

## REFORMA LABORAL, OPORTUNISMO EMPRESARIAL Y PRÁCTICAS INSTITUCIONALES INEFICIENTES: LA «CADENA DE ERRORES» EN EL DESCUELGO DE LA EMPRESA «UNIPOST»

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

---

### EXTRACTO

La inaplicación de convenios colectivos a través de los procedimientos previstos en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores se está configurando como una de las principales vías para conseguir la flexibilidad interna, de modo que la devaluación de condiciones de trabajo pactadas sirva como alternativa útil a la destrucción masiva de empleo. Las primeras prácticas a tal fin tras este año de reforma laboral evidencian notables desajustes, por lo que la interpretación que de las mismas hagan tanto los organismos públicos llamados a resolver estas disputas, cuando no haya acuerdo entre empresarios y trabajadores, lo que sucederá a menudo, cuanto los Tribunales, será muy importante para sentar unas bases adecuadas de funcionamiento. La cooperación leal entre ambas partes de las relaciones de trabajo es una condición necesaria para que el instrumento de la inaplicación de convenios –«descuelgues»– pueda cumplir el papel que la Ley le asigna, facilitando el intercambio de menores salarios por continuidad de los empleos.

Sin embargo, las primeras resoluciones dictadas sobre el fondo del asunto por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, así como la primera sentencia dictada por la Audiencia Nacional convalidándola, no parecen ir por el camino más correcto. El resultado es una indebida confusión entre el llamado «juicio de proporcionalidad», no solo lícito sino imprescindible, y el «juicio de oportunidad» de la justificación, e incluso del procedimiento, que se revela, por desplazar la posición del empleador protegida por el artículo 38 de la Constitución Española, no ajustada a la Ley y al Derecho. Todo ello sin perjuicio, claro está, de poner de relieve la más que dudosa constitucionalidad de este mecanismo de inaplicación respecto de la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos ex artículo 37 de la Constitución Española en relación con el artículo 28 del mismo texto legal.

**Palabras claves:** negociación colectiva, costes de transacción e instituciones del mercado de trabajo.

---

*Fecha de entrada: 18-02-2013 / Fecha de aceptación: 22-02-2013*

## LABOUR REFORM, DISLOYALTY BUSINESS AND INSTITUTIONAL INEFFICIENT PRACTICES: THE «CHAIN OF ERRORS» IN THE TAKE OUT OF THE ENTERPRISE «UNIPOST»

Cristóbal Molina Navarrete

---

### ABSTRACT

Deviations by collective agreements through the procedures provided in article 82.3 ET is emerging as one of the main ways of achieving internal flexibility, so that the devaluation of terms and conditions agreed to serve as an useful alternative to destruction massive job. The first practice for this purpose after labour reform this year show remarkable mismatches, so that the interpretation of the same make both public agencies called to resolve these disputes, where there is disagreement between management and labour, which often happen, the courts will be very important to lay adequate foundations operating. Loyal cooperation between the two sides of labour relations is a necessary condition for the instrument of the failure of agreements –«takes out»– to fulfill the role assigned by law, facilitating the exchange of lower wages for continuity of employment.

However, the first judgments given on the merits by the National Advisory Commission on Collective Agreements as well as the first judgment of the High Court ratifying it not seem to go the correct way. The result is an undue confusion among the so-called «trial of proportionality», not only lawful but necessary, and the «Trial of opportunity» of justification, and even the procedure, warring, by moving the position of the employer protected by the article 38 EC, not adjusted to the Law and Right. This is without prejudice, of course, to highlight the more than dubious constitutionality of this derogation mechanism assurance regarding the binding force of collective agreements ex article 37 link to article 28 of the Spanish Constitution.

**Keywords:** collective agreements, transational costs and labour market institutions.

---

---

## Sumario

1. Exordio: «La primera en la frente»
2. La eficiencia económica como «nuevo» ideal de la norma laboral no debe ser confundida con la competencia solo en precios
3. La dimensión institucional de la función de gestión empresarial: La buena fe como presupuesto de la eficiencia económica
4. El control de la causa del descuelgue: El juicio de razonabilidad funcional no puede confundirse con el «juicio de oportunidad»
5. «Ultra vires» de las decisiones de terceros basadas en juicios de oportunidad del tiempo de descuelgue y juicios de eficiencia
6. Modernizar el modelo español de relaciones laborales como una garantía de empleo: Una obra abierta y colectiva

*Se han exagerado demasiado las diferencias que existen entre pueblos civilizados y «no civilizados», particularmente en el terreno económico*

K. POLANYI

## 1. EXORDIO: «LA PRIMERA EN LA FRENTE»

Conforme a la más pura ortodoxia del arte de la retórica jurídica, vieja y nueva, el «exordio», como primera de las cinco partes canónicas de una acción comunicativa, sea oral sea escrita, trata de expresar en pocas palabras las claves de la cuestión temática que analiza, presentando brevemente la posición que se está orientado a defender. Pero si existe acuerdo básico sobre el significado de este tipo de comienzo de una obra, con lo que cumple una función análoga al «preludio» en música o al «prólogo» en la escritura, no lo hay en torno a cuál debe ser su orientación. Unos recomiendan que el autor mantenga una posición «prudente», sugiriendo más que afirmando, creando una actitud «expectante» sobre el tema a tratar, pues el auditorio —aquí el lector— no tiene toda la información, por tanto el conjunto de argumentos a desplegar. Otros aceptan que se promueva ya desde el principio una visión más radical, tratando de provocar el interés de aquel, pues resulta una parte clave para el éxito de la comunicación que se quiere establecer. En cualquier caso, siempre ha de ser breve o conciso y lo más claro posible<sup>1</sup>.

Pues bien, por lo que aquí interesa, el objeto del discurso-razonamiento jurídico presentado tiene como centro de interés la *Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN–, núm. 15/2013, 28 de enero –NSJ046059–*, en relación con las Resoluciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –CCNCC– sobre una misma decisión empresarial de inaplicación del convenio colectivo, la de 28 de septiembre de 2012 (Expediente 8/2012) y la de 13 de enero de 2013 (Expediente 14/2012). La relevancia de este fallo judicial y el precedente proceso de aplicación institucional de la nueva competencia de carácter decisorio o resolutorio de la CCNCC ex artículo 82.3 del ET reside en ser la primera vez que se pronuncian sendas instituciones, administrativa y judicial, sobre el fondo de un asunto de estas características<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vid. ROMERA, A.: *Manual de Retórica y recursos estilísticos*. Disponible en: <http://retorica.librodenotas.com/>

<sup>2</sup> Ciertamente, ni es el primer asunto de este tipo que llega a la CCNCC ni tampoco a la AN. Pero, en el primer caso, las anteriores fueron inadmitidas porque no respetaban los requisitos de procedimiento, en especial el ámbito de competencia —no eran convenios nacionales o con incidencia en una pluralidad de autonomías territoriales—. Por su parte, la AN también se ha pronunciado posteriormente sobre asuntos de este tipo, pero tampoco afecta al fondo, anulando el acuerdo de inaplicación por defecto en la conformación de la mayoría necesaria para la validez del acuerdo de

Pero a mi juicio, su mayor significado no está en ese dato descriptivo. Al contrario, su mayor interés está en un aspecto cualitativo, porque supone una radical incomprensión que rebela de la reforma, que lleva a *una aplicación extremadamente ineficiente del cambio que perjudica a todos*: a los trabajadores porque, finalmente, han visto inaplicadas las tablas salariales; a la empresa, porque ha logrado lo que quería pero casi nueve meses después de solicitarlo.

En efecto, tras diversas Resoluciones de Inadmisión por parte de la CCNCC de decisiones de inaplicación o descuelgue de convenios por razones de procedimiento, llegó la primera sobre el fondo, rechazando, a instancias de un informe negativo del propio Ministerio de Empleo, redactor de la intensa reforma en este punto, que afecta gravemente a la propia «fuerza vinculante de los convenios colectivos» ex artículo 37 de la CE, la solicitud de la empresa. No se niega que exista causa, al contrario, se reconoce, pero se reprocha a la empresa la incoherencia de acudir a esta vía más invasiva de la esfera negociadora de los interlocutores sociales cuando tuvo la oportunidad de plantear la cuestión en el convenio firmado apenas dos meses antes, y que entró en vigor simultáneamente a la solicitud de descuelgue salarial. Una posición crítica de la decisión que es aceptada por parte de la AN, que entiende ajustada a Derecho la decisión del órgano administrativo.

Ahora bien, al tiempo, el Tribunal considera que se ajusta igualmente a Derecho la nueva decisión de la CCNCC que avala el descuelgue salarial, valorando positivamente ambas decisiones, de modo que la legitimidad de la primera, que, en septiembre de 2012, rechaza la pretensión de la empresa por mayoría, se vería reforzada por la razonabilidad de la segunda, que acepta, en enero, también por una mayoría, la decisión empresarial. Lo que no es válido ni eficaz a finales de septiembre, sí lo sería a principios de enero, pues según se recoge en el hecho probado décimo quinto, la CCNCC declara (Expediente 14/2012) la legitimidad de *«la inaplicación del Convenio Colectivo de la empresa UNIPOST, SA,... consistente en inaplicar el incremento salarial previsto para 2013, manteniendo, por tanto, las tablas salariales que han regido durante 2012»*. Para la AN –último párrafo del FJ octavo– lejos de haber incongruencia alguna en el proceder del organismo administrativo habría plena coherencia, pues lo que no es posible dos meses después de la entrada en vigor del convenio sí lo es meses más tarde rebelando una justa ponderación de la situación económica experimentada por la empresa durante el ejercicio 2012, dado que ahora sería *«proporcionada a la evolución negativa de su situación económica»*. Curiosamente, los representantes de los trabajadores estaban de acuerdo en la existencia de causas para tomar decisiones de este tipo y en la oportunidad de adoptarlas, pero se oponían, con toda razón, a ello, por ausencia de buena fe de la empresa. En este contexto *¿no había mejor modo –eficiente y justo– de hacer las cosas por parte de todos?*

---

descuelgue. *Vid.* SAN núm. 138/2012, de 16 de noviembre (Referencia NSJ046058). Es interesante tener en cuenta que ya se han producido diversos «laudos arbitrales» en organismos autonómicos, como ha sucedido, por ejemplo, en Andalucía, a través del CARL –Consejo Andaluz de Relaciones Laborales–. Se trata del Laudo Obligatorio emitido el 19 de diciembre de 2012 respecto de la Empresa de Transportes Generales Comes, SA, que desestima la inaplicación, pese a constatar la causa económica, por desproporcionado en sus pretensiones y por oportunista o por su uso estratégico... Por eso haremos varias referencias a él, no solo porque está magníficamente fundamentado en Derecho, aunque discrepe de su razonamiento básico, sino por su relevancia para intentar diferenciar los juicios de proporcionalidad, legítimos, de los juicios de oportunidad en la causa y en el procedimiento, más discutibles.

## 2. LA EFICIENCIA ECONÓMICA COMO «NUEVO» IDEAL DE LA NORMA LABORAL NO DEBE SER CONFUNDIDA CON LA COMPETENCIA SOLO EN PRECIOS

De ser creíble, lo que a la luz de los pésimos efectos tras un año de aplicación resulta muy dudoso, el punto de vista que orienta la reforma laboral de 2012 sería el «*equilibrio en la regulación de las relaciones de trabajo*». Un presunto equilibrio que, en consecuencia, debería igualmente mantenerse en todas y cada una de las fases de «gestión del trabajo», factor determinante para la recuperación de la competitividad perdida y que presupondría una intensificación de la función productiva de las normas laborales. El discurso oficial pareciera inequívoco al respecto, desautorizando cualquier lectura unilateralista o monocromática de la finalidad de aquellas, típica de los «juegos suma-cero», y abanderando, al contrario, la lógica de los «juegos suma-suma»:

*«... La reforma... trata 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...»*

La fosa abisal que abre el liberalismo económico, y su favor por una imagen de la empresa como función de búsqueda de la rentabilidad, y el individualismo metodológico, que reduce todas las cosas a pura relación de mercado, con el ideal de justicia inherente al principio social del «Estado Constitucional de Derecho», parecería así reconducirse a una renovada transacción entre el valor de la «*eficiencia*» de gestión del trabajo y el de la «*equidad*» de las condiciones de trabajo y empleo. La reforzada «función productiva» de la norma laboral cabría identificarla no solo, o no tanto, con la vieja –neoclásica– estrategia basada en la reducción de los precios, sino también, y sobre todo, con la función de innovación permanente –nuevas formas de organización, nuevas técnicas de producción, mejor capacitación, nuevos productos para el mercado...–. La llamada «competitividad dinámica», entendida en esa forma innovadora de organización y factores productivos, es la más racional económicamente frente a la que se basa solo en la reducción de precios –también de la mano de obra, esto es, los salarios, y en general en la devaluación de condiciones de trabajo–. Por lo tanto, al margen de la opinión que se tenga de la orientación general del cambio legal –que no asegura la radical inversión del modelo regulador global que pretende–, lo cierto es que el refuerzo de la «función empresarial» que asume la reforma laboral debería ser para facilitar el permanente reequilibrio ante situaciones de incertidumbre y crisis, no para institucionalizar el nuevo desequilibrio entre aquellos valores.

En un contexto tan crítico económicamente, la empresa se halla sometida a una fuerte presión externa, que le exige, tanto en las «operaciones a corto plazo», como en los procesos «a largo plazo», una renovada capacidad de combinar sus recursos productivos para afrontar con éxito los retos de mercado, resistiendo tanto la pérdida actual de oportunidades para la continuidad de su actividad como facilitando el descubrimiento de oportunidades que hasta ahora no se han explorado. Pues bien, las nuevas normas laborales pretenderían revigorizar las facultades empresariales para proceder, en forma y tiempo útiles u óptimos, a ese ajuste reequilibrador, asumiendo incluso

el ideal «schumpeteriano» de la «capacidad creativa» de los procesos de «destrucción» de los equilibrios precedentes –en nuestro caso en la regulación de condiciones de trabajo–. La reforma laboral, en definitiva, participa de un enfoque económico que se basaría principalmente en el marcado dinamismo de los mercados competitivos y en la exigencia de confiar al empleador mayores poderes para adecuar los equilibrios productivos a las concretas circunstancias de mercado, liberándole de trabas y poderes de bloqueo por otros sujetos implicados en la empresa y defensores de sus propios intereses legítimos. En suma, la identificación y gestión de las «diferencias de costes» y las «nuevas oportunidades» de mejora competitiva, a través de la recuperación de los eventuales beneficios perdidos, es la «esencia» de la función empresarial en un entorno de incertidumbre de mercado que relanzaría ahora la norma laboral en sus enunciados legislativos pos-reforma<sup>3</sup>.

Desde esta perspectiva, los «procesos de regulación» del trabajo como factor principal para la recuperación de la productividad perdida, según la comprensión sesgada que a tal fin presenta la reforma laboral, se asemejarían a los «procesos de mercado», de modo que ahora ya las relaciones nunca están en equilibrio, sino que están en continua búsqueda de aquel, en un movimiento dinámico que tan solo tendría logros limitados y siempre provisionales, nunca definitivos. Las reglas de regulación y gestión del factor trabajo deben participar, pues, de la misma dinámica que el resto de factores productivos, de modo que su ordenación obedecería más a procesos dinámicos y actitudes de innovación y cambio que a relaciones de estatus. Ni la «Ley», muy general, ni los «convenios estatutarios», demasiados estáticos, serían los principales elementos de asignación eficiente de recursos y condiciones de trabajo y empleo, sino los continuos acuerdos o transacciones entre los sujetos de la relación, ajustando en cada tiempo las «condiciones de compraventa» y de uso de sus respectivos «productos-servicios».

De esta visión dinámica de la regulación-gestión de las relaciones de trabajo se derivará un enfoque más contractual de los instrumentos institucionales predispuestos a tal fin, pero no exclusivamente mercantilista, menos unilateral o basada en la gestión oportunista de las relaciones en la empresa. Al contrario, esos nuevos instrumentos de transacción deben encontrar el equilibrio óptimo –en términos económicos– y/o justo –en términos jurídicos–, entre el incremento de la flexibilidad interna de gestión y la prevención del mero oportunismo centrado en la búsqueda del beneficio a corto plazo. A tal fin, frente al extremadamente simple paradigma neoclásico liberal, que concibe la ordenación de las relaciones de producción –incluidas las de trabajo–, solo a partir de las *señales que envían los precios de mercado sobre el valor de lo intercambiado*, con lo que se ignora la realidad de la empresa, se resalta por la economía institucionalista la nece-

<sup>3</sup> Esta idealización de la función empresarial entendida como la acción humana que actúa de una manera racional para hacer frente a la continua incertidumbre existente en los mercados económicos es típica de los teóricos de la economía del desequilibrio (escuela austriaca de economía, que tuvo como uno de sus principales referentes a SCHUMPETER). Una corriente de pensamiento económico que se separa tanto de la escuela neoclásico-liberal, de la que participa a otros muchos efectos, cuanto de la escuela económica institucionalista, a la que se aproxima mediante la «economía de los costes de transacción». Vid. LASIERRA ESTEBAN, J. M.: *Mercado de trabajo y Estrategias Empresariales*, Madrid: CES, 2001, págs. 62 y ss.

sidad de contar con instrumentos de gestión adecuados para resolver de manera continuada las contingencias que irán apareciendo a cada paso de la relación, siendo estas contingencias o imperativos de adaptación a los cambios los llamados «costes de transacción» y los imperativos de adaptación las formas de asignación óptima<sup>4</sup>.

En suma, la norma laboral reformada no puede dejar de atender, junto a la función productiva, y sus «*costes de producción*», incluidos los de «oportunidad», también a la función de gobierno de la empresa como organización, y sus «*costes de transacción*», indicando recursos de todo tipo para la resolución de los conflictos derivados de la función de asignación de tales costes. Entre otros, se contemplará el recurso a terceros para la toma final de la decisión –un arbitraje–, aunque se trate de regresar a una «autoridad administrativa», e incluso el otorgamiento a una de las partes del derecho a resolver la disputa, es decir, el regreso a la autoridad empresarial. El primer caso, la gestión óptima de los costes de oportunidad y transacción respecto de decisiones novatorias a cargo de la autoridad de un árbitro aparece en el artículo 82.3 del ET, mientras que el segundo se da en el artículo 41 del mismo texto legal. En ambos casos, la reforma busca reducir los costes de transacción de las decisiones novatorias desbloqueando los procesos de negociación, que presuponen cuando son colectivas, a través de la remisión a decisiones de «autoridad» –de un tercero, o del propio empresario–.

La clara orientación liberal de la reforma laboral no está reñida, pues, más bien al contrario, con la adopción de cierta heterodoxia respecto del modelo neoclásico, pues el modelo de «empresa flexible» que fomenta trae al primer plano de la dinámica reguladora la economía de los costes de transacción y el primado de la citada función de gobierno o gestión. Este paradigma económico parte de la racionalidad limitada de los sujetos de la relación y de sus decisiones, a diferencia de la economía del equilibrio neoclásico, que presume una coherencia plena entre el fin que se persigue y la decisión adoptada para lograrlo. Primero, porque ninguno tiene toda la información suficiente para lograr los objetivos. Segundo, porque siempre hay un elevado margen de indeterminación que propicia comportamientos oportunistas o estratégicos de aquellos, de modo que existe un elevado riesgo de que no actúen del mejor modo para el conjunto –eficiencia–, sino que estarán tentados a aprovechar las nuevas situaciones para maximizar su exclusivo beneficio o el interés propio. Tercero, porque en entornos extremadamente inciertos, como los de hoy, la brecha contractual aumenta tanto en cantidad como en trascendencia, multiplicando la conflictividad y, en consecuencia, la necesidad de establecer un sistema de resolución de las disputas o divergencias<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> La empresa moderna no solo tiene costes de producción a minimizar, como entendía la escuela neoclásica, sino también costes asociados a la coordinación de los intercambios dentro de la empresa denominados costes de transacción. Vid. MILGRON y P-ROBERTS, J.: *Economía, organización y gestión de la empresa*, Barcelona: Ariel. Economía, 1993. WILLIAMSON, O. E.: *Las instituciones económicas del capitalismo*, México: FCE, 1989.

<sup>5</sup> Junto a la «especificidad de los activos» –consistente en el porcentaje de valor de la inversión que se pierde cuando el activo es «usado» fuera del entorno o de la relación concreta, como sucede en la elección entre «retener» o «expulsar» a un determinado número de trabajadores en situaciones críticas o de mejora de la competitividad– y la

Junto a la cuestión nuclear de la función de dirigir y gobernar las relaciones de producción, el paradigma de economía transaccional enfatiza el problema de asegurar, mediante «sistemas de medición» –sistema de incentivos o estímulos– la correlación entre las acciones o esfuerzos –sacrificios– exigidos a los diferentes sujetos de la relación interna a la empresa y las ventajas –recompensas– obtenidas. En este plano, los problemas se vinculan tanto a la existencia de significativas asimetrías en el nivel de información de que se dispone, pues una de las partes –el empresario– tiene más conocimiento que la otra –trabajadores– sobre los detalles del nuevo intercambio o de la nueva transacción suscitada, cuanto a las diferencias de poder entre ellos, lo que sin duda facilita, si no se establecen las debidas cautelas o controles, el desplazamiento de mayores costes hacia quienes menos poder tienen a través del mecanismo de la transacción. Es lo que se denomina «efecto riqueza».

El efecto riqueza constituye una derivación del principio de maximización del valor extraído del «teorema de Coase» –la empresa se reduce a un sistema plural de relaciones de mercado formalizadas mediante redes de contratos– y supone aceptar que quien tiene más poder de decisión puede desplazar hacia los trabajadores costes, a fin de mejorar su beneficio. Ahora bien, esa transferencia de costes en beneficio del más poderoso puede resultar menos eficiente para el «interés económico global», porque el resultado de conjunto puede ser menor. En consecuencia, el análisis de la economía transaccional, y sus limitaciones, nos ponen en la senda de la operatividad de las instituciones. La reforma laboral sobre inaplicación de convenios estimula un nuevo marco institucional, colectivo –favorece el acuerdo novatorio *in peius* respecto del convenio general y «estable»– y público –asigna competencias de resolución de la disputa a órganos públicos antes solo consultivos–, a fin de favorecer transacciones más eficientes para el interés global. Otra cosa es que lo consiga, pues a menudo la reforma orientada a la flexibilidad de la gestión empresarial no traduce más que un cambio en las relaciones de poder que prima el principio de autoridad de la empresa<sup>6</sup>.

### 3. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE GESTIÓN EMPRESARIAL: LA BUENA FE COMO PRESUPUESTO DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA

Desde esta perspectiva, parece claro que la fijación de orientaciones finalistas y límites a la normativamente privilegiada función de gestión empresarial flexible se revela como garantía no ya solo de equidad social, sino de racionalidad económica. Así sucede cuando tales condi-

«frecuencia de las transacciones» –que exigen estructuras de gestión especializadas–, la «incertidumbre» es el tercer atributivo determinante de la economía transaccional. *Vid.* WILLIAMSON, O. E.: *Las instituciones...*, págs. 62-70.

<sup>6</sup> Para una síntesis de las corrientes de pensamiento económico crítico con la economía transaccional por la limitada presencia que concede a estas realidades de diferente poder en el seno de la organización, evidenciando la necesidad de asegurar algún papel de la intervención pública para reducir ineficiencias económicas de gestión, *vid.* LASIERRA ESTEBAN, J. M.: *Mercado de Trabajo y estrategias empresariales*, CES, 2001, págs. 89 y ss.

cionantes se dirigen a reducir dos fuentes de ineficiencia: las asimetrías de información necesaria para los intercambios, de un lado, y la desigualdad de reparto de poderes, de otro. Es el caso, con diversa intensidad, de los artículos 41, 51 y 82.3 del ET, en los que las decisiones de gestión novatoria adaptativa asumen *la forma de transacción articulada mediante un proceso de negociación colectiva de buena fe*.

Ciertamente, podría pensarse –como evidencia la posición de la patronal y de la caterva de economistas basados en el equilibrio neoclásico del sistema de precios de mercado– que lo más eficiente sería atribuir a la «autoridad empresarial» la decisión última, con lo que se eliminaría buena parte de los «costes de transacción», tal y como sucede no solo en el referido artículo 41 del ET, sino en otros preceptos, incluso más allá de materias meramente individuales, como en la atribución de una facultad unilateral de distribución irregular de jornada por debajo de un cierto umbral cuantitativo –el 10 % de la jornada según el art. 34 ET–. Ahora bien, de una parte, hay que recordar que tal opción de la «autoridad legislativa» no es enteramente disponible para ella en un Estado Constitucional de Derecho, que requiere contemplar al tiempo otros derechos e intereses de carácter colectivo y social<sup>7</sup>. Pero, de otra, tampoco sería coherente con los imperativos de racionalidad económica.

Primero, y desde un punto de vista general, porque es una evidencia científica, pese a la proclama ideológica contraria de muchos, que no existe mercado alguno al margen de una concreta regulación normativa, pues el libre mercado es un mito, una utopía que nunca se ha dado, como evidenciara claramente POLANYI<sup>8</sup>. Segundo, y de forma concreta para nuestro tema, porque son altos los costes que derivan de hacer cumplir una decisión unilateral que se percibe como hostil para los intereses legítimos de los obligados. Una decisión impuesta no consigue implicar activamente en su ejecución o desarrollo a los obligados –trabajadores y representantes de estos–, pero sí multiplica el riesgo de fricciones, pérdidas de tiempo, impugnaciones, todas ellas situaciones que generan costes que podrían ser evitables con una decisión más transaccional. De ahí que el comportamiento honesto, participativo, basado en la confianza recíproca, se revele como una forma de funcionamiento eficiente de la empresa, pues permite ahorrarse tanto los costes de la exigencia coactiva del cumplimiento cuanto de la asignación de «autoridad decisoria», así como los derivados de tener que prever en la decisión misma todos los extremos<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Vid. STS, Sala 4.ª, de 8 de julio de 2012, RCUd núm. 2341/2011 –NSJ046084– y STCO 192/2003, de 27 de octubre –NSJ013696–, FJ 4.º

<sup>8</sup> Vid. *La Gran Transformación. Crítica del Liberalismo Económico*, Ediciones La Piqueta, 1989: «La gran extensión de la intervención del Estado en la industria, que entonces tuvo lugar, lo pone en evidencia. Sobre este punto no existía ninguna diferencia entre mercantilistas y feudales, entre planificadores coronados e intereses establecidos, entre burócratas centralizadores y particularistas conservadores. El único desacuerdo que existía entre ellos se circunscribía a los métodos de reglamentación: gremios, ciudades y provincias invocaban la costumbre y el uso, mientras que la nueva autoridad estatal prefería las leyes y los decretos. Todos eran igualmente hostiles, sin embargo, a la idea de comercializar el trabajo y la tierra, hostiles pues a la condición necesaria para que surgiese la economía de mercado», pág. 131.

<sup>9</sup> Vid. TIROLE, J.: *La teoría de la organización industrial*, Barcelona: Ariel, 1990. También SIMON, H.: «Organizations and Markets», *Journal Of Economic Perspectives*, vol. 5, núm. 2, 1991, págs. 25 y ss. De especial interés, la lectura de NORTH, D.: *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.

El moderno análisis económico institucionalista pone de relieve la necesidad de atender a estos nuevos elementos, sumando a los clásicos costes de producción los «*costes de coordinación*» y los «*costes de motivación*» que toda decisión tiene, más los que inciden en las relaciones laborales de la empresa.

Los costes de coordinación son básicamente los asociados o vinculados a la necesidad de obtener y ofrecer información relevante de los sujetos, tanto externos como internos, implicados en la toma de decisiones sobre el funcionamiento en cada momento en el mercado de la empresa, mientras que los costes de motivación derivan de las asimetrías informativas, mayores cuando una de las partes tiene más conocimiento que la otra sobre los detalles del intercambio, de las dificultades de redacción concreta del conjunto de las cláusulas y condiciones de la transacción y de las exigencias de negociación de ellas. Desde un enfoque de economía liberal neoclásica, basada en el paradigma del *Homo oeconomicus*, se postula una abstracta y general racionalidad ilimitada de la decisión del agente económico, el empleador aquí, de modo que la búsqueda del propio interés –la maximización del beneficio– se presume perseguido siempre de forma honesta. Pero en el análisis más realista y articulado de la economía institucionalista tales postulados –racionalidad ilimitada, maximización del interés de cada sujeto de forma honesta– no constituyen axiomas o dogmas apriorísticos, pues la realidad se mostraría más compleja, por lo que se requiere que la transacción prevea la existencia de mecanismos que eviten la actualización del riesgo de persecución de tal interés de una forma deshonesto y/u oportunista<sup>10</sup>.

Un riesgo mayor cuanto más desigual es el poder entre los sujetos implicados en el intercambio o la transacción. Toda la reforma laboral se orienta a la reducción de los costes de producción que supone el factor trabajo, permitiendo su «devaluación interna» –aquí sigue el enfoque económico neoclásico–, sin embargo, no asigna los costes de transacción necesarios para hacer efectiva tal devaluación del mismo modo. Para la novación *in peius* de las condiciones laborales colectivas, de un lado, el límite funcional de un proceso de negociación constituye la garantía de equilibrio, relativo, pero razonable, de poderes, el de la dirección y el contrapoder colectivo<sup>11</sup>. De otro, el condicionante global de la «buena fe» conlleva, entre otras, la garantía de seriedad u honestidad de aquel proceso, asegurando un grado o nivel de *información útil* a los representantes laborales, presupuesto a la vez de su efectiva implicación –motivación–.

En un plano global, absolutamente consolidado está el entendimiento de la institución jurídica, esencial para el Derecho de las Obligaciones, que representa el «principio general de la buena fe» como un canon hermenéutico o estándar de valoración de la voluntad –actitud– y conducta de los sujetos de las relaciones transaccionales, y como fuente integradora del contenido normativo de las mismas. En esa doble dimensión opera tanto como condicionante del actuar de ambas

<sup>10</sup> «De esta forma, se desplaza la visión mecanicista de la empresa como una "caja negra", que utiliza unos inputs homogéneos para generar un producto bien definido, hacia su consideración como organización compleja». Vid. LASIERRA ESTEBAN, J. M.: *Mercado de Trabajo... op. cit.*, págs. 88-89.

<sup>11</sup> Hasta la reforma de 2012 fue un límite insuperable para las decisiones de inaplicación de convenios. Vid. STSJ de Canarias, núm. 779/2008, de 29 mayo –NSJ027126–, haciendo suyas las reflexiones de la doctrina científica.

partes cuanto como límite del mismo, evitando ejercicios de los derechos y facultades lesivos o arriesgados para los intereses legítimos de cada una de las partes del intercambio o la transacción y procurando, al tiempo, su ajuste a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza (*STS, Sala 4.ª, 19 de julio de 2010*). Por lo tanto, el deber jurídico de «buena fe recíproca» facilitaría tanto la actitud como las conductas favorables a iniciativas de la empresa de adaptación continuada, al exigir que, en la aplicación de las exigencias legales a tal fin, se mantengan actitudes y conductas propias de la cooperación, la coordinación y la motivación requeridas por la empresa en este escenario de incertidumbre de mercado y competencia global.

Ahora bien, esas exigencias son recíprocas y, por lo tanto, la empresa a la que se habilita, conforme a sus expectativas de adaptación para el ajuste competitivo, para la obtención de tales actitudes y conductas por parte de los trabajadores, debe mostrar en todo momento la misma probidad y lealtad en su actitud y conducta. Precisamente, buena parte del control de racionalidad de las decisiones empresariales, en especial las de despido colectivo, se ha instrumentado por la reciente doctrina judicial a través de un reforzamiento del significado útil del principio de buena fe en el periodo consultivo, especialmente respecto del reforzamiento de los deberes de información<sup>12</sup>. A partir de la seriedad en el cumplimiento de estos deberes se facilitará la búsqueda continua de nuevas oportunidades para obtener, mantener o recuperar, según las circunstancias concretas de la empresa, la «ventaja competitiva de la empresa», a su vez presupuesto de la creación-conservación del volumen de empleo, ajustando costes –de producción y de transacción– y favoreciendo un mayor «valor añadido» para factores y recursos productivos, así como para los bienes y servicios producidos.

En consecuencia, no estaríamos tan solo ante un conjunto de criterios para la ordenación de las decisiones de referencia urgidas por un estándar eminentemente de carácter ético, como suele afirmarse por la jurisprudencia civil y social, sino ante una garantía de eficiencia por su significado corrector de aquellos fallos de los «procesos de mercado». La conducción de todas las transacciones empresariales en materia laboral, pero en especial las colectivas, conforme a las exigencias de probidad y confianza, no solo es una exigencia de corrección jurídica, en suma, de la decisión, sino también una garantía de eficiencia económica de la misma. Primero porque, en positivo, facilitan la mejor oportunidad de las adoptadas, de modo que los costes de oportunidad no solo se presentan en el momento de la toma de decisión empresarial, sino en el camino futuro de esa decisión<sup>13</sup>, permitiendo una mejor gestión de sus consecuencias a través del tiempo,

<sup>12</sup> La íntima conexión del deber de información suficiente con la utilidad del periodo de consulta, en materia de despidos, aparece en las SSTSJ de Madrid, núm. 601/2012, de 25 de junio –NSJ044529–, y núm. 542/2012, de 11 de julio –NSJ044520–, poniéndolo en relación con la normativa comunitaria. Sigue la posición de la STS, Sala 4.ª, de 8 de noviembre de 2011, recurso núm. 364/2011 –NSJ042585– y de la STJUE de 16 de julio de 2009 (asunto C-12/08, Mono Car Styling, SA contra Dervis Odemis y otros) –NSJ029017–.

<sup>13</sup> El coste de oportunidad se entiende como aquel en que se incurre al tomar una decisión y no otra, de modo que la apuesta por una oportunidad de ganancia, valor o utilidad supone, al tiempo, el sacrificio de la que representan eventuales alternativas.

máxime en momentos tan inciertos como los actuales. Segundo, en negativo, porque ayudan a evitar las meramente oportunistas, que son, se recuerda, las que maximizan solo el interés propio o particular, el de la mejora o recuperación de beneficios, pero en descuido, o incluso a costa, de otros, ya sea de los trabajadores –a mantener condiciones dignas y ciertas de trabajo– ya del resto de la sociedad –a garantizar una capacidad adquisitiva suficiente, a mantener un nivel de empleo adecuado para evitar que los sacrificios sean en vano...–.

Pues bien, pasando ya del análisis jurídico-económico de los textos y contextos de la reforma del mercado de trabajo y de sus instituciones relativos a la reducción de los costes de producción, mediante la inaplicación de las condiciones precedentes, y la reasignación de los costes de transacción ligados a tales decisiones novadoras *in peius*, a su proyección crítica respecto de la experiencia referida de la empresa Unipost, el primer juicio valorativo a realizar es la incompreensión por parte de esta del valor que tiene, para la eficiencia, comportarse conforme a estándares de probidad y lealtad. No solo la representación legal de los trabajadores, sino también las autoridades público-administrativas, tanto las consultivas como las decisorias, así como la autoridad judicial encarnada por la AN, *imputan a la gestión desleal de la empresa el fracaso del primer procedimiento de descuelgue salarial, porque causa suficiente había*.

Desde la perspectiva del sujeto laboral, esto es, la contraparte y el contrapoder, no se niega la difícil situación de la empresa y el riesgo real de esta para la continuidad del empleo de 2.700 trabajadores. Pero critica duramente la falta de información de la empresa de los datos económicos que acrediten la difícil situación que tienen. Por eso, según consta de la amplia información ofrecida por las diversas secciones sindicales de la empresa, no se niega a llegar a un acuerdo que dé viabilidad a la compañía *«pero siempre y cuando tengamos toda la documentación y situación real de la empresa tantas veces solicitada, y por diversos medios, a fin de poder valorarla así como establecer los mecanismos conjuntos de actuación y con un control continuo de la situación de la compañía»*. Del análisis de los antecedentes se comprueba fácilmente que no se trata de un conflicto aislado, sino que es un capítulo más de una reciente historia marcada por disensos y tensiones, exigiendo continuadas intervenciones en el marco de los diferentes canales previstos legal y convencionalmente para intentar su canalización, e incluso su solución<sup>14</sup>.

Desde la perspectiva institucional administrativa, representada no solo por la CCNCC, sino también, lo que sorprende mucho más, por lo que de inmediato se dirá, del propio Ministerio de

<sup>14</sup> En el hecho probado segundo de la SAN 15/2013, de 28 de enero, se refleja la complejidad e inestabilidad de la situación económica y laboral de la sociedad Unipost, SA, pues en ella se adoptaron diversos acuerdos y resoluciones sobre regulación de empleo, aceptándose las reductoras de jornada pero no las extintivas. Por su parte, los hechos probados duodécimo y décimo tercero reflejan las disminuciones de ventas y las pérdidas de la empresa durante los diferentes periodos relevantes, teniendo en cuenta la situación desde 2009, mientras que el hecho probado décimo cuarto recoge las «previsiones de pérdidas para el ejercicio 2012» que ascienden a casi 6 millones de euros. La cuestión de la documentación exigida se resuelve ahora, como es sabido, en el artículo 20 h) del Real Decreto 1362/2012, de 27 de diciembre, que remite a la misma de los despidos colectivos, si bien debería ser a la de los procedimientos suspensivos y de reducción de jornada.

Empleo y Seguridad Social, a través del «informe técnico» de 19 de septiembre de 2012 –art. 21 RD 1362/2012–, el reproche de deslealtad se sitúa en otro aspecto. CCNCC y ministerio admiten, como refleja tanto la documentación al respecto como el resumen hecho por la SAN 15/2013 en el FJ sexto,

*«la concurrencia de situación económica negativa, pero defiende... que no se había producido una variación significativa respecto a la existente el 23 de abril de 2012, entendiéndose, por consiguiente, que el equilibrio logrado en dicha fecha [con la firma del convenio colectivo de eficacia general para la empresa] no podía alterarse inmediatamente, salvo que concurrieran circunstancias excepcionales, que a juicio de la CCNCC no se daban el 19 de junio de 2012».*

En suma, el criterio de la Administración no es el de rechazar la causa legítima para proceder a la inaplicación, sino reprobar la oportunidad del momento de llevarla a cabo, de manera que existente la causa pudo optar, mediante negociación colectiva, por fijar unas condiciones de trabajo adecuadas a la situación negativa que arrastra en los dos últimos años sobre todo. Sin embargo, en ese tiempo, decidió adoptar unas medidas de «sacrificio» para los trabajadores diferentes, por lo que «una nueva vuelta de tuerca», según el juicio que realiza la AN, en tan breve lapso de tiempo –apenas dos meses desde la negociación del convenio–, significa sorprender la buena fe de los trabajadores. Por tanto, iría contra la doctrina de los actos propios, traicionando la «confianza legítima» de los empleados, que esperan el cumplimiento de lo pactado durante la vigencia del convenio, salvo causa excepcional sobrevenida.

Por su parte, la AN legitima plenamente este exigente criterio administrativo porque considera que es un imperativo derivado no ya del principio de buena fe, que también, sino sobre todo del «principio general de proporcionalidad». A la Sala Social de la AN, siguiendo la misma pauta ya mantenida tanto en el control de causalidad de las decisiones de modificación ex artículo 41 del ET como en el de las de despido colectivo ex artículo 51 del ET, en ambos casos tras la reforma laboral, le parece correcto incluir «un juicio de razonabilidad funcional» entre la causa alegada y la medida a adoptar –en este caso de descuelgue salarial de un convenio firmado en fecha reciente–. Pero ya sabemos que, precisamente, es ese tipo de juicios el que ha querido eliminar la reforma legal, que considera inciertos e ineficientes los «juicios de oportunidad» sobre la causa, porque desplaza la decisión de gestión empresarial, que se verá de ese modo suplantada por la autoridad judicial, circunscribiéndolos tan solo a los de «legalidad».

Finalmente, también muy pocos meses después las autoridades coinciden en darle una «segunda oportunidad», legitimando el descuelgue antes rechazado, porque ahora sí habría probado una evolución negativa suficiente para justificar el sacrificio nuevo. Lo que para el segundo semestre de 2012 era desproporcionado, por lo tanto ilícito, con el nuevo año, a principios de 2013 –el 13 de enero–, está perfectamente ajustado. Sin embargo, a la vista del resultado y de los argumentos cabe interrogarse no solo sobre la corrección y eficiencia del actuar empresarial, muy poco transparente pese a su deber ex *bona fidei*, sino también del de las instituciones, nada eficiente.

#### 4. EL CONTROL DE LA CAUSA DEL DESCUELGUE: EL JUICIO DE RAZONABILIDAD FUNCIONAL NO PUEDE CONFUNDIRSE CON EL «JUICIO DE OPORTUNIDAD»

Aquí reside un aspecto mollar del nuevo régimen de inaplicación de los convenios colectivos ex artículo 82.3 del ET, que comparte sin ninguna duda elementos comunes con la análoga cuestión suscitada respecto del control de causalidad y su prueba en relación con los despidos colectivos, pero con la que no existe una identidad plena, como creo asume la doctrina de la Sala Social de la AN, errando a mi juicio, por lo que de inmediato se dirá. Una visión de conjunto del procedimiento, que incluso la SAN provoca al utilizar como argumento de apoyo para su juicio jurídico una Resolución administrativa que no ha sido impugnada, si bien sirve de contexto, nos lleva a evidenciar cómo una decisión considerada incorrecta en el momento de ser tomada –o solicitada–, porque rige un acuerdo o transacción –el convenio colectivo recientemente firmado– que ya habría evaluado la oportunidad de introducir un tipo de sacrificios y no otros para recuperar el equilibrio de utilidades perdido por la crisis, se convierte, tras un corto plazo de tiempo, en una decisión correcta. Esto supone en última instancia que, sea la autoridad administrativa sea la autoridad judicial, entran a valorar (evaluar), pretendidamente amparados en el inexorable juicio de razonabilidad de la medida de descuelgue, si los costes que asumieron los trabajadores al tiempo del convenio colectivo, que supuso sacrificios, compensan suficientemente las pérdidas posteriores de la empresa durante los primeros meses de aplicación.

La SAN 15/2013 es inequívoca al respecto:

*«... La Sala comparte las razones, esgrimidas en la resolución recurrida, basada en el informe reiterado... porque el 19 de junio de 2012, al iniciarse el periodo de consultas, no concurría una situación sobrevenida... que justificara una nueva vuelta de tuerca, aunque se incrementaran las pérdidas, puesto que dicha circunstancia no estaba causada por los costes de personal, que se habían reducido significativamente respecto a los años precedentes, contribuyendo decisivamente los trabajadores en la superación de la crisis empresarial» –FJ octavo–.*

Ni que decir tiene que poder evaluar-medir con la mayor exactitud o precisión posible la opción empresarial que sacrifique la menor utilidad patrimonial del trabajo, en términos de condiciones salariales y de otro tipo, o, en otros términos, la elección de la opción empresarial que ofrezca la mayor utilidad para ambas partes, constituye un imperativo de eficiencia y racionalidad, además de justicia. Pero determinar con esa exactitud los «costes de oportunidad» de la decisión empresarial no solo es un proceso muy complejo, sino que integra los llamados «costes de producción»<sup>15</sup> y su atribución es una misión básicamente del empresario ex artículo 38 de la CE

<sup>15</sup> El economista austriaco Friedrich von WIESER acuñó el concepto de coste de oportunidad en su obra *Teoría de la Economía Social* (1914), por oposición a los clásicos ingleses, que consideraban que el coste era el gasto explícito para producir o recibir un bien o servicio.

–libertad de empresa–, a través de procesos de negociación con los trabajadores –art. 37 CE–, y siempre en el marco establecido por la Ley –art. 82.3 ET–. Se trata, pues, de una clara función de gobierno o gestión empresarial, por tanto, de «política de empresa», cuyo balance excede inequívocamente del juicio de legalidad causal ex artículo 82.3 del ET que, tras la reforma, pero en realidad también antes, rechaza el principio de oportunidad judicial, que no puede ser confundido, como aquí sucede, con el *juicio de proporcionalidad*, ni tan siquiera con el de *razonabilidad funcional* que aparece como presupuesto de aquel.

Si esta diferencia debió quedar siempre clara a la hora de delimitar el juicio de control causal legalmente atribuido a los jueces respecto de las diferentes decisiones de la empresa basadas en razones o situaciones económicas, productivas..., aunque no sucedió así por diversos motivos, entre otros por la propia ambigüedad de los textos legales, creo que resulta ahora ya definitiva tras la reforma laboral. Ahora, queda claro que el régimen de inaplicación de los convenios presupone una institución mixta, de modo que mientras el control causal responde a un típico conflicto jurídico, en el que debe regir el principio de legalidad –ciertamente material no meramente formal–, la fijación del régimen alternativo o novatorio responde a un característico conflicto de intereses, en el que debe regir el principio de equidad, que sí requiere, además del juicio evidente de proporcionalidad, el de oportunidad. Esta dualidad de vertientes es hoy defendida por la práctica totalidad de la doctrina científica y la ha reflejado con toda claridad en el plano de los conceptos, aunque, a mi juicio, no la haya aplicado con la corrección o rectitud jurídica debida, la SAN 15/2013.

Incontrovertible es este razonamiento:

*«... Parece claro, por tanto, que el primer pronunciamiento –concurriencia de causas– es propio de un arbitraje jurídico, puesto que tendrá que constatarse si se dan los requisitos exigidos por el artículo 82.3 ET, mientras que el segundo... –conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad– es más identificable con el laudo de equidad, en el que la Comisión y/o el árbitro deben tener un margen más elevado de autonomía, porque si no fuera así, las decisiones y laudos no serían propiamente decisorias, puesto que se condicionarían esencialmente a la intervención jurisdiccional posterior» –FJ quinto, penúltimo párrafo–.*

De este modo, mientras que en el control de legalidad propio del conflicto jurídico se debe ser especialmente exigente, en el control de la equidad de la decisión, el juez debe mostrar mayor contención. Así lo refleja igualmente el artículo 22.3 del Real Decreto 1362/2012, que permite a la CCNCC –ya siga la vía propia de la decisión de su pleno (Resolución) y la elección de un árbitro (laudo)– separarse de la propuesta realizada por la empresa, estableciendo un régimen específico:

«3. Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, *para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados*. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus

propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo<sup>16</sup>.»

La norma reglamentaria distingue entre el juicio de causalidad de la medida y el de equidad de sus efectos. Solo en este exige el ajuste, esto es, la ponderación de los diversos intereses legítimos en juego, o lo que es lo mismo, la proporcionalidad de la decisión, permitiendo a la Comisión modificar el juicio de oportunidad empresarial. Esta adecuación aparece especialmente resaltada, con toda razón, por el Laudo arbitral obligatorio dictado el 19 de diciembre de 2012 en el seno del CARL para la empresa de transportes Comes. En este caso, la empresa había planteado, en el proceso de negociación de un nuevo convenio colectivo, una vez denunciado el anterior –que estaba y está en una situación de ultra-actividad del art. 86.3 ET–, una rebaja de en torno al 4%, con un incremento de jornada hasta el máximo legal. Sin embargo, pretende un descuelgue de en torno al 20% en las categorías que engloban la mayoría de la plantilla. Esta comparación entre condiciones de trabajo de naturaleza salarial:

«... permite, sin necesidad de entrar a valorar otras materias tales como la jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo... que no existe adecuación entre la causa alegada y la pretensión de inaplicación de condiciones de trabajo» –FJ cuarto, punto 3.º–.

En consecuencia, constatada la existencia de causa, habrá que decidir sobre su congruencia: (1) necesidad para el fin, su (2) adecuación y su (3) razonabilidad. Ese triple requisito es el que da contenido al «juicio de proporcionalidad».

Por eso conviene no perderse en la actual ceremonia de la confusión conceptual, e incluso nominal, que parece haber al respecto, pues tanto la doctrina científica como la judicial refieren a lo mismo usando, sin embargo, denominaciones diferentes. Si la doctrina científica pugna, según su tradición, por hallar el nombre que mejor se adecue a su pretensión, la doctrina judicial deja desfilar al mismo tiempo todos los conceptos, sin precisar qué sentido y contenido tiene cada uno de ellos<sup>17</sup>. Pero al margen de esta cuestión conceptual-nominalista, resulta claro que el juicio de

<sup>16</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», en *RDS*, monográfico sobre la reforma laboral, núm. 57/2012, pág. 238. La SAN 15/2013, recuerda, que, aunque no hubiera podido tomarse en consideración por la CCNCC en el momento de emitir la Decisión de 28 de septiembre, pues no estaba en vigor el real decreto, considera que «el modo por el que el legislador prevé se produzcan estas resoluciones desde la fecha de su vigencia» representa «una herramienta de calado para la interpretación y aplicación del art. 82.3 ET».

<sup>17</sup> Vid. DEL REY GUANTER, S.: «Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales en los nuevos artículos 51 y 52 c del ET según la Ley 35/2010», *Diario La Ley*, núm. 7.488. Ampliamente FALGUERA BARÓ, M. A.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos... tras la reforma laboral*, Albacete: Bomarzo, 2013, que opta, adecuadamente, en mi opinión, por la referencia al juicio de proporcionalidad.

justificación respecto de toda medida de gestión empresarial de ajuste no puede agotarse en la identificación de la causa, menos si se entiende solo en un sentido puramente formal, sino que se ha de integrar siempre un juicio de proporcionalidad, un juicio valorativo sobre el «peso» –sacrificio/satisfacción– que corresponde a cada derecho, bien e interés legítimo en juego y que integran los términos del juicio de adecuación entre el medio y el fin. Por tanto, la intensidad de la intervención ha de ser proporcional a los intereses del bien que se protege, que no puede ser nunca el mero «beneficio de la empresa» –criterio de maximización del interés propio del empleador–, sino:

*«... la finalidad de evitar la activación de medidas extintivas, cuyas fronteras aplicativas son extremadamente leves en relación con las medidas de flexibilidad interna. Se trata, por consiguiente, de un bien jurídico nada despreciable, puesto que su... cabal instrumentación permitirá eludir medidas de flexibilidad externa en situaciones de crisis y reducir el desempleo, que es el principal problema nacional» –FJ quinto<sup>18</sup>.*

Ahora bien, si el interés protegido no puede ser el beneficio empresarial solo, tampoco puede asentarse el control de legitimidad de la medida en el reproche a la empresa de su mayor o menor acierto a la hora de gestionar su negocio. Así lo sostuvo la SAN 106/2012 –NSJ045176– respecto al control del despido económico.

No cabe duda de que dentro de la gestión adquieren especial relevancia las medidas de flexibilidad negociada. No pretendo entrar ahora en la muy interesante cuestión de la vigencia o no del llamado «principio de adecuación social» de la decisión, que permitiría al juez una cierta jerarquización de las diferentes medidas, primando la interna sobre la externa, una exigencia coherente con el diseño legal de la reforma pero obviada en el texto. Lo que ahora se trata de precisar es que el momento y el instrumento a través del cual el empleador afronta lo más conveniente para asegurar ese equilibrio entre la utilidad de la empresa y la continuidad del empleo no puede ser objeto de un juicio estricto, o en todo caso restrictivo, por parte de terceros, salvo en el ámbito de la negociación, pues precisamente la reforma ha querido favorecer que sea el empresario quien, siguiendo, por supuesto, el camino legal, decida sobre esos extremos, en aras de la libertad de empresa y de la función productiva. A este respecto, sorprende en extremo, como ya se dijo, que sea el propio Ministerio de Empleo y Seguridad Social, paladín hasta el paroxismo de la reforma laboral, el que, a través de sus informes técnicos, restrinja las posibilidades de la empresa de acudir a mecanismos orientados a flexibilizar la gestión empresarial, reprochándole que, pese a constar fehacientemente la causa, no lo haya hecho antes, al tiempo del convenio.

Desde luego esta comprensión nada tiene que ver con la ilusión legislativa de poder reducir tal juicio a un control puramente fáctico, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012

<sup>18</sup> Se inserta esta doctrina en la dirección de la jurisprudencia que viene sosteniendo, en el control de las decisiones de despido económico, el principio de conservación del empleo. *Vid.* STS, Sala 4.ª, 29 de noviembre de 2010, RCU 3876/2009 –NSJ037845–. Aparece igualmente en la STCO 192/2003, de 27 de octubre –NSJ013696–.

respecto del artículo 51 del ET, menos automático, pues la fijación de la concurrencia de la causa siempre conlleva juicios valorativos de las situaciones en juego. Pero tampoco puede compartirse la posición crítica –a lo que se ve también administrativa– que, recuperando para el proceso de comprensión jurídica el juicio de razonabilidad perdido en el texto legal, siguiendo un ineludible mandato internacional –principio de jerarquía–, lo identifica sin más, como aquí sucede, con la conexión funcional. En el caso analizado, todos constatan la necesidad de resolver eficazmente la situación económica negativa, todos ponen de manifiesto que las pérdidas son continuas, hasta el punto de tener que encarar tres procedimientos de regulación de empleo, de modo que todos terminan por reconocer que es legítimo el descuelgue pocos meses después de negárselo. Pero de este modo, el juicio de proporcionalidad y el de legalidad –buena fe– termina siendo un juicio de oportunidad: *sí, cuándo y cómo*.

Esta identificación, a mi juicio no solo de dudosa legalidad sino peligrosa y en todo caso disfuncional, aparece igualmente clara en el Laudo obligatorio dictado en el seno del CARL para la empresa Comes, SA. Como veremos con algún detalle más, aquí se reprocha a la empresa utilizar el procedimiento de descuelgue como vía alternativa al proceso de renegociación colectiva previsto en el artículo 86.3 del ET, esto es, para la renovación del convenio una vez denunciado y con vigencia prorrogada mediante la regla de la ultra-actividad. De este modo, el árbitro tiene como «uso fraudulento» lo que es un «poder de economía de opción» entre diversas medidas de reducción a la baja de las condiciones salariales que atribuye la Ley al empresario –sin validez constitucional quizás, pero esa es otra historia jurídica y otro espacio de debate jurídico–, esto es, se descalifica como fraudulento y contrario a la buena fe exigible a la empresa un «uso estratégico» u «oportunista» de las facilidades legales. Pero ¿todo uso estratégico de esa medida de flexibilidad legal es calificable como fraudulento, cuando se reconoce al mismo tiempo que hay causa suficiente para el descuelgue y este se revela como razonable para adaptar las condiciones a la situación continuada de pérdidas?

## 5. «ULTRA VIRES» DE LAS DECISIONES DE TERCEROS BASADAS EN JUICIOS DE OPORTUNIDAD DEL TIEMPO DE DESCUELGO Y JUICIOS DE EFICIENCIA

La empresa pasa el juicio de adecuación formal, tras subsanar el requerimiento<sup>19</sup>. Incluso el de «causalidad formal», pese a la diferente opinión de los sindicatos, que entendían que no había

<sup>19</sup> Se procede a la presentación el 9 de agosto de 2012 de solicitud de la empresa para que se autorizase el descuelgue de las tablas salariales previstas por el III Convenio Colectivo Unipost, SA, para los años 2011-2013. En el procedimiento, se solicita de la Comisión a la Dirección General de Empleo, el 13 de septiembre, que emita informe acerca de la concurrencia de las causas alegadas por la empresa Unipost, SA. El expediente fue objeto de estudio en el Pleno del día 24 del mismo mes, acordándose pedir a la empresa y a las representaciones sindicales que alegaran lo que consideraran oportuno sobre las circunstancias que pudieran justificar la inaplicación. No ha sido así, como se dijo

causa, y las empresariales, volviendo a una lectura literal del artículo 82.3 del ET, que únicamente exige verificar una situación económica negativa de la empresa.

La Administración, a modo de «juez salomónico», constata la crisis pero considera que «actualmente» no procede el descuelgue, «*sin perjuicio de que, si las circunstancias económicas empeorasen sensiblemente, pudiera en el futuro reiterar un procedimiento de estas características*». Prima, así, la gestión colectiva vía convenio estatutario, donde ya se produjeron sacrificios laborales –subió su jornada y se congeló el salario–, sobre la decisión empresarial novatoria, por no concurrir un cambio tan relevante como para exigir más sacrificios laborales, con lo que presupone la plena racionalidad socio-económica del pacto estatutario. Pero no va a pasar el juicio de oportunidad de la decisión.

Sin embargo, ni por supuesto en el texto de la norma legal, ni tampoco en su espíritu, se condiciona la legitimidad de la medida al mayor o menor tiempo que haya transcurrido desde la firma del convenio, incluso del propio, como prevé el artículo 82.3 del ET. Sin embargo, las instituciones le exigen a la empresa que o bien lo haga en el momento del convenio colectivo o que espere un tiempo razonable, salvo que acredite la «*emergencia de situaciones extraordinarias que justifiquen*» una novación nueva en un «*plazo breve*» –FJ Séptimo–. Pero actuando de este modo, no solo integran en el texto exigencias de oportunidad, no solo de funcionalidad se insiste, no queridas por la Ley, sino que aparece un nuevo concepto jurídico indeterminado, el de «plazo breve», así como un juicio de gravedad cualificada, relativo a «situaciones extraordinarias», que abre la caja de Pandora de la inseguridad jurídica<sup>20</sup>.

Desde esta perspectiva, entiendo que la decisión inicial de la CCNCC sí puede tenerse como «ultra vires», al realizar un juicio de oportunidad que desborda el marco de legalidad que tiene al efecto, y que solo le corresponde hacer al analizar la medida concreta y sus efectos en los derechos e intereses de los trabajadores. Por supuesto, no por la razón esgrimida por las patronales, asentadas en una lectura formal y literal del texto legal insostenible jurídicamente. Esta reducción jurídica es inaceptable ya a todas luces.

La razón de mi crítica reside en la evidenciada confusión entre el juicio de proporcionalidad, insoslayable, y el de oportunidad, no pertinente, ni antes ni menos aún tras la reforma. En este sentido, entiendo que hubiera sido más adecuado valorar si su objetivo, el descuelgue de las

---

al inicio de este trabajo, en el descuelgue de la empresa Falcón Contratas, que ha sido declarado nulo por no respetar las exigencias de conformación de las mayorías para el acuerdo finalmente adoptado. *Vid.* SAN núm. 138/2012, de 16 de noviembre (NSJ046058).

<sup>20</sup> Este análisis de conformidad al «principio de prohibición de ir contra los actos propios», derivado del deber de negociar de buena fe, está también presente en el Laudo Arbitral Obligatorio dictado en el seno del CARL. No obstante, aquí se resuelve favorablemente a la empresa ese juicio porque «ha transcurrido un periodo de tiempo suficientemente largo, más de cuatro años, que impide entender que la empresa podía prever una situación mantenida de pérdidas durante ese dilatado periodo y que, en consecuencia, no estaríamos ante una causa sobrevenida y actual que altera el contexto conocido por las partes» –FJ tercero, *in fine*–.

tablas salariales para los años 2012 y 2013 del convenio colectivo de Unipost, SA 2011-2013, era ajustado a la situación de la empresa en el momento de solicitar la inaplicación, al margen del tiempo transcurrido desde el convenio, salvo mala fe, que no se puede presumir<sup>21</sup>.

Del mismo modo, la AN, al convalidar ese criterio, basado más en argumentos de oportunidad que de principio –salvo a la proporcionalidad, ninguna referencia se hace al de buena fe, como sí sucede ampliamente en el Laudo obligatorio que venimos utilizando también de comparación para evidenciar el carácter más general de las confusiones interpretativas de la reforma–, admitiendo una discreción de la CCNCC de la que carece, cumple una «función de política del derecho» más que jurídica. Tampoco desde este plano crítico se plantea retorno alguno, como se ha dicho, a lecturas formalistas, sino más bien todo lo contrario, en la medida en que el actuar de ambas instituciones o autoridades ha dejado fuera una imprescindible vertiente práctica o realista en su análisis. En efecto, no se ha tenido en cuenta el resultado global del procedimiento, que ha terminado siendo el que la razón evidenciaba al constatar causas suficientes desde el inicio, pero que una visión institucional extremadamente exigente, más bien resistente, ha solo retrasado, con lo que de ineficiencia, pero también de pérdida de confianza en el sistema tiene. En este sentido, no es baladí recordar las cautelas puestas de relieve por parte tanto de la Abogacía del Estado cuanto del Ministerio Fiscal, de no prescindir del *efecto útil*, hoy ausente a juzgar por los pésimos resultados, de la reforma, pues toda contribución a una imagen de las medidas de flexibilidad interna como «*un camino tortuoso*», tal y como sucedió en la práctica anterior, incentivará su opuesto, la extinción. Por cierto, la misma situación que producirá el Laudo obligatorio para la empresa Comes.

Por eso, es difícil comprender, a la vista de la evolución negativa continuada de la empresa, que luego ha servido para legitimar la decisión, sin que aparezcan datos muy diferentes respecto del expediente anterior –aunque en ese momento no tendrán la calificación de acreditados<sup>22</sup>, que se dé un incumplimiento trascendental de la legalidad un tiempo, y pocos meses después, no. Del detenido relato de hechos queda claro que prima más el «conflicto de intereses» que el «jurídico» propiamente, debiéndose centrar el debate en el contenido de la nueva transacción normativa que se ha de crear a fin de corregir la norma jurídica convencional preexistente mientras

<sup>21</sup> La medida de congelación salarial, promovida por la empresa, consistía en aplicar las tablas salariales previstas en el VIII Convenio Colectivo de Entrega Domiciliaria, hasta el 31 de diciembre de 2013, momento en que finaliza la vigencia del Convenio de Unipost, SA, lo que supondrá una rebaja salarial entre el 5,49% mínimo y el 15,71% máximo, dependiendo del centro de trabajo y tramo salarial según habitantes que corresponda, lo que podría evidenciarse excesivo o no, pero no en función del tiempo en que se adopte por la empresa, sino en sí mismo respecto de la concreta situación económica.

<sup>22</sup> Como se indica en el penúltimo párrafo del FJ octavo, y último, de la SAN 15/2013, la empresa demandada sostuvo que concurría una agravación sustancial sobrevenida, como era la pérdida de ciertos clientes muy relevantes, con una disminución de ventas de casi tres millones de euros. Para ello realizó una prueba pericial pero, además de no contundente, sobre todo por la fecha en que se produjo tal pérdida, que no queda acreditada, se entendió como «hecho nuevo», ni alegado en la demanda ni en el escrito de envío de nueva documentación a la CCNCC el 29 de septiembre de 2012.

no se resuelva una dilatada situación de crisis. Ni la institución público-administrativa ni, si bien con menos intensidad, la autoridad judicial, pueden renunciar a contemplar el efecto económico de sus decisiones. En este caso, el resultado no puede ser más descorazonador para todos los sujetos implicados: los trabajadores, que ven al final reducidos sus salarios; las empresas, que ven como seguirían plagadas de obstáculos sus decisiones de flexibilidad externa, aunque al final las consigan tras insistir e insistir; la CCNCC, que dedica continuos esfuerzos de ida y vuelta, con lo que un problema que pudo resolver en septiembre lo hace en enero del año siguiente; los pronunciamientos judiciales, que pierden buena parte de su sentido antes de dictarse incluso...<sup>23</sup>.

Cierto, el control judicial no tiene la posibilidad de separarse aquí del juicio binario, pues carece de una tercera opción entre «(1) aplicar o (2) no la medida», y no puede modular el contenido. Pero el juicio administrativo, sea vía decisión sea laudo, sí tiene esa opción porque cuenta con un elevado margen, al menos según la normativa reglamentaria, que seguro contrasta con el texto legal, para hacer juicios de adecuación sobre el principio de oportunidad en la distribución de los costes de producción, entre medidas y situaciones.

De modo que la inexorable ponderación de intereses opuestos, además de en el intento de mantener viva la primacía de la decisión colectiva autónoma, como exigencia del artículo 37 de la CE, que sale muy mal parada con el nuevo texto del artículo 82.3 del ET –pero esto exigiría un juicio que no se ha hecho aquí, y cabía realizar: el de la duda de constitucionalidad–<sup>24</sup>, debe

<sup>23</sup> De nuevo actuando como un «juez Salomón», la Sala trata de establecer, con buen criterio teórico, pero no adecuada concreción práctica para el caso, una distinción entre una situación y otra: afirma que *«comparte con la demandante que las decisiones y laudos... son impugnables por ilegalidad, lesividad y por vicios procedimentales, si bien coincidimos también con el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en que dichas impugnaciones, cuando se apoyen en la ilegalidad, deberán ser especialmente exigentes, particularmente cuando se opongan a los criterios de... proporcionalidad utilizados en las resoluciones, puesto que dichos extremos se relacionan propiamente con los laudos de equidad, cuyo control jurisdiccional es más limitado»*. Pero, a mi entender, esta misma prudencia debe mantenerse para no deslizar como juicios de proporcionalidad auténticos juicios de oportunidad, que no tienen amparo jurídico porque desplaza la posición empresarial como gestor ex artículo 38 en relación con el artículo 37 de la CE, según la mediación del artículo 82.3 del ET. Queda claro que el desplazamiento se producirá a la hora de establecer la regulación de condiciones de trabajo –conflicto de intereses–, admitiendo el juicio de oportunidad, pero nunca a la hora de fijar la causa –conflicto jurídico–. En cualquier caso, la decisión de la AN pone de relieve una notable ampliación del control de fondo de la decisión, una cuestión que había quedado claramente indeterminada en la regulación estatutaria. De ahí que la AN se crea, quizás con buen criterio, en la necesidad de explayarse en el análisis de los motivos de impugnación, intentando ir más allá del caso concreto para convertirse en una línea de política judicial del Derecho a tales efectos, sentando un «precedente» para casos posteriores, que seguro van a venir, y muchos, a juzgar por el extraordinario crecimiento de las peticiones de descuelgue o inaplicación que se está produciendo en estos meses.

<sup>24</sup> En realidad, el argumento de fondo que subyace a esta cuestión es la reserva que tiene, no sin razón, la CCNCC y la AN en torno a permitir que un empleador que acaba de firmar un convenio pocos meses antes, luego proceda a descolgarse de él, dejando muy mal parada la garantía de la «fuerza vinculante» de los convenios. Por eso, como en el caso de los despidos colectivos, se acude a la vía de los principios para corregir los excesos legales. Ahora bien, a diferencia de esa situación, aquí no se ha hecho el esfuerzo debido por justificar esos principios «supra-legales», que existen y se apuesta por un juicio de oportunidad insostenible. En otras situaciones, sí se ha planteado la Cuestión de Inconstitucionalidad, por ejemplo, respecto del efecto retroactivo dado a la supresión de la paga extraordinaria, que afecta a una parte de salario ya devengado, en cuanto salario diferido.

proyectarse en la composición de aquellos a la hora de fijar el régimen concreto de inaplicación. Si el control riguroso de la causa evita usos oportunistas, que aquí no parecen darse, o al menos se diluyen pues todos reconocen que existe causa desde el principio, es en el régimen concreto donde se evita que la recuperación del beneficio sacrifique sin fin los derechos de los trabajadores. Pero esa función de transacción, inexorable constitucionalmente y requerida también para la racionalidad y eficiencia de la medida desde una perspectiva de gestión superior a la mera conveniencia empresarial, es bien diferente a la reintroducción de un juicio de oportunidad tanto sobre el momento de la toma de decisiones empresariales cuanto al peso que ha de darse a cada medida empresarial para salir de la situación crítica. Como lo es también sustituir el juicio de adecuación de la vía a seguir para esa gestión interna flexible, que incumbe al empresario, por el juicio del árbitro, como sucede en el comentado Laudo de 19 de diciembre de 2012. Si se dan los presupuestos legales, causales y de procedimiento, la inexistencia de una regla legal que fije una prioridad o preferencia no puede crearla el árbitro.

Es llamativo que la AN acepte la voluntad legal de eliminar los «juicios de futuro» respecto al control causal del despido colectivo –SAN 166/2012, de 18 de diciembre (NSJ046092)–, según el nuevo diseño legal, y, sin embargo, no lo haga para el control de legitimidad de las decisiones de descuelgue, pese a constar la causa, si bien la reforma legal se mueve en la misma dirección, como prueba la eliminación de las referencias en el artículo 82.3 del ET tanto de la conexión funcional de la medida con el «mantenimiento del empleo» cuanto con el llamado «plan de viabilidad empresarial». Más aún. Además de realizar «juicios de pasado», dejando en evidencia la desconexión entre las pérdidas continuadas de la empresa y los costes de personal, que se habrían reducido de modo significativo «en los seis primeros meses de 2012» –FJ octavo–, y más «respecto a los años precedentes», hace un juicio de valor del peso de tal esfuerzo laboral: ha contribuido «decisivamente... en la superación de la crisis empresarial». Seguro, pero lo cierto es que el problema no se resolvió, de ahí el descuelgue final.

Desde luego nada más alejado de mi voluntad que reproducir el maquiavélico principio de prioridad de los fines sobre los medios. Ningún fin, ninguno, justifica cualquier medio útil para conseguirlo. Pero distinto a ello es que, existiendo normas que avalan determinados usos, que nos pueden parecer más o menos oportunos –a mi entender en ambos casos hay decisiones empresariales oscuras, inexactas, que han dificultado la solución, sin duda–, un tercero administrativo, tratándose de una cuestión meramente jurídica, y no en la dimensión de conflicto de intereses, decida qué es lo más oportuno, sustituyendo al empresario y, por tanto, su libertad de empresa ex artículo 38 de la CE. Si de verdad queremos tomarnos en serio las necesidades de modernización de las relaciones laborales, pese a que las leyes de reforma hagan lo contrario a lo que pregonan y a lo que se precisa para que aquel objetivo sea creíble, entonces hay que aceptar corregir algunos excesos unilateralistas, tanto en el tiempo de las acciones de los sujetos –sobre todo los empresarios, que no actúan con la corrección y transparencia debidos– como en las interpretaciones, que siguen ancladas en modo pasado. Otra cosa es, se insiste, en que se acepte o no la validez de todo esto en el plano constitucional, respecto de lo que hay dudas. Pero mientras tenga vigencia, la interpretación puede y debe corregir lo que resulta desequilibrado, que lo hay, pero no desplazar el juicio legal, y el empresarial, por el del «tercero público».

## 6. MODERNIZAR EL MODELO ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES COMO UNA GARANTÍA DE EMPLEO: UNA OBRA ABIERTA Y COLECTIVA

El análisis realista crítico hasta aquí conducido de la aplicación a esta experiencia del artículo 82.3 del ET reformado nos deja la fuerte impresión de estar ante una situación circular, en la que el actuar de las instituciones se asemeja a la «lógica del mareo de la perdiz», de modo que queda fuertemente descompensado el esfuerzo institucional realizado por adecuar la situación a Derecho para el resultado logrado, pues, al final, se ha producido el descuelgue previsto hace meses y en los mismos términos que en aquel entonces, pero meses después. Por lo que tanto la eficacia de la medida cuanto la eficiencia de la misma y al margen del juicio de legitimidad constitucional asumido, para mí más que dudosa, se resienten en extremo. Un análisis detenido del criterio de las tres instituciones intervinientes en el control –CCNCC, Ministerio de Empleo y la autoridad judicial– pone de relieve que había un margen mayor para actuar de otra forma, de manera que el interés laboral sea defendido de un modo más dinámico, al menos en tanto esté en vigor la norma, aunque se dude de su validez. Si algo queda claro, es que el legislador ha querido evitar que se deslicen juicios de oportunidad sobre sí, cuándo y cómo gestionar las situaciones críticas de las empresas, en el momento en que estas deciden acudir a decisiones modificativas que, plenamente acreditadas según el artículo 82.3 del ET, por tanto no arbitrarias, sirven adecuadamente a la continuidad del empleo, como alternativa a la destrucción del mismo vía despidos, que hoy siguen siendo masivos en nuestro país, pese a todo.

Ahora bien, no por ello se justifica el actuar falto de transparencia y eficiencia, de la empresa, ni mucho menos las ambigüedades e imprecisiones del actual marco legal y reglamentario. La para mí cadena de errores institucionales no salva el error de la empresa de no hacer todo lo necesario para buscar las oportunidades de recuperación de la ventaja competitiva de la organización, ante el constatado escenario de crisis, mediante la implicación de los representantes de los trabajadores, en vez de generar una cierta apariencia, al menos, de oportunismo decisional. La transparencia, así como la búsqueda de consensos, forjan la confianza necesaria para ganar en eficiencia.

Los «acuerdos de inaplicación» de convenios bajo la vigente forma más flexible y liberal pretenden introducir la lógica de los procesos de mercado en los de regulación de las relaciones de trabajo, a través del ensalzamiento de la función de gestión. Pero, se insiste, al margen de la valoración que se haga de su ajuste al modelo constitucional de relaciones de trabajo, que prima la autonomía colectiva dotada de cierta estabilidad en su vigencia, a través de la garantía de la fuerza vinculante ex artículo 37 de la CE, no conviene ignorar que la mayor frecuencia de los intercambios de este tipo –modelo dinámico de negociación frente al modelo estático–, así como la menor duración del intervalo que media entre dos transacciones sucesivas, pone en grave riesgo la confianza en el valor de los compromisos alcanzados –modelo contractual frente al modelo normativo–. Al tiempo, este dinamismo exacerbado, en un contexto de incertidumbre y complejidad, que dificulta la continuidad de las expectativas formalizadas por cada parte o sujeto de la «norma transaccional», infravalora la contribución del trabajo, que aparece cada vez más inespe-

cífico y por tanto propicio más para la ruptura que para la continuidad. El resultado es el incremento del riesgo de estrategias oportunistas que arruine el clima de cooperación necesario para mantener o recuperar la ventaja competitiva, sin que esta derive solo de salarios a la baja, por su inequidad e ineficiencia.

El *principio de estabilidad activa* requiere combinar normas jurídicas estables –los convenios– con otras más dinámicas y de adaptación –acuerdos de gestión–, pues solo así resultará creíble el objetivo legislativo de modernizar las relaciones laborales a través de un nuevo equilibrio de suma-suma (el que dice perseguir: deber ser), y no de suma-cero (el que está resultando en la práctica: ser). Las instituciones laborales, presupuesto inexorable de ese mercado socio-económico especial que es el de trabajo, deben promover una suerte de «*cadena de valor regulador y de gestión*». La norma, en cuanto «sistema de incentivos y garantías», debe promover *decisiones* o estrategias de las empresas que permitan relaciones –transacciones– más completas e innovadoras que las tradicionales, en aras tanto de la mejora de la competitividad como del empleo de calidad. Para tal renovado intercambio, típico de los llamados «*mercados internos de trabajo*», aunque más abiertos y flexibles que en el pasado, será mejor fomentar la libre negociación de los sujetos de la relación laboral que su barrenado.

La experiencia demuestra que la identificación de los trabajadores con los objetivos de la organización empresarial, como condición o presupuesto de su continuidad en condiciones de competitividad y por tanto como agente creador de empleo, se facilita cuando la lealtad y la garantía del «orgullo en el trabajo» están presentes en el modo de gestión de la empresa, por encima de la exhibición de autoridad empresarial. El modelo de empresa flexible a que se aspira desde los diferentes discursos poderosos, esto es, de quienes tienen poder real –político y económico–, no es una mera función científico-técnica de producción, sino una estructura de gobierno alternativa al mero proceso de mercado –libre intercambio bajo el sistema de precios del trabajo–. Por eso, la función de dirección basada en la autonomía colectiva sigue siendo instrumento poderoso para facilitar la cooperación leal entre sujetos de la relación, reducir el creciente riesgo de conductas oportunistas al calor de los vientos liberales que corren y aumentar, por lo tanto, la eficiencia organizativa. En su dilema de romper o continuar con las relaciones de trabajo, en su totalidad o parcialmente, para mantenerse activa la empresa en el mercado, la dirección debe buscar aquellas transacciones que faciliten la flexibilidad pero evitando el mero oportunismo económico de maximizar beneficios aprovechando la coyuntura crítica y las facilidades legales.

Los datos cuantitativos y cualitativos disponibles demuestran que las estrategias de las empresas a la hora de comprender y aplicar la regulación para perseguir sus fines e intereses influyen tanto, o probablemente más, que el marco normativo-institucional y sus cambios en el funcionamiento competitivo del mercado de trabajo y de su sistema de relaciones laborales<sup>25</sup>. Por eso,

<sup>25</sup> Los datos empíricos muestran la importancia tanto de «actitudes de liderazgo empresarial» orientado a la innovación y a la participación, así como de la «actitud cooperativa» de los sindicatos. *Vid.* LASIERRA ESTEBAN, J.: *Mercado de Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 322.

tanto la reacción de los empresarios a tales cambios como las prácticas de las instituciones implicadas pueden convertir una oportunidad de modernización en una amenaza de regresión, mutando la cadena de valor virtuosa en otra «cadena de errores» viciosa, en términos de deslealtad e ineficiencia. En un mercado como el nuestro tan desequilibrado, ni el rediseño de los textos normativos debe facilitar, como ahora está sucediendo con excesiva frecuencia, el traslado tanto de los costes de producción como sobre todo de los de transacción a la parte más débil, a través del favorecimiento de comportamientos oportunistas, ni las prácticas aplicativas de los mismos deben resistirse a renovarse a partir de los nuevos elementos fijados en aquellos para mantener la capacidad de los sujetos de tejer, destejer y retejer en cada momento los sistemas de empleo acordes a las nuevas circunstancias competitivas, técnicas y sociales.

En este sentido, los imperativos de flexibilidad, y su corolario de más libertad para la decisión –de autogobierno–, deben acompañarse de los relativos a la igual aplicación a todos los que compiten en un mismo mercado de las normas. Precisamente, esta es la función básica de los convenios colectivos de sector, sobre todo cuando queda conformado, como sucede la mayor parte de las veces, por empresas de dimensión muy reducida. Por eso, la modernización auspiciada por el legislador para las relaciones laborales, según expresa en la Exposición de Motivos, no va a venir nunca, si quiere ser creíble, de la mano de propiciar comportamientos oportunistas. Ni de una parte, la que tiene más poder –la empresa–, y por tanto más posibilidades –y tentaciones– de llevarlos a cabo, ni de la otra, la que tiene menos poder –propiciando, por ejemplo, decisiones de resistencia numantinas o bloqueos indebidos de los cambios–, sino de la mejora de la calidad, evitando la secuencia viciosa, hoy tan extendida en nuestro sistema, de «competir en costes-malos empleos-baja inversión empresarial-descapitalización».

El oportunismo de gestión se está comprobando claramente en estos días con la extraña situación generada por la continuidad del Acuerdo de Negociación Colectiva y Empleo de febrero de 2012 pese a la reforma laboral. El Acuerdo pretendió establecer un «justo y eficiente» equilibrio de posiciones, asumiendo la moderación salarial a cambio de pactar la flexibilidad interna, que también aceptan de plano. Sin embargo, con la reforma laboral, los empresarios han aprovechado ese compromiso para fijar una subida salarial muy por debajo de la inflación –decremento de salarios reales–, con lo que el Acuerdo ha sido todo un éxito, pero no han «cumplido» la parte del trato de negociar la flexibilidad interna, por cuanto lo que en el acuerdo se establecía lo tienen, y ampliado, en la Ley. De ese modo, se pierde el «estímulo» para las soluciones negociadas. La presión social y mediática, no entendería que los sindicatos denunciaran el Acuerdo, pese a que les deja en una situación de desventaja –la Ley ha reducido los costes de producción y también los de transacción–, por lo que se hallan en terreno de nadie, pues ni pueden renunciar a la moderación salarial mientras esté en vigor el Acuerdo ni tienen poder suficiente para generalizar la gestión negociada de la flexibilidad, por lo que se comenta.

Pero, aunque pueda parecer lo contrario, tampoco procederá la ansiada nueva modernización de las relaciones laborales «espada» de una exaltación del papel de la «autoridad» en la toma de decisiones: ni de la «Ley» para configurar el marco en el que pueden moverse –ahora muy dirigido o intervenido en una dirección concreta, la de gestión productivista, primando el

escenario regulador de la empresa sobre el de sector, y a través de negociaciones informales más que estructuradas–, ni del «empresario» para afrontar los indudables retos que la incertidumbre, complejidad y globalización plantea para los sujetos competitivos, ni del «poder público» para resolver las disputas entre las partes al margen de las formas autónomas de composición de conflictos. Una vez más, y en suma, el Derecho Laboral, que es bastante más que, y distinto de, la Ley, no es reflejo solo del arsenal legislativo sino resultante del conjunto de reglas y prácticas articuladas a través de todos los sujetos que están concernidos en el sistema de relaciones de trabajo en general, y en el de cada empresa en particular<sup>26</sup>.

Desde esta perspectiva más realista, al «*Derecho implícito*» asentado en los «principios jurídicos» –dimensión deontológica o «ideal de justicia» (transaccional o social)–, y en la experiencia social y cultural –la dimensión empírica: usos, prácticas, actitudes de la comunidad, en definitiva, en la «cultura jurídica-laboral»–, que permiten una integración, incluso corrección parcial, de los textos legislativos, como vemos está sucediendo con creciente frecuencia en la aplicación-reescritura judicial de la reforma, debe sumarse el «*Derecho explícito*» derivado de los Convenios Colectivos. La «textura abierta» (según el gran jurista del positivismo moderno HART) de este tipo de normas –ej.: art. 82.3 ET–, o la indeterminación elevada de sus presupuestos, dejaría un campo muy amplio a los sujetos negociadores, cuyo poder normativo es originario –es decir, deriva directamente de la Constitución–, por lo que no puede vaciarlo la Ley –STCO 58/1985 (NSJ000012)–, para descomponer y recomponer los equilibrios más coherentes con la equidad reguladora y de gestión de las condiciones de trabajo como presupuesto de la eficiencia económica y organizativa de la empresa.

Un claro ejemplo de ello es, por no quedarnos solo en el planteamiento teórico, la innovadora y transaccional cláusula convencional de inaplicación formulada en los *artículos 14-17 del V Convenio Colectivo General de la Construcción* –BOE 18 de marzo de 2012–, publicado tras un proceso realmente tormentoso por la férrea resistencia del Ministerio de Empleo a su publicación, reeditando en cierto modo, sin reconocerlo, claro, la vieja práctica «autoritaria» de la «homologación de convenios». En ella, si en aras de la flexibilidad y eficiencia organizativas se desliga la causa económica de una situación económica negativa en sentido estricto, ligándose a la caída de los «resultados de explotación» por debajo de un determinado umbral respecto al pasado inmediato, en aras de la equidad se condiciona su funcionamiento a compromisos de estabilidad en el empleo. Al tiempo que, para evitar bloqueos ante la existencia de los desacuerdos que pudieran plantearse en la inaplicación, se prevé expresamente acudir a una instancia tercera

<sup>26</sup> Para destacar esta dimensión del Derecho como práctica social, una visión más «noble» que la derivada de su identificación con los «textos legislativos», es obligado recordar a DWORKIN, como acto debido por su relevancia como jurista y por la oportunidad de recordarlo ahora que acaba de fallecer. *Vid. Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, pág. 464 y *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing, 2000. En una línea «empírica» análoga, crítica con el positivismo jurídico moderno, FULLER, L. L.: *Anatomía del Derecho*, Editorial Arte, 1969, págs. 113 y ss. donde descubre la centralidad del llamado «Derecho implícito» y su tesis sobre la «determinación ex post» del Derecho.

–arbitraje obligatorio pero en el marco de los sistemas propios de resolución de conflictos–, para que decida la solución final. Pero este análisis es ya otra historia que merecerá la pena contar.

Finalmente, tanto las instituciones público-administrativas concernidas en todos los nuevos procedimientos de adaptación de las relaciones a las circunstancias, con especial referencia a los de inaplicación de convenios colectivos, pero no solo, cuanto la autoridad judicial deberán estar a la altura de los tiempos y saber integrar, de una forma más coherente que el propio legislador, los valores sociales clásicos, con los de tipo económico, tan arraigados en la norma laboral como aquellos. Junto a la idea de los derechos, y desde luego la protección de los intereses legítimos, inherentes a todo Estado Constitucional de Derecho, el enfoque de la racionalidad de los efectos tanto de las normas como de las prácticas aplicativas debería tener una mayor presencia, dando cabida también en el juicio jurídico al análisis de los costes económicos. Si bien este parámetro viene resultando especialmente refractario al jurista, su ponderación, así como sus mecanismos de asignación, debe integrarse en el juicio jurídico, pues el análisis de eficiencia de las normas y también de sus prácticas forma parte de la función, estructura y contenido de las normas laborales. Por supuesto, no para primar esta dimensión por encima de la social, pues eso invertiría, como tiende a hacer la ley de reforma, el orden de los valores constitucionalmente establecido, pero sí para asegurar que la norma laboral, y sus aplicadores, mantienen esa función transaccional, que está, y no lo puede evitar, en su «código genético» desde siempre, aunque con diversas denominaciones, entre justicia social y eficiencia (rendimiento, productividad, competitividad)<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Para un análisis clásico de esta dimensión transaccional, mucho más realista y articulada, que la idealista –la norma laboral como función protectora del trabajador– y la economicista –la norma laboral como puro instrumento al servicio del rendimiento de la mano de obra–, vid. AA. VV.: *Le Droit capitaliste du Travail*, Grenoble, 1980. Más recientemente JEAMMAUD, A.: «El derecho laboral en la salvaguardia de la dominación capitalista». En MAILLE *et al.* *La crítica jurídica en Francia*, México: Ediciones Coyoacán, 2008. Para esta dimensión ambivalente por la influencia del modelo anglosajón, vid. OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, 2010, pág. 19: «... la teoría que hoy estimo prevalente en nuestros lares a la vista de los resultados...: la regulación del trabajo... debe perseguir no uno, sino dos objetivos igualmente importantes, que son la equidad y la eficiencia».