

Monográfico.

Un quinquenio de reforma laboral: Último balance jurisprudencial antes de la anunciada reforma 2017

Presentación

Los principios que buscamos han de serlo tanto de evolución como de seguridad [...]; es decir, hay que intentar unificar la teoría del Derecho con la de su creación [...], según Derecho, [...] por los magistrados.

R. POUND

Historia y Derecho. Las grandes
tendencias del pensamiento jurídico

1. Apenas iniciada la nueva Legislatura, cuyas previsiones iniciales más difundidas es que sea de ciclo (relativamente) corto, ante las incertidumbres que genera la ausencia de mayorías sólidas en el Parlamento para sostener el «programa» socio-económico del «nuevo Gobierno», el tópico de la «reforma laboral» ha vuelto de inmediato al primer plano de los periódicos y de las mesas de negociación, políticas y sociales. El partido que sostiene principalmente al «nuevo Gobierno» ha dejado ya muy claro que se opone radicalmente a la derogación de la realizada en el quinquenio que va desde 2012 a 2016 y cuyos efectos prácticos se valorarían de manera muy positiva desde su punto de vista. No obstante, sí que asume, en sede parlamentaria y en la Mesa de Diálogo Social, que es parcialmente revisable si con ello se consigue mejorar tanto el nuevo ciclo económico, ahora positivo, o al menos no se pone en riesgo, cuanto un mayor volumen de empleo y una añadida calidad del creado, hoy claramente cuestionada, ante el claro avance de la «precariedad». El Gobierno, más allá de la buscada **foto «de familia»**, se ha comprometido con ambos interlocutores sociales a estudiar no solo la propuesta de subida de salario mínimo, sino también aquellos cambios en la reforma laboral que, eso sí, la patronal y los sindicatos planteen de común acuerdo, para adaptarla a la nueva realidad socioeconómica de nuestro país.

Pero cualquiera que sea la suerte final de estos compromisos y estas expectativas en el plano socio-político, lo verdaderamente cierto es que ni Gobierno ni interlocutores sociales, ni tampoco los parlamentos, son los únicos actores relevantes en la regulación del mercado de trabajo español y de su sistema de relaciones laborales. Junto con ellos, y en un marco plagado de continuos conflictos y diálogos críticos, un protagonismo particular, un intenso activismo, se ha ve-

nido otorgando y atribuyendo, a los tribunales, en todos los niveles de la jurisdicción de la rama social del Derecho, ahora ya también y muy pretorianamente, al comunitario, por obra de una crecientemente activa –y reactivada– jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Por ello no podemos dejar de lado completamente la convulsión, cada día mayor –«efecto bola de nieve»–, creada por la «*sentencia de Diego Porras*». De ahí que en este monográfico volvamos, en el apartado de novedades relativas a la «flexibilidad de acceso» o «flexibilidad de entrada», sobre sus nuevas, crecientes y contradictorias aplicaciones en la doctrina judicial española, expuestas críticamente en el [Foro de Debate del número anterior](#) y de las que se da cuenta a propósito del muy sugerente [Diálogo del magistrado y profesor Juan Carlos BENITO-BUTRÓN](#). Curiosamente, la «rapidez» –¿quizás precipitación?– que ha caracterizado a un buen número de decisiones nacionales en tal sentido, sobre la base de una jurisprudencia del Tribunal Supremo –TS– que se estimaba aplicable, no la ha sentido, de momento, la propia Sala del TS, que ha dejado pasar deliberadamente la primera oportunidad que ha tenido para poder terciar en un asunto de tanta trascendencia y donde la seguridad jurídica brilla –de nuevo– por su ausencia ([STS, Sala 4.ª, de 7 de noviembre 2016, rec. núm. 755/2015](#)). En suma, el TS sí resiste –por ahora– la tentación de reconocer el plus indemnizatorio y se mantiene en su precedente.

2. Sin desdeñar ese nivel transnacional de la contemporánea justicia socio-laboral, ahora nos interesa más hacer un pequeño «balance expositivo-crítico» de la evolución valorativa de las principales «medidas estrella» de la reforma 2012 en la jurisprudencia, sometida –no solo, pero también, por sus cambios de composición interna– a relevantes tensiones, al menos en los aspectos más cruciales, como sucede, por ejemplo, en relación con los despidos colectivos, donde los votos particulares siguen siendo «nota común». Así lo comprobaremos, a título de ejemplo, a través del análisis aquí incluido de una de las sentencias más relevantes de estos últimos meses, el «*caso Panrico*» (2016), némesis de otro emblemático, el «*caso Coca-Cola*» (2015) –ya comentado en otro [monográfico](#)–. Un repaso por sus aspectos más críticos y criticables ofrece un ilustrativo balance de cómo se ha ido decantando, en un sentido más favorable a la voluntad legal de flexibilidad de gestión extintiva, esta copiosa jurisprudencia social (*vid.* «*saga Bankia*», últimamente [STS 847/2016, de 14 de octubre](#); una marcada lógica de antiformalismo gestor rezuma también la [STS 788/2016, 29 de septiembre](#), «*caso Viriato*»).

Ciertamente, hay un creciente diálogo, crítico, no meramente traslaticio, entre ambos niveles de la justicia socio-laboral, el prevalente comunitario (TJUE) y el «supremo nacional» (TS). Este último anda en busca de su sitio en un nuevo sistema multinivel que propicia un modelo de control difuso del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 en relación con el art. 93 CE), en el que la «cuestión prejudicial», mutada en «actividad de alto riesgo regulador», sirve para «puentear» la jurisprudencia del TS, promoviendo un sinfín de viajes-aventura recreativa –o correctora/abrogatoria– de las normas del Estado –en este caso España–, aun a costa de remover las construcciones más asentadas de la jurisprudencia nacional. De este modo, lo que se gana en garantía de coherencia y validez, así como de innovación, se pierde en certidumbre para los operadores jurídicos, por la inestabilidad permanente del sentido práctico de la norma. Siguiendo ese «efecto bola de nieve», que a veces se convierte en alud, a una respuesta del TJUE provocada por el

juez nacional –método dialógico, dialéctico y comunicativo– le sigue otra pregunta, que exigirá nuevas respuestas de aquel, de la que se desprenderán nuevas reacciones nacionales, judiciales o legales, en una dinámica continua que desdibuja quién es realmente el que tiene la «última palabra», probablemente porque ya no la tiene nadie. El derecho no es solo un acto de autoridad –legal, judicial–, sino un producto colectivo articulado sobre un ciclo continuo en el que intervienen de forma constante una multiplicidad de sujetos.

Bastará para ilustrar todo ello traer a colación la reciente aplicación de una de las sentencias del TJUE más incisivas en nuestro sistema y que, de no haber sido solapada con la celeberrima «[sentencia de Diego Porras](#)», ahora estaría en el centro de todos los debates, como es la «[sentencia Rabal Cañas](#)». Precisamente, la [STS, Sala 4.ª, de 17 de octubre de 2016, rec. núm. 36/2016](#), acaba de darle cumplimiento, pero no sin introducir algunas modulaciones, a fin de dejar su propio sello. Ciertamente, esta modulación nacional a la hora de llevar a cabo de una forma concreta el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión es mucho más suave que la realizada en otras ocasiones recientes, como ha sido el caso de la [STS de 8 de junio de 2016, rec. núm. 207/2015 \(asunto de la retribución de vacaciones\)](#), en la que la Sala Social del TS ha preferido optar, en parte, por la técnica de la imputación al Estado de un incumplimiento al legislador en detrimento del principio de interpretación conforme. Pero, en todo caso, no deja de volver a poner de relieve esas resistencias de la jurisprudencia nacional a verse desplazada por completo por esa relación directa –que le puentea, debiéndose limitar a levantar acta del cambio creativo-interpretativo promovido desde la base jurisdiccional con la necesaria ayuda (y complicidad) de la autoridad transnacional máxima del TJUE– entre el juez de instancia –o de duplicación– y comunitario. Dado que no se puede comprender el nuevo concepto de despido colectivo sin esta dialéctica, incluimos el acertado [Diálogo de la profesora Yolanda MANEIRO](#).

3. Por supuesto no es posible realizar un balance completo de esa valoración-decantación jurisprudencial, a día de hoy, para todas las «medidas estrella» de la reforma laboral 2012, ni tan siquiera de las principales. Pero sí hemos pretendido ofrecer, con este monográfico, como se ha apuntado más arriba tanto en relación con la *flexibilidad de entrada* como en la *flexibilidad de salida*, un cuadro de las decisiones más relevantes y también más recientes, a fin de seguir completando, manteniendo su pulso constantemente, los precedentes monográficos de esta sección ya dedicados al mismo tema, así como los comentarios-diálogos singulares que se han ido realizando igualmente a lo largo de estos años. Unas glosas dialógicas de doctrina judicial y jurisprudencia sobre la reforma laboral que, sin duda, se seguirán haciendo, pues se trata de una obra abierta, de una emblemática manifestación de «Derecho viviente» (como gusta llamar, siguiendo una honorable cultura jurídica de raíces italianas, al profesor E. BORRAJO).

Por eso, no podíamos dejar fuera de este último balance del año –aunque queremos que tenga una proyección más global, del quinquenio de diálogo-conflicto entre las leyes de reforma y la jurisprudencia que le debe dar sentido práctico concreto, avalando voluntades de la autoridad legal, corrigiéndolas o incluso neutralizándolas– una revisión de algunos de los aspectos más importantes de la «*flexibilidad interna de gestión*», sea unilateral o negociada. Un tópico de

la reforma laboral especialmente recurrente y proclamado, en los discursos legales y judiciales, pero realmente luego diluido en la práctica, en cuanto que ha terminado primando la flexibilidad de salida, si bien complementada y simultaneada, en el mismo proceso de regulación extintiva de empleo, con medidas de flexibilidad interna. De ahí la general práctica –avalada por el TS– de decisiones o «acuerdos colectivos de flexibilidad múltiple».

Conocidas «sagas» o «culebrones jurídico-laborales» de regulación de empleo múltiple conflictivas resultan ilustrativos. Así, para ejemplificar, se viene exhibiendo, de forma poco ejemplar y nada alentadora, el «asunto Liberbank». Entre la más de media docena de sentencias, de la Audiencia Nacional y del TS, que ha propiciado la enraizada conflictividad, en detrimento de una cultura de negociación y pacto, más saludable porque la paz social, aun en tiempos revueltos, es un presupuesto de eficiencia económica, últimamente debemos hacer referencia a la [SAN 146/2016, de 23 de septiembre](#). Esta anula una nueva decisión de flexibilidad interna múltiple derivada de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) consistente en: suspensión de contratos y reducción temporal de jornada, reducción salarial y supresión de mejoras voluntarias, por cuanto incumplió el deber de gestión transparente –información–, invocando –norma de cobertura– el derecho mercantil a la reserva de la información financiera relevante a efectos de admisión a cotizar en Bolsa.

Una difundida práctica de gestión simultánea –o, en todo caso, coetánea– de múltiples medidas de reajuste a la baja de condiciones de trabajo que no solo está presente en el sector del empleo privado, sino que también ha sido utilizado con alta intensidad en el sector de las empresas públicas, si bien en estos casos ayudados por la directa autoridad de la ley. Por eso, nos ha parecido de especial interés aprovechar recientes decisiones jurisdiccionales sobre esta materia en este tipo de empresas para evidenciar las utilidades y límites de la flexibilidad de gestión interna en el marco de la racionalización gestora de las empresas, en general, y del sector público-empresarial en particular. Ese es el principal cometido que afronta, con notable éxito, el [comentario-diálogo del profesor A. ÁLVAREZ MONTERO](#) respecto de la [STS, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2016, rec. núm. 246/2015](#).

Como muy bien ilustra este brillante análisis, la norma laboral pos-reforma laboral ofrece notables ventajas para proceder a una reajuste de la gestión del factor trabajo, a fin de racionalizar sus estructuras de organización y también rebajar sus costes, a través de medidas novadoras, de distinto calado, pero siempre que se ajusten a la legalidad, sin buscar atajos unilateralistas. Desde luego, ese problema no se da solo en las empresas públicas, donde ha habido una mayor permisividad, precisamente por su carácter público –lo que es de todos parece que no es de nadie–. Está también presente en el sector privado, donde continuamente situaciones cargadas de una gran razón sustantiva –necesarios reajustes–, se pierden en los tribunales por no respetar las exigencias formales; estos no son formalismos enervantes –como suele verse desde el puro «enfoque de gestión de recursos humanos»–, combatidos, según se ha recordado, fuertemente por la jurisprudencia del TS –este monográfico ofrece algunos ejemplos manifiestos, como el [asunto Panrico](#)–, sino garantías de protección de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores, que han de contemplarse. Un muy buen ejemplo de ello, entre las decenas que podrían ofrecerse, nos lo pro-

porciona la [STS 616/2016, de 6 de julio](#), en relación con las SSTS de [2 de julio de 2015, RCU 1699/2014](#) y [26 de abril de 2016, RCU 2102/2014](#) (*asunto MSCT-Descuelgues de la empresa Siscor Norte*, gestora de seis franquicias de Burger King). La sentencia contiene un interesante cuadro resumen de todas las diferencias y semejanzas entre el [artículo 41.1 del ET](#) (MSCT) y el [artículo 82.3](#) del mismo texto legal (descuelgues), reiterando la doctrina al respecto fijada en sus precedentes (SSTS de [17 de diciembre de 2014, rec. núm. 24/2014](#) y [23 de junio de 2015, rec. núm. 315/2013](#)), cuidando bien de evitar un «uso promiscuo» de ambas.

4. Esta última referencia nos sirve, no ya solo para confirmar esa constante mezcla de técnicas de reajuste laboral en la práctica empresarial, multiplicando su complejidad, sino también para poner de relieve la persistente conflictividad de otras medidas conexas, incluso presupuestos de aquellas, con fronteras normativas disolutas, más si precisan acuerdo.

Me refiero ahora a esa gran cuestión conflictiva que es el proyecto legislativo de dar fin al modelo precedente de *ultraactividad* indefinida de los convenios colectivos estatutarios ([art. 86.3 ET](#)). Precisamente, el núcleo básico del conflicto resuelto por las citadas sentencias relativas al precitado caso—complejo y enrevesado donde los haya—*Siscor Norte* parte de la decisión novatoria empresarial de condiciones de trabajo pactadas convencionalmente, sin dar trámite por la vía del [artículo 82.3 del ET](#), sino del [artículo 41 del ET](#), al entender caducados los dos convenios colectivos provinciales precedentemente reguladores de las condiciones de trabajo de buena parte de la plantilla. La jurisprudencia del TS, a diferencia de sendas doctrinas judiciales de suplicación (Asturias y Castilla y León), que sí habían entendido caducados los convenios, corrige esa práctica, confiada en el inicial favor judicial, por entender que existen cláusulas vigentes de ultra-actividad indefinida en los dos convenios provinciales de referencia. A tal fin, recordará sus precedentes en la materia, en especial las SSTS de [17 de marzo de 2015, rec. núm. 233/2013](#), [2 de julio de 2015, rec. núm. 1699/2014](#) y [11 de noviembre de 2015, rec. núm. 225/2014](#), que resume toda la doctrina, entre otras, en las que otorga plena validez a los pactos en contrario (a la voluntad legislativa de poner un plazo perentorio de caducidad a la ultra-actividad convencional) *ex artículo 86.3 del ET* precedentes a la reforma laboral, no ya solo a los posteriores. Una doctrina que viene siendo reiterada de modo traslaticio también en las más recientes, como la [STS 894/2016, de 26 de octubre](#) (*caso Tragsa*—otro grupo público—empresarial que constituye todo un clásico en los tribunales desde la reforma laboral, debutando en prácticamente todas las medidas más relevantes de la reforma laboral).

Como referencia se hará también en la mencionada [STS 616/2016, de 6 de julio](#), al que, sin duda, es uno de los precedentes más polémicos de todos en esta historia inacabada de la lucha entre la ley de reforma laboral y los tribunales por la fijación del Derecho del Trabajo más adecuado—en términos de mayor rentabilidad eficiente, la primera, en términos de un mejor equilibrio transaccional, los segundos— a la realidad socio-económica de las empresas en el actual contexto de mercado: la [STS de 22 de diciembre de 2014, rec. núm. 264/2014](#). En esta ocasión la referencia lo es para descartar que resulte de aplicación ese precedente, como esgrimía, no la defensa de los trabajadores, sino la de la empresa, de modo que contase con habilitación suficiente para novar unilateralmente las condiciones de trabajo pactadas, una vez que se han —a

su juicio— «contractualizado» por la ausencia de un convenio de ámbito superior. Pero para la Sala Social, en cambio, tal presente abordó un caso en el que el convenio colectivo «que venía aplicándose nada decía acerca de su eventual continuidad más allá del año tras su denuncia; por tanto, la "contractualización" y ulterior posibilidad de operar sobre su resultado mediante una MSCT no es trasladable al presente caso» (FJ 5.º).

Tampoco, pues, al menos aparentemente, parece haber cambio relevante alguno en este escenario de máxima incertidumbre jurídica —cuando no hay paraguas convencional de ámbito superior que resulte de aplicación una vez caducado el convenio aplicable antes—, lo que es objeto de constantes críticas doctrinales, por las persistentes incoherencias normativas, además de conceptuales o dogmáticas, que arrastraría tan infortunada doctrina unificadora. Buena prueba de su resistencia, sin perjuicio de algunos elementos de contraste, como el que ya parece decantarse la sala, no por la «contractualización *ab origine* o desde el primer minuto» de la relación, sino por la «contractualización sobrevenida» o «condicionada suspensivamente» al acaecimiento del presupuesto legal —la ausencia de convenio colectivo de ámbito superior—, es la reciente [STS 850/2016, de 18 de octubre](#). En suma, pocas novedades al respecto en tan crucial material y, en consecuencia, no nos ha parecido acreedora de análisis nuevos, aunque en la doctrina judicial se están produciendo algunas decisiones que merecerá la pena traer en esta sección, en próximos números (STSJ de Andalucía/Sevilla 3140/2016, de 17 de noviembre).

5. En cambio, sí que nos ha merecido una atención muy particular otra de las medidas más pretendidamente rutilantes de todo el firmamento de la reforma laboral y que, como es lógico, también refleja esa concomitancia entre unas medidas de flexibilidad de gestión interna y otras, en este caso necesariamente pactadas, no ya solo negociadas. Me refiero, cómo no, a la suerte en la jurisprudencia, hoy, antes en la doctrina judicial, sobre todo de la Audiencia Nacional, de la más que célebre, tanto como polémica, *prioridad aplicativa del convenio de empresa ex artículo 84.2 del ET* y que, como es sabido, no pretendía sino ser la «cara A», el anverso positivo (para las situaciones de empresa al margen de eventuales dificultades económicas y organizativas), del reverso más negativo, la «cara B» (para las situaciones de dificultad, no ya necesariamente de crisis) que representa la novación —que puede ser múltiple, no solo de una o dos condiciones de trabajo— *ex artículo 41 del ET*. Bien sabido es, al respecto, las extraordinarias expectativas creadas por esta medida, en especial en las llamadas «empresas multiservicios», con centros múltiples, pero algunos de ellos de escasa dimensión ocupacional, y una estructura representativa débil, y dócil (sobre su problemática tan compleja e intensificada en estos días ya se ha podido ver el sugerente [Editorial](#) en este número, a cargo del subdirector de la Revista).

Con carácter general, la valoración jurisprudencial de esta medida es negativa. Así lo prueba el que, a partir de una rígida comprensión del principio de correspondencia, se hayan anulado un buen número de los convenios de empresa *ex artículo 84.2 del ET*. Por tanto, sobre la base —una vez más— de cuestiones de forma, la jurisprudencia frena otra vía para la devaluación de condiciones de los trabajadores, en especial retributivas, en paralelo a las temporales —menos salario, más jornada— (entre muchas, [STS de 23 de febrero de 2016, rec. núm. 39/2015](#)).

Esta cuestión no cesa de abrir nuevos frentes como evidencia la [STS, Sala 4.ª, de 10 de noviembre de 2016, rec. núm. 290/2015](#), respecto al convenio colectivo de empresa del Grupo T-Systems, producto *ad hoc* para excluir a sus trabajadores de diversos convenios sectoriales provinciales, a fin de buscar una mayor racionalización, sin perjuicio de mantener condiciones de trabajo concedidas únicamente a título de condición más beneficiosa o de pactos colectivos extra-estatutarios. En ella, estimando el recurso contra la sentencia de la Audiencia Nacional –[Sentencia de 13 de julio de 2015](#)–, que legitimó la medida, y en contra parcialmente del criterio del Ministerio Fiscal que postulaba la desestimación de tal recurso, se recuerda que tal prioridad solo puede mantenerse en relación con la lista de materias previstas expresamente, excluyendo de ella la jornada máxima anual. Pero esta cuestión nos ofrece constantes aspectos de novedad.

Así, la [STS de 22 de septiembre 2016, rec. núm. 248/2015](#), resolviendo una demanda de conflicto colectivo por impugnación de convenio, ha fijado como criterio jurisprudencial que un convenio de ámbito inferior a la empresa no tiene reconocida la prioridad aplicativa que prevé el [artículo 84.2 del ET](#), dándole un valor excluyente al silencio legal que contrasta fuertemente, a mi juicio, con la crítica que hace al «uso promiscuo» de los conceptos de centro de trabajo y empresa por el legislador para fijar la unidad de cómputo de los despidos colectivos de conformidad con la [directiva \(comentada por la profesora Yolanda MANEIRO\)](#). De ahí, que nos haya parecido interesante dedicarle un [análisis especial](#), a través de la valiosa contribución de la [profesora Margarita MIÑARRO](#), en la que se da cuenta, expositiva y crítica, de aquella sentencia. La profesora MIÑARRO enmarca adecuadamente esta decisión en ese movimiento crítico más amplio, jurisprudencial y doctrinal, con esta singular tipología de convenios colectivos de empresa. Como advierte, la mayoría son usados como una forma adicional de crear un traje a medida, más barato y, por tanto, ventajoso en términos de competitividad, aunque, una vez más, esa ventaja competitiva sobre el diferencial de rebajas laborales tenga, al mismo tiempo, un inquietante efecto de competencia desleal o *dumping* social.

6. Precisamente, y para terminar esta presentación del último balance de este año –si bien la inestabilidad y trascendencia de esta cuestión exigirá una alerta constante–, la referencia al *dumping* social nos pondría en el camino de revisar la valoración judicial, incluso de órdenes diferentes, sobre las contemporáneas técnicas ideadas para contrarrestar, desde la iniciativa de diferentes sujetos, públicos (cláusulas sociales de la contratación pública; [STS, Sala 3.ª, de 31 de mayo de 2016, rec. núm. 850/2015](#)) y sociales (reglas de derecho transitorio en los convenios para la eventualidad de que resulten derogadas las leyes de reforma, laboral y de austeridad de gasto; [STS, Sala 4.ª, de 26 de octubre de 2016, rec. núm. 57/2016](#)). Pero esa es ya otra historia de esta pugna o lucha jurídica por un Derecho (más) justo, que contaremos en otro momento.

Cristóbal Molina Navarrete

Director

