios sensibles en la propia concepción del poder directivo empresarial.

Desde este punto de vista, RIVERO LAMAS ³⁸, aun admitiendo la posible limitación de los poderes empresariales, entenderá que ello no puede suponer en ningún momento la pérdida absoluta o una definitiva imposibilidad de ejercitarlo. La renuncia a su ejercicio con carácter indefinido o a través de sucesivas cláusulas en cadena de los Convenios Colectivos debe considerarse nula como contraria a la ley y al orden público (arts. 6.2 y 1.255 del CC y art. 90.5 del ET), de la misma forma que es irrenunciable el poder de dirección o el de despido, sin perjuicio de que pueda someterse a ciertos procedimientos de información o consulta.

Además, debemos subrayar que esta transacción de parcelas de poder tiene lugar en el transcurso de una negociación en la que es difícil imaginar que la parte económicamente más fuerte se le puedan imponer condiciones que no desee. La negociación colectiva, como procedimiento reconocido a la autonomía colectiva para la solución de su propio conflicto de intereses, siempre supone un límite a los poderes del empresario en la medida en que la unilateralidad absoluta de aquél se descarta en favor de la participación de los trabajadores.

3. El contenido de la negociación colectiva. Implicaciones sobre el poder de dirección.

Si los acuerdos posibilitados desde 1958 presentaban un contenido extremadamente pobre, la apertura del sistema laboral, ya durante la transición, permite hablar de un notable enriquecimiento de aquel contenido. La evolución de este contenido no es sino manifestación de la propia evolución en el movimiento sindical respecto al tipo de intereses a defender y a las posibilidades que cuentan para ello.

Esta progresiva ampliación de cuestiones que afectan directa o indirectamente al poder de dirección encuentra su primer respaldo en el propio reconocimiento constitucional a la negociación colectiva.

El artículo 37.1 de la Constitución establece que «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios».

Señala SUÁREZ GONZÁLEZ ³⁹ que no está ni mucho menos claro que estemos aquí en presencia de un verdadero derecho, que para serlo exigiría la paralela obligación de negociar impuesta

³⁸ J. RIVERO LAMAS, «Modificaciones de las condiciones de trabajo», en *Comentarios a las Leyes Laborales*. Dirigido por E. BORRAJO. Tomo VIII. EDESA. Madrid, 1985, pág. 153.

³⁹ Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, «El Derecho del Trabajo en la Constitución», dentro de la obra dirigida por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lecturas sobre la Constitución Española II*. UNED 1978, pág. 211.

a la otra parte. Se trata más bien de una facultad reconocida a las representaciones de los trabajadores y empresarios que no se puede obstaculizar ni desconocer, pero que no parece pueda ser elevada al rango de derecho, en cuanto que la satisfacción del mismo, la posibilidad de su ejercicio, exige inexcusablemente una cooperación de la otra parte que ésta no tiene el deber de prestar.

Por otra parte, el inciso final del párrafo -«la ley garantizará... la fuerza vinculante de los convenios colectivos»- es un claro ejemplo de la oscuridad a que conduce la ausencia de un profundo y abierto debate constitucional que, sustituido muchas veces por acuerdos adoptados a espaldas del Parlamento, plantea con frecuencia el problema del sentido que pueden tener algunos preceptos, susceptibles de interpretaciones distintas, cuando no contradictorias.

La exigencia de que los Convenios Colectivos sean observados por las partes que los suscribieron resulta tan obvia que es forzoso pensar que este precepto tiene otra significación, hasta tal punto que ALONSO OLEA ha podido decir «que no hay otra forma de entender» esa declaración sino en el sentido de que constituye el explícito reconocimiento de que el Convenio Colectivo es una fuente del Derecho y el refuerzo constitucional del carácter normativo de los convenios ⁴⁰.

Este reconocimiento comporta necesariamente «la admisión del principio de libertad de contratación, es decir, del principio de que corresponde al dominio de las partes negociado tras determinar las cuestiones y materias que han de ser tratadas durante el proceso contractual y, en su caso, incorporadas al resultado de dicho proceso» ⁴¹.

Incluso el reconocimiento de la libertad de contratación viene en este sentido a formar parte de la propia garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva vista aquélla desde la perspectiva de la remodelación de cuantos obstáculos se presenten para su ejercicio, en concreto con la finalidad de «preservar la actividad contractual que las potenciales preferencias e intromisiones de los poderes públicos, especialmente proclives a limitar la esfera de la autonomía colectiva» ⁴².

La amplitud de la fórmula constitucional deja pues a los protagonistas sociales la elección de las materias de negociación, variables en función de las circunstancias socio-económicas y que en general se han extendido más allá de cuestiones meramente retributivas, a materias relacionadas con la producción, la organización de la empresa o la participación de los trabajadores en la gestión económica de aquélla, entre otras, cuestiones todas ellas que entran en relación directa con la delimitación del poder directivo.

⁴⁰ Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, «El Derecho del Trabajo en la Constitución», dentro de la obra dirigida por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lecturas sobre la Constitución Española II*. UNED, Madrid, 1978, pág. 212.

⁴¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, «El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo», dentro de *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*. IMPI, Madrid, 1982, págs. 85-86.

⁴² F. VALDÉS DAL-RÉ, «El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo», dentro de *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*. IMPI, Madrid, 1982, págs. 24-25.

Señala VALDÉS DAL-RE⁴³ cómo el artículo 85 del ET recoge en 1980 estas dos cuestiones, tanto el fenómeno de la expansión de contenidos al hilo de los objetivos de las negociaciones como la expresión concreta de la libertad de aquellos garantizada constitucionalmente. De esta forma, aquel precepto se constituye en el fundamento legal más inmediato para la afirmación de la inexistencia de materias innegociables colectivamente a salvo de aquellas concebidas legalmente como Derecho necesario.

El artículo 85, apartándose expresamente de las regulaciones anteriores, recoge la posibilidad de entrar en temas económicos, laborales, sindicales o asistenciales, cerrándose con una fórmula genérica que abarca cualesquiera otras que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones entre empresarios y trabajadores.

El poder de dirección podrá ser afectado no sólo desde la negociación de condiciones de trabajo, sino también desde la negociación de las relaciones productivas en general, de la propia empresa como sujeto económico.

No otra cosa podría concluirse desde el mismo momento en que el reconocimiento de la negociación colectiva invierte el sistema de fuentes respecto al sistema anterior, produciéndose una transformación en la que el auténtico protagonista es el pluralismo jurídico, manifestado en una reducción de la normativa estatal en favor de mayores espacios dejados a la regulación autónoma de las partes sociales⁴⁴.

Pero el Estatuto no representaba sólo esta posibilidad, representaba a la vez su limitación dado el contexto económico del que surge. Se presenta así la reducción en el plano real de aquellas posibilidades, consecuencia tanto de la crisis económica como de la debilidad del propio movimiento sindical.

Las materias que afectan al poder de dirección y los demás temas a él conectados se convertirán en objeto de acuerdo en ámbitos más reducidos de negociación.

Lejos de las formulaciones generales, el tratamiento en convenio del poder de dirección vendrá a reflejar el lado más cotidiano y específico de la situación económica, que no favorecerá demasiado el control de aquél, antes bien, puede decirse que será la propia negociación colectiva la que lo amplíe y flexibilice en sus manifestaciones más cotidianas. Tres serán las coordenadas básicas para situar al poder de dirección en la negociación de la crisis: las condiciones de trabajo que deter-

⁴³ F. VALDÉS DAL-RE, «El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo», dentro de *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*. IMPI, Madrid, 1982, pág. 87.

⁴⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y Salvador DEL REY GUANTER, «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley», en *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*. Córdoba, 1983, pág. 27.

minan su ámbito, la participación de los trabajadores en algunas materias que afectan a su desarrollo y las cláusulas de organización de empresas ⁴⁵.

Comienzan a negociarse las nuevas clasificaciones profesionales en un intento de ajustar las tareas de las de los diferentes puestos de trabajo a un sistema productivo que, al margen de la crisis, estaba planteando sus propios problemas de definición.

Las nuevas clasificaciones tampoco resolvieron ningún problema, antes bien, se plantearon muchos más conflictos de relación entre los grupos pactados, que reproducían los viejos esquemas más o menos modernizados en la descripción de tareas, y un Estatuto que tampoco aparecía en este punto como ejemplo de claridad, dividido entre la visión tradicional de las categorías profesionales (art. 23) y un leve apunte de definición alternativa del grupo profesional (art. 39) ⁴⁶.

Los convenios no desarrollarán éste y procedimentalizarán escasamente el primero, multiplicando las anomalías con las cláusulas de polivalencia o una definición sólo enunciativa de funciones. El resultado será un incremento potencial del ámbito del poder de dirección a falta de criterios claros sobre sus límites respecto a las funciones exigibles al trabajador.

La movilidad funcional adquirirá, en conexión con lo anterior, especialísima importancia. No sólo porque ella resulte también flexibilizada como consecuencia de la ampliación de funciones potencialmente exigibles, sino también al hilo de su propia problemática en la crisis. La movilidad comienza a aparecer como alternativa a la pérdida del empleo en las reestructuraciones de plantillas, al lado de cláusulas de dudosa legalidad que sólo pretenden una ampliación del poder de dirección a funciones no pactadas.

La otra materia que define la prestación, el tiempo de trabajo. La tendencia flexibilizadora abierta por las propias disposiciones legales caminará entre cuestiones tan complejas y diferentes como la reducción de jornada cara al reparto de empleo, el pacto de jornadas anuales remitidas para su ordenación a la empresa, la posibilidad de modificación de jornadas y horarios a través de pactos individuales, prolongaciones anómalas del tiempo de trabajo o jubilaciones anticipadas.

Como no podía ser menos, la propia estructura salarial empezó a reflejar estas mayores facultades empresariales, de una parte porque suponía una compensación económica de aquéllas y, de otra parte, porque aparecen partidas salariales al hilo de la nueva realidad productiva que pretende el aumento de la parte variable del salario dejándolo al propio entendimiento del trabajador y a la productividad de la empresa.

A todo esto se debe añadir el irresoluble problema de la utilización del artículo 41 del ET, regulador de las modificaciones de las condiciones de trabajo por parte del empresario, de forma más o menos unilateral, que se analizará posteriormente.

⁴⁵ María Dolores ROMÁN, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones GRAPHEUS. Valladolid, 1992, pág. 406.

⁴⁶ Véase nota 45.

Ahora bien, debemos tener presente las modificaciones que se producen tras la reforma de 1994. La Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, señala que:

«La revisión y la reforma de la normativa laboral debe hacerse conservando los elementos diferenciadores de la cultura política europea, que se expresan en términos de la libertad sindical, negociación colectiva y protección social (...). El segundo gran hilo conductor de la reforma es el relativo a la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos».

La autonomía colectiva aparece, por tanto, como uno de los pilares sobre los que se asienta el más importante proceso de reforma de la legislación laboral desde la promulgación de la Constitución.

En la consideración conjunta de los artículos 86.4 y 82.4 del ET, aparece en primer lugar, que la sucesión de convenios implica que el nuevo instrumento deroga totalmente los contenidos del anterior, salvo que éstos sean prorrogados expresamente en el convenio más reciente. Y, en segundo término, que la sucesión de convenios significa la plena sustitución del régimen pactado colectivamente en el anterior con una precisión adicional de enorme importancia: el nuevo convenio puede disponer válidamente sobre los derechos reconocidos en aquél ⁴⁷.

Lo que quiere decirse es que el nuevo convenio puede empeorar la regulación concreta de las condiciones de trabajo en su ámbito de aplicación respecto de la llevada a cabo hasta el momento por anteriores Convenios Colectivos. Es pues la aceptación legal de los convenios derogatorios de condiciones laborales reconocidos en convenios previos. Lo importante es resaltar que esta capacidad de modificar *in peius* afecta a los derechos de los trabajadores en uso de adquisición, pero también a los derechos ya causados.

Es claro que la reforma operada en el ordenamiento laboral por las Leyes 10 y 11/1994, de 19 de mayo, ha supuesto un importante cambio en el sistema español de fuentes del Derecho del Trabajo y especialmente en la negociación colectiva.

Así es constatable, en primer lugar, que el nuevo marco amplía considerablemente las materias que los sujetos negociadores pueden regular, no sólo mediante el incremento de las remisiones expresas que la ley hace al convenio, sino también a través de la autolimitación de la normativa estatal, que en algunos ámbitos asume una posición no ya de mínimos mejorables, sino supletoria respecto a la pactada ⁴⁸.

⁴⁷ Antonio BAYLOS, «El papel de la autonomía colectiva en la reforma de las relaciones laborales», dentro de *La nueva regulación de las relaciones laborales*, coordinado por Vicente-Antonio MARTÍNEZ ABASCAL. Edita la Universidad de Rovira i Virgili. Barcelona, 1995.

⁴⁸ Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 89.

Por otra parte, se multiplican las posibilidades de negociación empresarial a través de acuerdos sobre materias concretas, los cuales se contemplan no sólo como alternativa supletoria y subsidiaria al Convenio típico, sino también como potencial vía de alteración de lo pactado en unidades superiores ⁴⁹.

Esta previsión supone una ruptura con la regulación anterior, en la que parecía vedada la posibilidad de alterar las previsiones establecidas en normas paccionadas a través del mecanismo del citado precepto, tal como refleja la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/92, de 11 de junio, tema en el que luego entraremos.

El modelo normativo de la NEGOCIACIÓN COLECTIVA producto de la reforma del 94, inspirado en un novedoso diseño de interrelación de las diversas fuentes convencionales, no constituye sino el deseo del legislador de reordenar o reajustar la articulación de la negociación colectiva mediante una más flexible adaptación de sus ámbitos personal, territorial y funcional de aplicación; ámbitos que, hasta el momento, se habían mostrado particularmente rígidos y predeterminados, poco susceptibles, por tanto, a la diversificación y al cambio a que se ven abocadas las empresas.

La cuestión a dilucidar es si este modelo, como respuesta a las exigencias de flexibilidad y diversificación de las condiciones de trabajo en función de las circunstancias concretas, da o no al traste efectivamente con la función reguladora de la negociación colectiva, o si se ven alterados los rasgos esenciales del Convenio Colectivo como fuente de ordenación de la relación jurídico-laboral. Y es que, por encima de cualquier otra consideración, lo que parece que no debe estar en juego en este proceso de adaptación del tejido convencional es la derogación del papel eminentemente protector de la autonomía colectiva hacia el trabajador individual, en tanto que aquélla debe seguir cumpliendo su misión de sustraer de las solas leyes del mercado la ordenación del factor trabajo ⁵⁰.

La actual normativa tenía que conducir, casi de manera automática, a otorgar un papel protagonista a los convenios o acuerdos de empresa formalizados en modificación del régimen pactado en un Convenio Colectivo de ámbito superior, cuyos contenidos, en lo afectante a determinadas materias, no resultan adecuados a ese nivel inferior.

Así se abre la posibilidad de adaptación, a través de un convenio empresarial, de un Convenio Colectivo superior, respecto de las materias que exigen su adecuación a dicho ámbito.

⁴⁹ Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 90.

⁵⁰ Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Convenio Colectivo*. Edit. Consejo Económico y Social. Madrid, 1996, pág. 24.

III. LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN EL SISTEMA DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: SOBRE LOS PACTOS Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Debemos partir de un hecho claro, las facultades modificativas del empresario, tanto respecto a condiciones sustanciales como a aquellas que no tienen esa condición, son unos de los reflejos más importantes de la libertad de empresa, en cuanto que son unas facultades tendentes a defender a la misma en momentos de crisis.

El hecho de analizar simplemente el artículo 41 del ET, sin entrar a desarrollar más manifestaciones de esta potestad, se debe al hecho de que a través de éste, y de su posible constitucionalidad, se ha analizado el juego de las facultades empresariales en cuanto afectan a materias reguladas por Convenios Colectivos.

Al menos hasta la reforma del artículo 41 del ET por la Ley 11/1994, ha sido tradicional en nuestra doctrina la consideración de los acuerdos nacidos al amparo de ese precepto como pactos de organización productiva o de gestión empresarial ⁵¹.

Su caracterización como requisitos previos a la adopción por parte de la empresa de decisiones de modificación sustancial de condiciones de trabajo y su posición alternativa y preferente a la autorización administrativa contribuyeron, sin duda, a consolidar esta opinión ⁵².

Por otra parte, la generalizada oposición a que estas actuaciones pudieran afectar a lo dispuesto en normas de eficacia general, legales o convenidas, parecía impedir su configuración como normas sobre condiciones de trabajo.

La regulación contenida en el artículo 41 siempre ha sido fuente de numerosos problemas, sobre todo antes de su reforma operada por la Ley 11/1994. De especial trascendencia, a los presentes efectos, fue la complicada discusión en torno a la determinación de las condiciones objeto de la modificación unilateral según la fuente inicial de fijación de las mismas, que ocupó a la doctrina y jurisprudencia, incluso después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/92.

El núcleo de la disensión se articulaba en torno a las posibilidades que el artículo 41 ofrecía para la modificación unilateral de condiciones sustanciales cuyo origen residiese en el Convenio Colectivo. La mayoría de la doctrina sostuvo la imposibilidad de modificación unilateral de condiciones convencionales; sin embargo, no faltaron quienes mantuvieron la posibilidad de mayor o menor modificación de condiciones convencionales.

⁵¹ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Los pactos de reorganización productiva», en VV.AA.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, 1989, pág. 146.

⁵² Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 96.

En la jurisprudencia la nota dominante fue la contradicción: así, frente a sentencias que admitieron la modificación de condiciones establecidas en Convenios Colectivos estatutarios, así la sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 16 de febrero de 1984 (Ar. 1910), otras excluyeron expresamente tal posibilidad⁵³ y otras negaron, incluso, la posibilidad de modificar por esta vía condiciones más beneficiosas de origen contractual⁵⁴.

En todo caso se partía de la consideración colectiva o individual de la condición para aceptar o no su modificación vía *ex* artículo 41. El problema de la naturaleza colectiva o individual de las condiciones de trabajo, tal como señala VALLEJO DA COSTA⁵⁵, era uno de los temas menos pacíficos en la anterior regulación ya que las consecuencias que se derivaban del punto de vista a adoptar, en torno a si el supuesto contemplado en el artículo 41 del ET hacía referencia a una relación laboral singular o a un conjunto de tales relaciones, o bien a ambos supuestos, era a todas luces importante; se planteaba que si sólo a través de este procedimiento se podían modificar condiciones de trabajo que tuvieran un origen colectivo, entonces, se ampliaba notablemente el *ius variandi*⁵⁶ empresarial respecto de las modificaciones sustanciales que afectasen al trabajador individual.

Ello dio lugar a dos marcadas líneas doctrinales y jurisprudenciales una de las cuales hacía depender la intervención del procedimiento modificador en función del número de trabajadores afectados por la modificación, es decir, que contemplaba el alcance del artículo 41 desde el punto de vista cuantitativo. La otra, por el contrario, defendía la tesis de la modificación sustancial desde un punto de vista cualitativo, es decir, la existencia de un interés colectivo permitiría la modificación a través del artículo 41 tanto si se concretaba ésta en todo un colectivo de trabajadores como en uno solo.

En ambas líneas doctrinales y jurisprudenciales no se distinguía, a la hora de aplicar el procedimiento modificador previsto en el artículo 41 del ET si dichas materias venían establecidas o no en Convenio Colectivo, es más, se defendía que era precisamente este procedimiento el que permitía la adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias específicas de la empresa o centro de trabajo.

Fue el Tribunal Constitucional, a través de sus Sentencias 105/92, 92/92 y 208/93, el que delimitó los términos del debate.

⁵³ Sentencia del TS, de 11 de abril de 1991 (Ar. 3262).

⁵⁴ Sentencia de la AN, de 7 de julio de 1989 (Ar. 30).

⁵⁵ Ruth VALLEJO DA COSTA. «La autonomía colectiva en el sistema de modificación sustancial de las condiciones de trabajo: sobre los pactos y los convenios colectivos». Dentro de: *La nueva regulación de las relaciones laborales*, coordinado por Vicente-Antonio MARTÍNEZ ABASCAL. Edita la Universidad de Rovira i Vigili. Barcelona, 1995, pág. 439.

⁵⁶ Aunque, en mi opinión, este tipo de modificaciones, en cuanto sustanciales, no pueden ser enmarcadas en el *ius variandi* empresarial, tal como ya señalamos anteriormente.

Aunque existe ya un amplio análisis doctrinal sobre estas sentencias, no parece inoportuno recobrar aquí, desde una óptica general y conjunta, su trascendencia desde la perspectiva de la relación entre autonomía colectiva y autonomía individual.

Puede decirse que estamos ante sentencias que presentan una pluralidad de cuestiones, pero cuya virtualidad esencial es establecer de forma general el espacio de la autonomía individual cuando está en vigor un Convenio Colectivo del Título III del TRET.

En este sentido, la Sentencia 92/92 declaró contraria al artículo 3 de la Constitución una interpretación del artículo 41, que permitía a la Administración laboral la introducción de modificaciones sustanciales de trabajo previstas y reguladas en un Convenio Colectivo vigente, pues «sería contraria al artículo 37.1 de la CE una interpretación del artículo 41 que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales previstas y reguladas en un Convenio Colectivo vigente», con lo que dejó zanjada la posibilidad de modificación de condiciones sustanciales fijadas por Convenio Colectivo, por la vía de la autorización administrativa, negando así las tesis que entendían que también podrían ser objeto de modificación las condiciones establecidas en Convenio Colectivo e, incluso, las más matizadas que partían de una interpretación flexible y abierta del principio de favor, y por ello, una interpretación muy restrictiva de la contradicción con el Convenio Colectivo⁵⁷.

Es decir, que las condiciones objeto de modificación serían en todo caso las *uti singuli*, es decir, las condiciones más beneficiosas de que dispone el trabajador *ad personam*, que pueden modificarse hasta igualarse a las establecidas en convenio. Lo que no quedó resuelto definitivamente fue si también habría que considerar modificación individual, la modificación que se concretase en un trabajador singular o en una pluralidad de ellos, pero que estuviera referida a una materia recepcionada del Convenio Colectivo.

En esta sentencia se argumenta que el derecho a acordar tales condiciones no puede ni debe mediatizar la eficacia vinculante del convenio, de suerte que aquéllas deben circunscribirse exclusivamente a las condiciones de origen contractual.

Pero dicha doctrina constitucional, si bien eliminaba cualquier opción de esta naturaleza cuando existiera intervención administrativa sustitutoria del acuerdo con los representantes de los trabajadores, nada decía, en cambio, de la legitimidad o no del supuesto en que la modificación, a través del anterior artículo 41 del ET, se operaba mediante la aceptación de dichos sujetos colectivos.

⁵⁷ A esta conclusión llega tanto M. RODRÍGUEZ PIÑERO en «Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical». *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15, Tomo II, 1992, págs. 22 y 23; así como Ángel BLASCO PELLICER, «Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo». *Revista Relaciones Laborales*, núm. 12, junio de 1995, pág. 16.

RODRÍGUEZ PIÑERO ⁵⁸ señala que de dicha sentencia se extrae implícitamente la posibilidad de que mediante el anterior artículo 41 se modificaran materias contratables o propias de negociación en un Convenio Colectivo.

Sin perjuicio de ese, quizá, elocuente silencio de los argumentos explícitos que utiliza la sentencia citada, podría colegirse, cuando menos, dos posiciones diversas ⁵⁹.

De un lado, que la alteración de la vigencia de lo pactado convencionalmente sólo puede actuar-se mediante los sistemas de modificación o denuncia previstos por el propio pacto colectivo.

De otro, que nada impediría una segunda interpretación de la citada sentencia en el sentido de que la inconstitucionalidad del precepto como consecuencia de su utilización para atacar la vinculatoriedad del Convenio Colectivo sólo queda referida a la intervención administrativa sustitutiva del acuerdo con los representantes, no para el caso de que dicho acuerdo se produzca.

Sin embargo, la sentencia no resolvió directamente la cuestión de si la modificación de condiciones convencionales podía realizarse vía artículo 41 del ET, mediante aceptación de aquéllas por los representantes legales de los trabajadores.

En opinión de BLASCO PELLICER ⁶⁰, del análisis que efectúa el Tribunal Constitucional la respuesta había de ser necesariamente negativa, puesto que la intervención de los representantes del personal no es propiamente, según apunta la sentencia, negociación colectiva; ni, aunque lo fuera, pues en este caso hubiera entrado en juego, vía legislación ordinaria, el artículo 84 del ET, relativo a la concurrencia de convenios.

Únicamente podría pensarse en tal posibilidad cuando la modificación se estableciese en el mismo ámbito del convenio (convenio de empresa) y siempre que la modificación fuese aceptada por la misma representación de trabajadores que suscribió el convenio.

En esta línea, la Sentencia 105/92 trata sobre la posibilidad de que, ante la regulación en un Convenio Colectivo sectorial estatal, de una determinada modalidad de jornada -la continuada- pueda establecerse a nivel de empresa, por acuerdo individual «en masa» entre empresario y trabajadores, un tipo de jornada diferente -la partida- a la contemplada por aquel Convenio Colectivo en vigor.

⁵⁸ M. RODRÍGUEZ PIÑERO en «Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical». *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15, Tomo II, 1992, pág. 5.

⁵⁹ Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Convenio Colectivo*. Edit. Consejo Económico y Social. Madrid, 1996, pág. 49.

⁶⁰ Ángel BLASCO PELLICER, «Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo». *Revista Relaciones Laborales*, núm.12, junio de 1995, pág. 16.

El hecho de que el empresario sometiera a votación asamblearia la posibilidad del cambio -que resultó mayoritariamente respaldada- y que diera todo tipo de garantías respecto a la libertad para votar en contra del cambio -en cuyo caso continuaría con la vigente modalidad de jornada- no fue suficiente para que el Tribunal Constitucional convalidara esta forma de orillar la regulación convencional estatutaria.

Con un lenguaje un tanto apocalíptico, en términos de SALVADOR DEL REY ⁶¹, sobre la caída del sistema de negociación colectiva que ello podría representar, el Tribunal Constitucional sólo hace confirmar el efecto inderogable que a nivel individual se deriva del carácter normativo del Convenio Colectivo, sin que la «colectivización» que representa su oferta «en masa» pueda neutralizar su carácter inequívocamente «individualista».

En este sentido, el Tribunal Constitucional reafirma lo que, en un ordenamiento que ha concedido eficacia normativa a un tipo de Convenios Colectivos, es o debe ser claro, a saber, que sólo otra norma convencional, y no acuerdos con eficacia obligacional, pueden derogar su regulación, y ello incluso en aquellos supuestos en los que sea posible la actuación de esta norma posterior.

En todo caso, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, el Alto Tribunal deja abierta la vía para que la modificación del Convenio Colectivo resultara posible a través de pactos con los representantes del personal, al declarar la Sentencia 105/92 que «el sistema para la modificación o denuncia de un convenio colectivo en vigor, viene establecido en los propios convenios y en el Estatuto de los Trabajadores, siempre que se cuente con la voluntad de la representación legítima de las partes».

Nótese que ahora el mismo supuesto de la Sentencia 105/92, examinado bajo la óptica de la normativa actual, admitiría un acuerdo de «descuelgue» de los contemplados en el artículo 41.1, siempre y cuando la materia en cuestión fuera calificable de «horarios» y no de «jornada».

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/93 va a abordar el tema no presente en la sentencia anterior de qué espacio tiene la autonomía individual respecto a un Convenio Colectivo estatutario en vigor cuando la materia que desea tratarse al nivel del contrato de trabajo no está expresa y directamente regulada en el Convenio Colectivo.

El Tribunal Constitucional parte de un presupuesto, ciertamente compatible, de evitar dos afirmaciones extremas. Ni puede decirse que sea jurídicamente inviable toda ordenación en el contrato individual durante la vigencia de un Convenio Colectivo, por el mero hecho de la vigencia del mismo, con independencia de si la materia de aquella ordenación está o no incluida en éste, ni tampoco puede afirmarse que es posible toda ordenación individual estando vigente un Convenio Colectivo, por el mero hecho de que la materia en cuestión no se encuentre regulada en el mismo.

⁶¹ Salvador DEL REY GUANTER, «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 77, pág. 441.

De esta forma, el Tribunal Constitucional sigue una aproximación contextual, en el sentido de tener en cuenta toda una serie de factores que pueden rodear la regulación individual extraconvenio.

Así, es ciertamente trascendente determinar si el empresario persigue o no una finalidad antisindical en su conducta negociadora a nivel individual. Probablemente la más evidente vendría dada por la negativa del empresario a negociar determinadas materias a nivel colectivo para después replantearlas a nivel individual. En el caso ante el Tribunal Constitucional, no existían ni tan siquiera indicios de comportamiento antisindical por parte de la empresa, que no cuestionaba en ningún momento el protagonismo de la relación negocial colectiva ni el papel de los representantes de los trabajadores en la misma.

Estas sentencias se dictaron en un contexto en el que existía una tendencia a la individualización de las relaciones laborales que, de la mano de los contratos individuales en masa o de los pactos informales de empresa, venían siendo utilizadas como vías de escape tanto para el establecimiento como para la modificación de condiciones de trabajo.

Manifestaciones de individualización que tuvieron su origen, sin duda, en la regulación por la negociación colectiva de materias que tradicionalmente se habían vinculado a los poderes de organización del empresario, y que por una tendencia a la uniformidad de las condiciones de trabajo, potenciado por estructuras de negociación colectivas centralizadas a través de unidades supraempresariales, hicieron del Convenio Colectivo un instrumento poco dúctil para las exigencias que reclamaba el propio entorno de afectación del convenio: la empresa.

La reforma pretende precisamente solucionar esta rigidez y apuesta por «una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa»; con la introducción de criterios de adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral, para que la misma no quede como una regulación meramente formal. De ahí que se potencie la negociación colectiva, sobrepasando en el ámbito de empresa, y además, se incremente el papel de otras vías de regulación para el establecimiento de condiciones de trabajo, tal como ocurre con el reconocimiento de los llamados pactos informales de empresa o Convenios Colectivos **impropios**.

Desde la perspectiva sustancial, es también relevante qué tipo de materias y/o qué extensión de ellas quiere negociar el empresario a nivel individual en relación al ámbito material del Convenio Colectivo. Para el Tribunal Constitucional, no es posible vaciar de contenido la relación negocial colectiva mediante un trasvase al nivel individual de materias cuya propia naturaleza hace apropiado el nivel colectivo, especialmente cuando se trata de temas que podrían ser calificados como centrales para la propia subsistencia de aquella relación colectiva. En el supuesto concreto de la Sentencia 208/93 eran materias no calificables como decisivas en la dinámica convencional.

Pero, al mismo tiempo, es evidente, tal como señala Salvador DEL REY ⁶², que el Tribunal Constitucional rechaza también la hipótesis más formalista, que podríamos calificar como la del

⁶² Salvador DEL REY GUANTER, «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 77, pág. 443.

«universo cerrado», que defiende que la conclusión del Convenio Colectivo, por sí mismo, significa un impedimento para cualquier tipo de negociación a nivel individual, incluso respecto a materias no contenidas en aquél.

Como la doctrina más cualificada que ha tratado el tema de la individualización de las relaciones laborales ha puesto de manifiesto la relación entre autonomía colectiva y autonomía individual es o ha de ser de complementariedad y mutuo fortalecimiento, más que de oposición, y aquella relación es desarrollada solamente cuando, frente al «espacio vital» del Convenio Colectivo respecto a la ley, también se reconoce la necesidad de que exista un «espacio vital» potencial -no tiene por qué actualizarse en todos los supuestos- a la autonomía individual en relación a la autonomía colectiva.

Estamos, pues, ante una doctrina -seguida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1994- que, al menos desde la perspectiva del binomio autonomía colectiva-autonomía individual, es enormemente relevante para establecer un equilibrio entre ambos niveles, equilibrio que, hemos de insistir, ha de servir para su mutua potenciación, más que para un planteamiento de oposición.

Por ello, una de las novedades introducidas por el nuevo artículo 41 del Estatuto es la posibilidad de modificar, por los procedimientos que en dicho precepto vienen establecidos, tanto las condiciones de trabajo que vengan reguladas por el contrato de trabajo, como las que vengan reguladas por pacto colectivo o las que hayan sido otorgadas unilateralmente por el empresario y afecten a un colectivo de trabajadores, e incluso, de las establecidas por Convenio Colectivo, aunque en este último caso solamente respecto de una serie de materias, entre las que se incluyen: el horario, el régimen de turnos, el sistema de remuneración y el sistema de trabajo y rendimiento.

Tras la reforma de 1994, la vigente redacción del artículo 41 del ET ha variado algunos importantes pilares de la regulación precedente ⁶³:

Primero, el actual marco estatutario de modificación sustancial de condiciones de trabajo ha suprimido la intervención de la Autoridad laboral supletoria al acuerdo modificativo, por lo que se consagra el carácter autónomo de este mecanismo novatorio. Indudablemente responde esta medida a uno de los objetivos fundamentales de la reforma de la legislación laboral de 1994: la retirada de la intervención estatal en la determinación de las condiciones de trabajo.

En segundo lugar, se suprime también la exigencia de la aceptación de los representantes de los trabajadores para la alteración sustancial de cualesquiera condiciones de trabajo, ampliando de este modo las facultades directivas del empresario. No obstante, se mantiene una actuación análoga de los mismos para las modificaciones de carácter colectivo, preceptiva en todo caso y vinculante en su resultado, cuando las condiciones de trabajo afectadas tengan su origen en convenios estatutarios.

⁶³ Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 97.

Estas nuevas precisiones normativas alteran a juicio de GONZÁLEZ DEL REY ⁶⁴, los planteamientos anteriores. Por un lado, no se trata de una mera aceptación de una decisión empresarial en algún caso ya adoptada y previa a su ejecución, aun cuando con frecuencia conllevara implícitamente una negociación previa de su contenido, sino de un período de consultas de configuración legal, que determinará el contenido de la decisión modificativa y que se plasmará en un acuerdo colectivo.

Por otra parte, se admite expresamente la posibilidad de modificar condiciones de trabajo previstas en convenios estatutarios normativos. Aunque el artículo 41 limita la exigencia de un acuerdo de empresa, sin posibilidad de sustitución por otro mecanismo, para la modificación de las condiciones establecidas en los Convenios Colectivos estatutarios.

Por su origen negociado, el acuerdo de empresa exigido para la modificación de condiciones de trabajo establecidas en normas paccionadas se configura en primer lugar como un pacto o Convenio Colectivo ⁶⁵.

A esto hay que añadir que el procedimiento que culmina en ese acuerdo tiene origen legal y cumple con unas exigencias, en materia de deber de negociar de buena fe, de legitimación y de mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, análogas a las contempladas en el marco general de la negociación colectiva estatutaria. Es, por tanto, y sin predeterminar su eficacia, un acuerdo colectivo típico, tipificado legalmente ⁶⁶.

En este sentido Ricardo ESCUDERO ⁶⁷ sostiene que los acuerdos de empresa tienen, desde el punto de vista jurídico, un valor normativo y, desde el personal, eficacia general, siempre que se cumplan los requisitos de mayorías que la ley establece.

No obstante, aunque sea obvio, GONZÁLEZ DEL REY ⁶⁸ precisa que sólo será susceptible de modificación el Convenio Colectivo cuyo objeto sea la ordenación de condiciones de trabajo.

64 Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 97.

65 C. SAER LARA, «Los acuerdos colectivos de empresa; una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico». *RRL*, núm. 11, 1995, págs. 59 y ss.

66 Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 99.

67 Ricardo ESCUDERO, «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», dentro de *La Reforma del Mercado Laboral*, dirigida por Fernando VALDÉS DAL-RÉ, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 55.

68 Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 101.

Sobre el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo cuya modificación se pretende, nada dice el artículo 41, GONZÁLEZ DEL REY ⁶⁹ considera que no parece que exista límite a estos efectos.

Aceptando que el artículo 41 del ET prescribe un sistema de garantías materiales y formales para la lícita modificación sustancial de las condiciones de trabajo por iniciativa empresarial, podemos decir que el objetivo primordial de esta norma es conciliar la difícil contraposición de intereses entre la adaptabilidad de aquéllas a las cambiantes necesidades de las organizaciones productivas y la estabilidad del estatuto de derechos laborales progresivamente adquiridos por los trabajadores ⁷⁰.

La principal garantía establecida para que pueda operarse el cambio objetivo es su carácter casual: para la utilización de cualquiera de los cauces establecidos en este precepto, el empresario tendrá que probar la concurrencia de razones económicas, organizativas o de producción.

Por determinación de la propia norma, estas circunstancias se entienden existentes cuando la medida modificativa «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», en fin, a superar las crisis presentes o a prevenir o evitar las futuras.

En todo caso, cualquiera que sea la situación alegada por el empresario para justificar su decisión, éste deberá demostrar no sólo su concurrencia, sino también la adecuabilidad o proporcionalidad del medio propuesto al fin pretendido.

Las garantías formales se manifiestan en la intervención de los representantes de los trabajadores en la toma de decisión empresarial, que se diversifica y varía en intensidad, fundamentalmente, en función de la fuente de la condición que se pretende modificar, según ésta sea individual, colectiva o un convenio estatutario.

Así, respecto de las primeras sólo se prescribe la información o notificación previa a su efectividad o ejecución. En relación con las de origen colectivo se exige un período de consultas, aun cuando su resultado no sea vinculante. Por último, en cuanto a las reguladas en normas paccionadas es preciso un acuerdo entre el empresario y la representación legal de los trabajadores.

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior» (tener su origen en una fuente colectiva) «no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo» (a los efectos procedimentales) «las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten en un período de noventa días» (desde su

⁶⁹ Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 101.

⁷⁰ Ignacio GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo». Editorial Civitas. *Revista del Derecho del Trabajo*, núm. 75, de enero-febrero, pág. 91.

causa legal justificadora) a un número de trabajadores inferior a diez en empresas que ocupen menos de cien, al 10 por 100 en las que tengan entre 100 y 300 y a 30 en las que superen esa cifra.

Entrando ya en el análisis concreto del artículo 41, vemos como el artículo 41.1 del ET en sentido estricto, sólo contiene el cauce de modificación de las condiciones colectivas, no el de las pactadas en convenio estatutario, cuya única previsión expresa se encuentra en el 41.2.

El nuevo artículo 41.2 del ET afirma que la modificación colectiva es la que afecta a condiciones reconocidas por «acuerdo o pacto» (además de por decisión empresarial colectiva); fórmula que parece querer excluir al Convenio Colectivo en sentido propio. Sin embargo, esta interpretación es inmediatamente rectificadora por el referido precepto, que prevé expresamente la posibilidad de que se modifiquen por la vía del procedimiento colectivo condiciones de trabajo establecidas, no en un mero acuerdo o pacto, sino en un auténtico Convenio Colectivo ⁷¹.

Así, en cuanto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo pactadas en convenio estatutario, vía 41.2 del ET, el precepto contenido en el apartado 3.º, inciso segundo, de aquel artículo reconoce la posibilidad de que, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores respecto de determinadas materias referidas en el párrafo primero de dicha norma, puedan modificarse condiciones establecidas en un Convenio Colectivo estatutario previo y vigente.

Dicha previsión, lejos de tener trascendencia exclusivamente en la esfera del contrato, está afectando asimismo a la propia configuración de los poderes colectivos en la empresa y fuera de ella ⁷².

La actual reforma ha supuesto en primer lugar, el reconocimiento, de manera explícita, de los llamados pactos informales de empresa o Convenios Colectivos impropios como cauce para el establecimiento de condiciones de trabajo. Una práctica que venía siendo habitual bajo el imperio de la normativa anterior, aún cuando éstos no estuvieran contemplados expresamente en el cuadro de fuentes normativas previstas en el artículo 3 del Estatuto, pero cuya existencia se hacía derivar directamente del artículo 37 de la Constitución.

Cierto es que el artículo 3 del Estatuto no ha sufrido ninguna modificación, de manera que las fuentes de regulación de la relación laboral siguen siendo las mismas, pero el hecho de que el artículo 41 establezca que los pactos colectivos pueden modificarse por esta vía es del todo significativo respecto de su reconocimiento, aún cuando no se haya precisado el papel que los mismos deben ocupar en la última reforma.

⁷¹ A. MONTOYA MELGAR, «La nueva configuración del poder de dirección del Empresario». Dentro de *Reforma de la legislación laboral*. Estudios dedicados al profesor Manuel ALONSO GARCÍA. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995, pág. 197.

⁷² Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Convenio Colectivo*. Edit. Consejo Económico y Social. Madrid, 1996, pág. 34.

En segundo lugar, la actual reforma no aclara qué hay que entender por modificaciones individuales, a las que define como aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual, entendiéndose por éstas, en todo caso, aquellas que vienen establecidas en el contrato de trabajo. Es indudable que están incluidas las denominadas condiciones más beneficiosas adquiridas por el trabajador *ad personam*, pero no se despeja la duda de si también tienen esta consideración aquellas que se concretan en el contrato de trabajo pero respecto de materias que vengan recepcionadas del Convenio Colectivo.

Por último, la actual reforma ha despejado toda duda sobre la modificación del Convenio Colectivo a través del procedimiento descrito en el artículo 41, pero introduce otra nueva: la de determinar por qué entre las materias objeto de modificación no se incluyen la jornada y la movilidad funcional.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, en su conocida Sentencia 92/92, que estimó que la modificación de las condiciones pactadas en los Convenios Colectivos regulados en su Título III vaciaba de contenido el derecho constitucional a la negociación colectiva y era, por tanto, inconstitucional, resulta difícil defender la constitucionalidad del nuevo precepto estatutario.

Quizá si contemplamos este artículo como lo hace Yolanda VALDEOLIVAS ⁷³, al considerar que este instrumento de modificación sustancial de condiciones pactadas en Convenio Colectivo constituye el único de los tres reconocidos en el artículo 41 del ET que ha recortado margen a la autonomía individual o a la capacidad unilateral del empresario, quedando sustraída dicha modificación de cualquier decisión novatoria ajena a un acuerdo de empresa, podamos entender de forma diferente la reforma.

Así, de un lado, la modificación sustancial de condiciones de carácter individual remite a la sola decisión modificativa del empresario, sin más requisitos que la mera notificación al trabajador afectado y a los representantes de los trabajadores, pero sin negociación, acuerdo o audiencia previa siquiera de estos últimos (art. 41.3); de otro, la modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo contiene como única exigencia la de ir precedida de un período de consultas con los representantes de los trabajadores, sin perjuicio de que, en todo caso, incluso de no alcanzarse un acuerdo con éstos, pueda llevarse a efecto la medida novatoria por decisión empresarial, notificándola entonces a los trabajadores afectados (art. 41.4).

En suma, la sustitución o derogación del convenio exige en estos supuestos un acuerdo colectivo que, de no obtenerse, y por muy fundadas y probadas que sean las razones que le dan sentido, no producirá el efecto sustitutivo ⁷⁴.

⁷³ Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Convenio Colectivo*. Edit. Consejo Económico y Social. Madrid, 1996, pág. 42.

⁷⁴ Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA, *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Convenio Colectivo*. Edit. Consejo Económico y Social. Madrid, 1996, pág. 44.

Si aceptáramos esto se podría producir el hecho de poder extinguir una relación por causas como éstas, pero no variar la misma, lo cual es siempre menos gravoso.

En opinión de MONTOYA MELGAR ⁷⁵, la reforma de 1994 se adecua a la Constitución cuando potencia la libertad de empresa y la capacidad de decisión del empresario, cuando fomenta la participación de la representación de los trabajadores en la adopción de decisiones empresariales y cuando restringe la acción controladora del poder público en el sistema de relaciones laborales.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo que hemos visto, podemos concretar diciendo que la libertad de empresa, considerada en cuanto a sus manifestaciones en las relaciones laborales, es protegida y potenciada por la legislación ordinaria, que admite, incluso, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

El hecho de que el Tribunal Constitucional, en las sentencias referenciadas anteriormente, haya tomado una actitud contraria a dichas modificaciones se basa, más que en la consideración de la variación como mala en sí misma, en el hecho de que tal conducta puede ser considerada como *anti-sindical*, con lo que esto tiene de incidencia en otro derecho como el de libertad sindical, derecho de mayor protección constitucional.

Así, en la lucha entre la autonomía individual y la colectiva, término este, de autonomía colectiva, equívoco, pues resulta de la suma de varias voluntades, con lo que sería conveniente hablar de heteronomía colectiva, las medidas empresariales no se estudian desde el punto de vista del contrato individual, sino desde su incidencia en la libertad sindical.

Por todo ello el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que no puede prevalecer la autonomía de la voluntad sobre la libertad sindical, y paralelamente sobre el Convenio Colectivo ⁷⁶, con lo que la libertad de empresa, en cuanto organización y dirección, se debe enmarcar en ese límite.

Ésta es la interpretación que se debe llevar a cabo para tomar en consideración las nuevas reformas producidas en 1994, integrando las consideraciones del Tribunal Constitucional dentro de la nueva redacción del artículo 41 del ET.

⁷⁵ A. MONTOYA MELGAR, «La nueva configuración del poder de dirección del Empresario». Dentro de *Reforma de la legislación laboral*. Estudios dedicados al profesor Manuel ALONSO GARCÍA. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995, pág. 199.

⁷⁶ Al ser el derecho a la negociación colectiva una de las manifestaciones de ese derecho de libertad sindical.