

NO TODO AHORRO DE COSTES LABORALES VALIDA UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES: ¿NORMALIZACIÓN LEGISLATIVA, EXCEPCIONALIDAD JUDICIAL?

Comentario a la [Sentencia de la Audiencia Nacional 131/2014, de 15 de julio](#)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

1. VOLUNTAD LEGISLATIVA Y FINALIDAD DE LA LEY DE REFORMA EN MATERIA

Junto al «descuelgue salarial» *ex* artículo 82.3 del ET, para las condiciones de trabajo reguladas por convenios colectivos estatutarios, la «novación de condiciones sustanciales» de trabajo *ex* artículo 41 del mismo texto legal, para las reguladas por las demás fuentes, distintas a los convenios estatutarios, constituye, en la voluntad del Gobierno-legislador de reforma 2012, la fórmula estrella para lograr una mayor «flexibilidad interna de gestión laboral» –en términos de organización de empresa– y, a través de ella, lograr una más significativa «devaluación interna» –en términos de macroeconomía laboral–, a partir de la cual recuperar competitividad por las empresas. Para ello, no dudó en hacer una *intervención intensamente liberalizadora* tanto (a) de las *causas* como (b) del *procedimiento* para ejercer la facultad empresarial de modificar, de manera unilateral, las condiciones de trabajo, contractuales y/o colectivas, si no se trataba de convenio estatutario, cuando se revelara, a juicio del empresario-empleador y en atención a las circunstancias económicas, productivas y técnico-organizativas, una adecuada vía alternativa a la regulación, suspensiva (art. 47 ET) o extintiva (arts. 51 y 52 ET) de empleo. Paradójicamente, con ello no solo crea un régimen singular más benévolo para la liberalización de las obligaciones contractuales del empleador-deudor que el general previsto por el Derecho común de los contratos para la «cláusula *rebus sic stantibus*», sino que pretende normalizar para las empresas una «prerrogativa exorbitante» de la lógica contractual civil-mercantil, pero típica del ámbito de la contratación administrativa, en la que la Administración contratante se reserva, por imperativo legal, el «privilegio» de imponer a la parte privada modificaciones en las condiciones pactadas. El fundamento de este régimen privilegiado del contratante público reside, como es bien sabido, en la tutela eficaz del interés general que representaría y que, en consecuencia, legitimaría un sacrificio del interés particular del sujeto contratante privado.

¿Cuál es el *interés general* que defendería adicionalmente el empleador, además del suyo al beneficio, para ser merecedor de tan intensa prerrogativa novadora? La pretendida garantía *de conservación del empleo* en situaciones de mercado que exigirían una decisión de cambio económico, técnico, productivo u organizativo anticipatorio de dificultades económicas para la empresa que pudieran poner en riesgo su viabilidad futura y, en consecuencia, la continuidad del volumen de empleo actual. La protección del empleo mediante la mejora de la ventaja competitiva de la empresa aparecería como una finalidad de índole constitucional *ex* artículo 40 con relación al artículo 38 del **ET** y, en consecuencia, se convierte en un interés social legítimo para fundamentar alteraciones en el régimen común de los contratos, aunque lleve al *sacrificio de* derechos laborales. Este sería el «precio» a pagar por los trabajadores actuales por esa garantía, atribuyéndole el legislador, mediante su redistribución socialmente invertida, una parte del *riesgo de inseguridad de mercado*, con lo que el legislador les hace partícipes del riesgo –no de los beneficios– de empresa, a los que teórica-contractualmente serían ajenos.

Ciertamente, conforme a la clásica doctrina constitucional –también del TJUE–, en gran medida devaluada en sus efectos prácticos por la *STCO 119/2014, de 16 de julio* (comentada en los núms. 377-378 de esta Revista), ese sacrificio precisa, al menos, dos condiciones para ser legítimo. La primera, que responda a una garantía efectiva de oportunidad –de conservación en este caso, en otros de creación– de empleo, es decir, que no sea meramente pretendida, presunta o formal. La segunda que, en cualquiera de los casos, respete el principio de proporcionalidad, inherente no solo al principio de juridicidad de una regla legal, sino exigencia, a su vez, del principio contractual de equilibrio justo de la transacción o intercambio entre prestaciones socio-económicas, cuya vigencia en el contrato de trabajo no puede orillarse por la ley –equilibrio razonable entre los valores de la flexibilidad de gestión y la seguridad en el empleo (*STJUE de 11 de abril de 2013, C-335 y 337/11, caso RING*; comentada en *RTSS.CEF*, núm. 370, pág. 191)–.

El Gobierno recoge, con carácter general, esta doble exigencia. Así, de un lado, en la exposición de motivos, nos dirá que, en cuanto «*encarna y sirve a los intereses generales*», tiene «*la obligación de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo...* Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores» –I–. De otro, ubica la reforma de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo *ex* artículo 41 del **ET** dentro de un capítulo que llama expresamente medidas para «favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo». Sin embargo, luego, cuando enuncia de modo concreto la regla de flexibilidad modificativa prescinde de formular las dos referidas condiciones: ¿«*olvido inocente*» a integrar judicialmente por vía interpretativa o «*silencio elocuente*» de la deliberada exclusión de tales presupuestos para este caso concreto, como sucede también en el caso de la técnica paralela de los descuelgues para condiciones reguladas por convenios de tipo estatutario?

La sentencia que comentamos de la Audiencia Nacional responde, aun sin formulárselo de modo expreso, claramente a este interrogante. Veamos brevemente en qué sentido y con qué presumible recorrido jurisprudencial.

2. EL CASO CONCRETO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La empresa Grandes Almacenes FNAC España, SA, tras un periodo consultivo fallido a fin de acordar una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues no logró el acuerdo, llevó a cabo la referida modificación en los siguientes términos:

- Estableció un copago del seguro médico privado, de manera que el empleado debía asumir ahora el 50% de la financiación, el otro la empresa, cuando antes de esta medida el 100% era asumido por la empresa.
- Reducción de los porcentajes de bonos –salario variable– previstos para el personal de dirección y mando, que quedaron así: 50% para el comité de dirección y 45% para el resto de directores, y 40% para los *mánagers*.

La causa alegada por la empresa para justificar tal modificación era económica y de carácter estimativo: *preveía una caída futura de ventas* de más de un 5% para el año 2014 si no introducía esas modificaciones, con base en un informe elaborado, para el sector, por una empresa consultora especializada. En el momento actual, la empresa tiene beneficios.

La empresa entregó una documentación análoga a la del despido colectivo, incluyendo una memoria justificativa de las causas de la modificación y las cuentas anuales de 2013 ya auditadas, así como toda la información relativa al número y clasificación de los trabajadores que se verían afectados por las medidas. Igualmente daba copia de la convocatoria del periodo de consultas y sus reuniones, incluyendo el informe previsto por el artículo 64.5 del **ET**. Durante todo el proceso, en el que se mantuvieron diversas reuniones, la empresa asumió una posición de relativo diálogo, en la medida en que aceptó rebajar sus pretensiones respecto de las iniciales y siempre en el marco de un plan previo de ahorro de costes laborales. Al fracasar el proceso de negociación, la empresa volvió a sus pretensiones iniciales de modificación sustancial.

Los sindicatos demandantes consideran ilegítima la decisión empresarial. Por eso, de un lado, pidieron la nulidad de la decisión novadora, tanto por no cumplir con el deber de documentación adecuada de la decisión cuanto por no mantener una negociación de buena fe. De otro, y, subsidiariamente, consideraban su carácter no ajustado a Derecho, por carecer de la justificación suficiente, al no concurrir la causa económica alegada. La SAN 131/2014, de 15 de julio, rec. núm. 119/2014, estimará parcialmente la demanda sindical, rechazando la nulidad de la decisión pero afirmando su ilegitimidad por no tener la justificación legal suficiente, al no concurrir la causa económica alegada. ¿Por qué?

3. CLAVES DE LA DOCTRINA JUDICIAL RESPECTO DE LA COMPRESIÓN DE LA REFORMA

La primera línea de razonamiento de la SAN comentada se sitúa en la valoración de si la empresa ha respetado o no las exigencias de procedimiento requeridas legalmente y llega a la

conclusión de que sí. Recuérdese que para esta doctrina judicial, la empresa, de un lado, ha entregado en tiempo y forma la documentación exigida a la representación de los trabajadores, siendo suficiente la trasladada, pese a que los representantes requirieron otra adicional –recuérdese que la Audiencia Nacional exige reclamación de la misma en la consulta para luego solicitar, de no obtenerla, la nulidad; [SAN de 20 de enero de 2014, rec. núm. 340/2013](#)–, que a juicio de la Audiencia Nacional no era útil a los fines del proceso negociador. De este modo, se asume para la modificación la concepción anti-formalista aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aplicación, curiosamente, de la construcción contencioso-administrativista de la nulidad invalidante, para los despidos colectivos –también regla del efecto útil de la información: SSTS de [27 de mayo y 19 de noviembre de 2013](#)–. Se aplica análogicamente, pues, integrando la laguna legal –*vid.* [SAN 140/2014, de 30 de julio](#)–. Una lectura anti-formalista que también estaría presente, ahora en relación con la composición de la comisión negociadora, en la [STS, Sala 4.ª, de 1 de abril de 2014, rec. núm. 95/2013](#), que acepta la creación de comisiones híbridas o mixtas, revocando el criterio contrario de la Audiencia Nacional anterior a la reforma operada por el [RDL 11/2013](#) –hoy [Ley 1/2014](#)–. Se anticipa así la posterior reforma legal, asumiendo como vigente un criterio que la reforma posterior demostraría que no era la solución legal en tal momento, aceptando un «batiburrillo» en su composición, como con «gracejo andaluz» recuerda el voto particular de esa sentencia –FJ primero, *in fine*–. De otro lado, habría actuado de buena fe, en la medida en que la empresa no mantuvo invariada su posición, sin perjuicio de que esta respondiera a un plan preestablecido y no negociado. En este sentido, contundente es su afirmación en torno a la conveniencia, e incluso a la necesidad, de que «la empresa haga sus previsiones y establezca sus planes», pues es una garantía de cumplimiento de su deber de «*diligencia de un buen empresario*» –FJ tercero–.

El segundo eje de su razonamiento se centra en el juicio de justificación suficiente o no de la causa empresarial esgrimida para legitimar la modificación de condiciones de trabajo. La empresa sitúa el motivo, que es económico, en la previsión estimativa de pérdidas para el ejercicio 2014. Una vez evidenciado por la Audiencia Nacional, con un muy claro propósito pedagógico para los empresarios –un aviso de favor a estos navegantes en el mercado económico–, que en la actual legislación esa causa es más amplia, «puesto que una caída significativa de la cifra de negocios pudiera, en función de las circunstancias, ser suficiente» –FJ cuarto–, entra a valorar la esgrimida por la empresa. Y concluye que no concurre por dos razones. A saber:

- a) De prueba. El informe esgrimido no es una prueba pericial válida, pues se basa en un «mero criterio de autoridad» –el prestigio de la empresa que hace un informe general del sector–, y no en un informe pericial debidamente fundamentado y específico en el que se explique cómo se ha calculado la evolución de los mercados en los que opera la empresa –FJ segundo–. Además, no aporta un resultado «notorio», cuando, en cambio, sí sería «notorio» que las previsiones oficiales del Gobierno para 2014-2017 presentan un aumento del consumo privado de un 1,4%. Por tanto, la empresa exigiría de la Audiencia Nacional, concluye con contundencia, quizás excesiva, «un acto de fe sobre un informe de otra empresa del que la demandada se limita a extraer un dato aislado, sin aportar el completo contenido del informe ni prueba pericial para su valoración... judicial».

- b) De fondo. Aunque la Audiencia Nacional recuerda que debe ceñirse a la causa esgrimida realmente, no deja de hacer consideraciones en torno a la eventual caída de ventas de 2013 que, en aplicación de la nueva regulación, podría justificar la modificación. Sin embargo, en este punto también concluye que esa caída «no se ha manifestado en una disminución de los resultados de explotación y, aunque una menor actividad podría redundar en una menor necesidad de mano de obra, ello constituiría una causa... productiva y no económica, que exigiría quizás una menor necesidad de trabajo, lo que no guarda una relación causal con la medida que aquí se plantea» –FJ cuarto, párrafo primero–. En este punto no es ocioso recordar que para la [SAN 149/2014, de 11 de septiembre](#), toda modificación que implique una reducción salarial directa, como sucede en el caso comentado, exige causa económica.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA SENTADA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

No obstante la claridad de esta concreta situación de inexistencia de relación causa-efecto entre la actual situación económica de la empresa y la medida adoptada, la Audiencia Nacional irá más allá de la «justicia del caso concreto» y razonará en torno a la comprensión general del sentido profundo de la nueva regulación, tras la reforma, aunque no la mencione directamente. En efecto, la Audiencia Nacional intenta clarificar el sentido de la norma, por tanto con vocación de fijar reglas generales, más allá del caso y aplicando la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia, de ahí la trascendencia adicional de la doctrina comentada, que excede la «justicia del caso concreto». Por eso, la SAN filtra o desliza una crítica, aun sin referirlo directamente, a la configuración legal de la potestad novadora del contrato de trabajo, por considerar que se desplaza el marco de la regulación contractual para reconducirla a la esfera de las «cláusulas exorbitantes» de los contratos administrativos, *«privilegios que permiten a la Administración, entre otras cosas, imponer a la otra parte del contrato modificaciones...»* –FJ segundo, quinto párrafo–.

La Audiencia Nacional entiende, pues, que la regulación laboral hace de la potestad novadora laboral un privilegio, habilitando la variación unilateral de condiciones sustanciales de trabajo *«sin subordinarlo a las exigencias estrictas del rebus sic stantibus, que serían notablemente más estrictas...»*. De este modo, la crítica sutil, pero perceptible y significativa, de la Audiencia Nacional a la formulación legal de la novación *ex* artículo 41 del ET enlaza con la que hace a la del «descuelgue» en la [SAN 28/2014, de 11 de febrero](#), y por motivos análogos. En este caso concluye la Audiencia Nacional, resignada:

«... A diferencia de lo que ocurría en un Estado puramente liberal, en un Estado social y democrático de Derecho... el legislador tiene un margen amplio para regular los... contratos y lo relativo a su cumplimiento... Y lo mismo puede decirse de los convenios colectivos, en cuanto contratos colectivos que son. Otra cuestión diferente, que no pertenece al ámbito del poder judicial, sino a la decisión política...»

es que la regulación... difiera notablemente en este aspecto y análogas causas a las que permiten excepcionar la obligación de cumplir un convenio colectivo laboral [o un contrato de trabajo, añadido siguiendo la sentencia comentada] puedan no contemplarse en el caso de otros contratos en los que los deudores se encuentran en situación de mayor necesidad o indefensión» –FJ sexto–.

Ahora bien, pese a esa distinción entre el control jurídico de la validez de la ley y la valoración de política del Derecho en torno a su justicia social, queda claro que los tribunales tienen diferentes vías de crítica operativa sobre la legitimidad jurídica de la Ley. A tal fin, una vez descartada la constitucional –por el amplio aval de la referida [STCO 119/2014](#)–, y dejando de lado las vías internacionales –objeto de [comentario](#) a propósito de aquella sentencia en el anterior número y que está presente también en la citada SAN 28/2014, de 11 de febrero–, cabe hacerlo a través del «recorte» del sentido y alcance de (la voluntad de) la ley a través de la interpretación. Precisamente, eso es lo que ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la que se asienta la SAN aquí analizada, al reintroducir en la comprensión socialmente aplicable del artículo 41 del [ET](#) aquellos dos condicionantes de legitimidad que, exigidos por los principios jurídicos, había «olvidado» el legislador y que se sintetizan en la exigencia de justificación razonable de la concurrencia de causa y la idoneidad de la medida modificativa. Por eso, aunque el legislador claramente asumió, al eliminar todo juicio de funcionalidad de la medida novatoria, e incluso de cualquier precisión en torno a qué entender por conceptos macro-económicos, como el de la competitividad, bastando una «relación de mejora» de tal situación, que cualquier reducción de costes laborales favorecedora de la posición competitiva de la empresa en el mercado –o una mejor organización técnica o productiva del trabajo– legitimaría una medida de novación, la jurisprudencia ha considerado que ni debe ni puede ser así en un Estado Social de Derecho. Así lo entendió la [STS, Sala 4.ª, de 20 de enero de 2014, rec. núm. 56/2013](#) que, manteniendo casi de un modo invariado o inalterado su jurisprudencia precedente –[SSTS, Sala 4.ª, de 17 de mayo de 2005](#) y [16 de mayo de 2011](#)–, declaró ilegítima la modificación de un beneficio social –cobertura de un seguro médico–, y así lo consideró igualmente la [STS, Sala 4.ª, de 27 de enero de 2014 –Caso Grupo Cortefiel, comentada en el núm. 374 de esta Revista–](#).

La jurisprudencia asumiría, hoy –antes de la reforma laboral– como ayer –después de la reforma laboral–, que la regulación laboral es y será más flexible que la común en relación con la novación contractual –cláusula *rebus sic stantibus*–. El principio de favor al empresario derivaría de la defensa de intereses sociales más allá de los particulares inherentes al cumplimiento.

Así, esa regla de facilitación responderá a un doble imperativo constitucional. Primero, el de «adaptación de las empresas a la evolución de la coyuntura» de mercado, sin precisar una crisis empresarial en sentido estricto, como antaño, pues bastaría la mejora objetiva de la posición competitiva de la empresa para prevenir una evolución negativa, cuando al no menos constitucionalizado relativo a la garantía de flexibilidad necesaria para la «conservación de los niveles de empleo en los casos en que esa evolución pueda actuar de forma desfavorable» –[STS, Sala 4.ª, 20 de enero de 2014](#)–. De ahí la propia evolución de esa jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de *admitir con mucha más amplitud la justificación causal* respecto del pasado.

Ahora bien, esa evolución aperturista a las razones de la empresa –que también se halla en la negociación colectiva, si bien con límites, que la jurisprudencia también recuerda en relación a la distribución irregular de jornada: [STS, Sala 4.ª, de 13 de marzo de 2014, rec. núm. 80/2013](#), también en relación con el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (art. 32)– no podría hacer olvidar las razones de los contratos, según las cuales el cumplimiento en sus términos es la regla y la modificación la excepción. De modo que si toda restricción de derechos económicos –y de condiciones de trabajo– puede, en hipótesis, mejorar la posición competitiva empresarial, porque puede mantener, o ampliar, cuotas de mercado ofreciendo menores precios –el descuento derivado del ahorro de costes laborales–, no todas son legítimas jurídicamente, porque implicarían una redistribución a la inversa socialmente de los riesgos-costes de la función empresarial. En breve, si para el legislador, en una lectura literal del enunciado del artículo 41 del [ET](#), la oportunidad de mejora de la posición competitiva de la empresa en un contexto crítico global como el actual *sería causa suficiente para legitimar la medida modificativa*, en aras de una gestión de carácter preventivo de la pérdida de empleo, para la jurisprudencia y la doctrina judicial no.

Desde óptica condicionante, es de destacar, para la primera, la jurisprudencia, la [STS, Sala 4.ª, de 25 de marzo de 2014, rec. núm. 140/2013, caso Grupo GAMESA](#). Esta reafirma su rechazo a la lectura de la reforma como exigencia de un control basado en el juicio de mera justificación y ratifica el asentado sobre el más comprometido «juicio de razonable idoneidad», exigiendo una adecuada proporcionalidad entre los objetivos económicos perseguidos y los «sacrificios que para los trabajadores comporta» –FJ segundo, *in fine*–. Por su parte, la doctrina judicial de la citada SAN 28/2014, en relación con la técnica de la inaplicación o descuelgue convencional nos recordará igualmente, para excluir los automatismos pretendidamente objetivos, que tampoco podría «pretenderse una automática traslación cuantitativa de las pérdidas empresariales a la cuantía de los salarios, tratando de compensar aquellas con la reducción de estos, puesto que quien debe asumir las pérdidas en la empresa es esencialmente la propiedad con cargo a fondos propios...» –FJ vigésimo, *in fine*–. Esta limitación de los automatismos debería tener una proyección incluso en relación con el incremento de costes laborales derivados de las reformas que el legislador impone, como es el caso de los aumentos de las cotizaciones sociales a raíz de la modificación de la base de cotización por mor del [Real Decreto-Ley 16/2013](#), si bien la Audiencia Nacional ha aceptado incluirlos en el balance de ganancias y pérdidas, trasladando una parte del actual «riesgo regulatorio» también a los trabajadores –FJ segundo, párrafo tercero–.

Consecuentemente, podría decirse que la doctrina de la Audiencia Nacional se consolidará a la luz de esta jurisprudencia, tradicional y reciente. En ella hallamos un juicio de legalidad de la decisión empresarial mucho más exigente que el juicio de constitucionalidad de la decisión de política legal, pues aquel exige condiciones adicionales a las previstas legalmente, ignoradas en este.

Ahora bien, es interesante poner de relieve que esa jurisprudencia de la Sala Social responde, en gran medida, a una concepción clásica de la regla del cumplimiento de los contratos y la propia de su variación o novación unilateral, de modo que la primera sería regla general y la segunda una excepción. Por eso cita expresamente a la doctrina civil «tradicional» –ejemplo [STS, Sala 1.ª, de 29 de octubre de 2013](#); el voto particular a la [STS, Sala 4.ª, de 1 de abril de 2014, rec.](#)

núm. 95/2013, insiste en este carácter excepcional, *con cita de abundante jurisprudencia, social y civil*-. Pero ¿qué pasaría si la jurisprudencia civil experimentara un cambio radical de orientación, sobre la base, precisamente, de legitimar, en contextos de crisis «notoria», esa redistribución del riesgo de pérdidas debida a la evolución negativa del mercado, *normalizando la facultad novadora*, antes excepcional? ¿Pura especulación doctrinal? ¿Ciencia jurídica ficción? ¿Mero «futurible»? Me temo que no. La *STS, Sala 1.ª, de 30 de junio de 2014, rec. núm. 2250/2012*, acaba de dar un giro de 180 grados en esta materia. Esta doctrina judicial, todavía no jurisprudencia, precisamente hace de la crisis global un hecho notorio a valorar jurídicamente, no de forma automática, pero sí normalizada en tanto dure, para legitimar la novación civil –y mercantil–.

La nueva doctrina judicial vendría a proponer, en línea de principio, que *el riesgo de pérdidas debidas a la evolución negativa del mercado*, que diferencia del llamado «riesgo normal del contrato», en un contexto global de crisis, *debe ser compartido, si la evolución negativa es relevante e imprevista*. De este modo, la regla civil también socializaría el riesgo en aras de la buena fe en un contexto de crisis económica grave. Al margen de la crítica que puede merecer un enfoque tan flexible como este, que genera múltiples interrogantes para la seguridad jurídica del tráfico mercantil –conflictividad aumentada que quiebra la paz mercantil–, cabría preguntarse, en el ámbito laboral:

- ¿Servirá este giro copernicano civil para amparar un cambio más liberalizador por parte de la jurisprudencia social, en línea con lo que promueve la *STCO 119/2014* para los tiempos de crisis económicas y de empleo, graves y notorias, como los que vivimos?
- Y, puestos a asumir que sí fuese posible, para ser realmente coherentes y justos, no ya en el plano de la justicia distributiva social sino contractual propiamente ¿cabría entonces *pretender, por parte de los trabajadores, una modificación a su favor basada en que parte del beneficio obtenido por la empresa es debido a una excepcional expansión del mercado?*

Si para el primer interrogante suscitado la respuesta positiva resulta posible, pero hoy parece muy improbable –afortunadamente a mi juicio–, para el segundo estoy convencido de que no, lamentablemente.