

FLEXIBILIDAD INTERNA E INSEGURIDAD JURÍDICA: DISFUNCIONES DEL RÉGIMEN LEGAL QUE DESINCENTIVAN EL USO DE ESTA HERRAMIENTA

Carolina San Martín Mazzucconi

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Rey Juan Carlos

EXTRACTO

Identificación y análisis de algunos de los problemas interpretativos y disfunciones aplicativas que presenta la actual configuración legal de las figuras de flexibilidad interna, y que, por generar situaciones de inseguridad jurídica, dificultan que este tipo de herramientas puedan desempeñar adecuadamente el papel encomendado por el legislador, como gran salvavidas del empleo.

Palabras claves: flexibilidad interna, clasificación profesional, modificación de las condiciones de trabajo e inaplicación del convenio colectivo.

Fecha de entrada: 12-03-2013 / Fecha de aceptación: 07-05-2013

INTERNAL FLEXIBILITY AND JURIDICAL UNCERTAINTY: DYSFUNCTIONAL LEGAL SYSTEM THAT DISCOURAGES THE USE OF THIS TOOL

Carolina San Martín Mazzucconi

ABSTRACT

Identification and analysis of some of the interpretative problems and applicative dysfunctions presented by the current legal configuration of the internal flexibility figures, which, for generating juridical uncertainty, impede that this type of tools could properly carry out the role entrusted by the legislature, as a great lifeguard of the employment.

Keywords: internal flexibility, professional classification, modification of labour conditions and not implementation of a collective agreement.

Sumario

1. Contextualización
2. Clasificación y encuadramiento profesional
3. Movilidad funcional
4. Movilidad geográfica
5. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
6. Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo (descuelgue)
7. Conclusión

NOTA: Comunicación presentada a la Ponencia sobre «Los diversos instrumentos de alteraciones de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas», *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social*, 2013.

1. CONTEXTUALIZACIÓN

Constituye un dato incontestable de la actual realidad histórica que la revisión por el legislador de las instituciones del Derecho del Trabajo se produce cada vez que una crisis económica hace que volvamos los ojos a este sector del ordenamiento jurídico, achacándole una rigidez presuntamente culpable de la crisis, y en especial, aunque no solo, la rigidez de las instituciones que permiten la maleabilidad del contrato de trabajo. Así, fue en 1994 cuando desapareció la autorización administrativa de la modificación de condiciones de trabajo y se abrió la puerta a que por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET) se modificaran condiciones pactadas en convenio estatutario, y así fue, nuevamente, en 2010 y 2011, ofreciendo vías para que la ausencia de representantes de los trabajadores no impidiera la modificación de condiciones y facilitando los mecanismos de descuelgue salarial. Y así ha sido, otra vez, con la reforma de 2012, que ha reordenado y facilitado los procedimientos para la modificación de condiciones laborales. Esta evolución ha sido también la de la progresiva descausalización material de estas figuras.

Sin embargo, aunque en la publicitación de estas reformas por los sucesivos Gobiernos siempre se dijo que la promoción de la flexibilidad interna –definible como la capacidad empresarial de introducir cambios en las condiciones laborales y la organización del trabajo– se hacía con el objetivo de evitar la flexibilidad de salida –la facilitación de la extinción contractual–, con la reforma de 2012 es la primera vez que esto, más allá de las Exposiciones de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se contempla expresamente en el cuerpo de sendas normas. Bien que no en los preceptos que regulan las figuras en juego, pero sí en la rúbrica del capítulo dedicado a la flexibilidad interna, calificando sus medidas como «alternativas a la destrucción de empleo». Esta designación sin duda debe ser tenida en cuenta en el control judicial de los despidos, reforzando la idea de que sigue siendo ponderable la razonabilidad de la medida, aunque sin llegar al extremo de suplantar la labor de las mesas negociadoras en los periodos de consulta.

De todas formas, habría sido mucho más contundente la voluntad del legislador si en vez de hablar de medidas alternativas las hubiera calificado de medidas preferentes, porque al fin y al cabo la alternatividad puede perfectamente darse en un mismo plano.

Con esta apuesta normativa como punto de partida, en el presente estudio quiere dejarse constancia de algunos de los problemas interpretativos y disfunciones aplicativas que presenta la actual configuración legal de las figuras de flexibilidad interna, centrándonos exclusivamente en el encuadramiento y movilidad funcional, la movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y el procedimiento de inaplicación de condiciones contenidas

en convenios colectivos estatutarios. Y ello desde una perspectiva muy especial: no se trata de analizar todos los cambios operados en 2012 en estas instituciones, sino de identificar aquellos que generan situaciones de inseguridad jurídica –algunos arrastrados desde la reforma de 2010–¹, en la medida en que dificultan que este tipo de herramientas puedan desempeñar adecuadamente el papel encomendado por el legislador, como gran salvavidas del empleo, reduciéndolo a medidas de acompañamiento en un panorama donde el protagonismo sigue teniendo el despido.

2. CLASIFICACIÓN Y ENCUADRAMIENTO PROFESIONAL

La reforma de 2012 ha eliminado la noción de categoría profesional del artículo 22 del ET, en la idea de simplificar la configuración legal de la clasificación profesional y facilitar, así, la movilidad dentro del grupo. Realmente, esto podía hacerse ya a través de la negociación colectiva, de modo que el cambio no está tanto en las categorías en juego, sino en las fuentes del Derecho que adoptan la decisión: deja de ser la negociación colectiva y pasa a ser la Ley la que decide.

Sin embargo, el panorama, lejos de despejarse, presenta los siguientes problemas:

La eliminación de la categoría profesional se ha operado solo en los artículos 22 y 39 del ET, pero sigue habiendo referencias a la misma, por ejemplo, en la regulación del contrato en prácticas, que alude a «grupos, niveles o categorías profesionales», en la regulación del contrato a tiempo parcial, en la prohibición de discriminación del artículo 17 del ET, en la movilidad geográfica de víctimas de violencia de género o de víctimas de terrorismo –que, por cierto, fue modificada por la Ley 3/2012, manteniéndose, incoherentemente, esta referencia–, en la regulación de las excedencias por razones familiares y en las voluntarias, y en el proceso especial en materia de clasificación profesional², entre otras disposiciones³. Tenemos aquí una primera duda. ¿Todas estas referencias han de entenderse tácitamente derogadas? La Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 alude al grupo como «única referencia» del sistema de clasificación profesional, pero no está en absoluto claro que quepa colegir, sin más, que la supresión de la categoría profesional en los artículos 22 y 39 del ET constituya una suerte de veto a la misma. Lo que estos preceptos mandatan es que el marco de referencia ha de ser el grupo profesional, pero ello no presupone la imposibilidad de estructurar internamente esos grupos a través de subdivisiones funcionales, que bien podrían seguir siendo las categorías profesionales.

¹ Ley 35/2012, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

² Llama la atención sobre ello ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: «El grupo profesional como presupuesto de flexibilidad interna», *Aranzadi Social*, núm. 3/2012, Westlaw BIB 2012/987, pág. 8.

³ MARTÍNEZ GIRÓN, J. cita los artículos 104 y 107 de la LRJS y 32.2, 110.1 y 115.2 c) de la LGSS. El autor habla de «falta de ejemplaridad» del legislador, que pretende que los convenios se adapten a la supresión de las categorías profesionales y él mismo no lo ha hecho («Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, págs. 130 y ss.).

Sobre la base de este mismo razonamiento, aunque los «niveles» también han sido destruidos del artículo 22 del ET, no parece que se haya cerrado la puerta a su contemplación en la negociación colectiva. Piénsese, por ejemplo, en un convenio que uniera nivel retributivo a responsabilidad; siendo esta última una noción que el legislador de 2012 ha introducido expresamente como contenido de los grupos profesionales, no cabe duda de que los niveles podrían mantenerse.

En cualquier caso, el legislador ha hecho un movimiento sin precisar su alcance, lo que puede ocasionar problemas aplicativos e inseguridad jurídica. Entre otros motivos porque, como veremos, ya no contamos con una definición de lo que deba entenderse por grupo profesional, más allá de la voluntad de que tenga un contenido funcional amplio.

En efecto, con la desaparición de la noción de categorías equivalentes, que era la que daba homogeneidad a los grupos profesionales, ahora ya no hay elementos de unión entre las diversas funciones, por lo que sería posible que se establecieran grupos con funciones heterogéneas. La dimensión práctica de este problema se observa en toda su magnitud cuando se piensa que la Ley admite la posibilidad de encomendar al trabajador una o todas las funciones de un grupo.

Esto puede llegar a poner en jaque la propia validez del contrato. Recuérdese que uno de sus elementos esenciales es el carácter determinado o determinable de la prestación laboral, y cabría plantearse si ello no quedaría minado en caso de encuadrar al trabajador en un grupo de configuración amplia y heterogénea⁴.

Por otro lado, también plantea problemas el que otros preceptos, como por ejemplo el artículo 40.3 bis del ET, sigan aludiendo a categorías profesionales equivalentes, cuando ya el legislador no define lo que es una categoría profesional y mucho menos cuándo una es equivalente a otra. Y aquí, sin ninguna duda, no es posible entender que esta referencia está tácitamente derogada, salvo que lo acompañemos de una contundente crítica a la técnica jurídica del legislador, porque se trata de un precepto modificado por la Ley 3/2012; es decir, revisado con posterioridad a la supresión de las categorías profesionales por el Real Decreto-Ley 3/2012.

También la regulación actual de la polivalencia funcional en el artículo 22.4 del ET despierta algún interrogante, como, por ejemplo, si el encuadramiento profesional del trabajador ha de vincularse a las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo, ¿cuál debe ser el marco temporal de referencia?, ¿mayor tiempo al día, a la semana, al mes, al año, durante toda la vida del contrato? Dado que el legislador de 2012 dio el paso, positivo, de clarificar la anterior alusión a las funciones prevalentes, no habría estado de más que completara la iluminación del precepto,

⁴ En este sentido se expresa VALLE MUÑOZ, F. A. cuando afirma que «no debemos olvidar que el hecho de que la prestación laboral que haya de desempeñar un trabajador se identifique con todo un grupo profesional, puede llevar aparejado un problema tan obvio como es que el propio objeto del contrato de trabajo sea, por su amplitud, excesivamente indeterminado» («La incidencia de las recientes reformas procesales y sustantivas en el proceso de clasificación profesional», comunicación presentada a las *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, 2012, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2012/>, pág. 3).

pues el silencio normativo sigue dejando al acuerdo de las partes la identificación de este marco de referencia, lo que podría dar lugar a soluciones desproporcionadas⁵.

Una cuestión mal resuelta por el legislador es la contenida en la disposición adicional novena de la Ley 3/2012, sobre adaptación de los convenios colectivos al nuevo sistema de clasificación profesional. Se da a estos efectos el plazo de un año (es decir, antes del 8 de julio de 2013), planteándose serias dudas sobre qué significa adaptarse y qué sucederá con los convenios que no lo hagan. ¿Valdría un mero cambio terminológico, en la nomenclatura de los elementos clasificatorios, de tal modo que a lo que antes se llamaba categoría profesional pase a llamarse grupo profesional⁶? Si es así, ¿tenía sentido operar una reforma legal para acabar en un mero cambio de denominación?

En cualquier caso, es evidente que cuando este plazo haya transcurrido, habrá muchísimos convenios que no habrán llevado a cabo la adaptación, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque no es tan sencillo, dado que implica reabrir el proceso negociador con las dificultades, e incluso riesgos, que ello conlleva. En segundo lugar, por la natural resistencia que la negociación colectiva viene demostrando a los cambios impuestos por el legislador que entran de lleno en su contenido. Y, en tercer lugar, porque no se prevé sanción alguna en caso de incumplimiento.

En efecto, la Ley no resuelve qué consecuencias tendrá el que no se produzca la adaptación convencional en plazo. Desde luego, no cabe entender que devendrán nulas las disposiciones concretas, porque para ello haría falta que fueran impugnadas y así se declararan judicialmente. Y, en cualquier caso, de tal modo no se crea una nueva clasificación profesional adaptada al artículo 22 del ET, por lo que no es una solución si el convenio no contemplaba ya los grupos, además de las categorías declaradas nulas.

Prueba del problema generado y no resuelto por la citada disposición adicional, es la división de la doctrina laboralista en torno a este tema. Por citar solo algunas de las posiciones más sugerentes, hay quien afirma que la falta de adaptación de los convenios no impedirá que la movilidad funcional despliegue plenamente sus efectos⁷. Sin embargo, cuesta pensar en cómo se articulará la movilidad en torno a un grupo que no existe, si el convenio solo contempla categorías profesionales. Ello solo sería posible acudiendo a la derogada concepción de las categorías equivalentes para entender conformados ficticiamente los grupos, pero tampoco parece un camino fácil de

⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. afirman que: «la preponderancia que resulta de la aplicación del último inciso del artículo 22.4 del ET atiende a un criterio lógico y racional que probablemente sea difícil de concretar en la práctica, más aún en un escenario de movilidad sin causa como el que dibuja el artículo 22.1 del ET, lo cual supone admitir que nos encontramos ante una materia abonada a la litigiosidad» [*Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio)*, 2.ª ed., Civitas, 2012, pág. 213].

⁶ Así lo sugiere ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: «El grupo profesional como presupuesto de flexibilidad interna», *Aranzadi Social*, núm. 3/2012, Westlaw BIB 2012/987, pág. 17.

⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dirs.), Lex Nova, 2012, pág. 269.

transitar, no solo por la derogación citada, sino por la amplísima formulación que el legislador de 2012 ha dado a los grupos profesionales, que no tienen por qué comprender funciones equivalentes. Por otro lado, hay quien sostiene que corresponderá al juez integrar esa laguna, acudiendo bien a un convenio de ámbito superior vigente, si lo hubiere, que sea aplicable y contenga la ordenación por grupos, bien, en su defecto, al artículo 9 del acuerdo interconfederal de Cobertura de Vacíos de 1997⁸. No obstante, téngase presente que el citado Acuerdo Interconfederal entró en vigor el 1 de enero de 1998 con una vigencia de cinco años (art. 4), por lo que resulta dudoso que pudiera ser de aplicación hoy. También hay quienes defienden que el artículo 22 del ET adopta la estructura de una norma básica, y por tanto la inobservancia del mandato por los convenios colectivos no debería tener ninguna consecuencia jurídica, no cabiendo una automática derogación del sistema de clasificación profesional contenido en el convenio. En consecuencia, según esta tesis, los sistemas de clasificación profesional basados en categorías profesionales seguirán aplicándose en plenitud, hasta que los mismos sean revisados por el convenio posterior⁹. Esta posición neutraliza completamente el mandato legal, negando todo su contenido, y choca con la razonable consideración de que algún valor hay que darle a una disposición expresamente introducida por el legislador en el cuerpo normativo. Finalmente, en la misma línea, hay quien mantiene que las categorías profesionales establecidas en convenios no adaptados seguirán siendo aplicables hasta que el instrumento convencional se revise, si bien, evidentemente, no será posible ya establecer categorías en nuevos convenios¹⁰.

El problema se agrava porque no está resuelto qué sucederá en estos casos con el encuadramiento profesional de los trabajadores contratados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, y adscritos a una concreta categoría. De suprimirse esa categoría, parece que pasarían a estar adscritos al grupo (si es que existe, lo que exige solucionar primero el problema anterior), pero no puede ser un pase automático, porque la adscripción al grupo puede ser para realizar todas las funciones o solo alguna (nuevo art. 22.4 ET), y esa precisión requiere acuerdo no ya en la negociación colectiva sino entre trabajador y empresario. ¿Quiere esto decir que habría que ir trabajador por trabajador repactando el contenido de la prestación? Estrictamente, parece que sí. Sin embargo, podría pensarse en una solución colectiva, estableciéndose en convenio que, salvo pacto en contrario, se entenderá que los trabajadores mantienen estrictamente las mismas funciones que venían desempeñando con anterioridad. Lo que ocurre es que esta solución, al ser general, puede dar problemas a la hora de examinar su aplicación casuística.

⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: «De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, estatuto del trabajo subordinado», *RTSS. CEF*, núm. 348, 2012, pág. 61.

⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Flexibilidad interna en la Ley 3/2012», *Relaciones Laborales*, núm. 15-18, 2012, La Ley 16717/2012, pág. 2. Exactamente el mismo razonamiento puede verse en CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La nueva reforma laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, La Ley 2639/2012, pág. 21.

¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012», *Diario La Ley*, núm. 7833, 2012, La Ley 3157/2012, pág. 4.

3. MOVILIDAD FUNCIONAL

Con la reforma de 2012, el artículo 39 del ET ha experimentado un cambio importante; tanto que, aunque la generalidad de la doctrina laboralista sigue viendo en él la tradicional distinción entre movilidad ordinaria y extraordinaria, que estaba clara en la redacción previa, ahora el cambio de funciones dentro de un mismo grupo profesional ya no está expresamente contemplado.

En efecto, el antiguo apartado primero del artículo 39 del ET rezaba lo siguiente: «La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y *por la pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes*». No había duda, pues, de que este apartado aludía a la movilidad ordinaria.

El nuevo apartado primero pierde todas las referencias al grupo profesional como límite o marco para la movilidad funcional, pasando a tener la siguiente redacción: «La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador».

No hay en todo el artículo 39 alusión alguna a la movilidad dentro del grupo profesional; sí, en cambio, a la movilidad extraordinaria. ¿Este silencio puede interpretarse como la supresión de la movilidad funcional ordinaria? No sería descabellado pensar así, si se atiende a que el artículo 22.4 del ET ha pasado a precisar que al trabajador se le pueden asignar alguna o todas las funciones comprendidas en un grupo, de modo que la tradicional movilidad ordinaria podría haber quedado subsumida en una concepción amplia del encuadramiento profesional. En otras palabras, no haría falta cambiar las funciones del trabajador dentro del grupo, porque desde el inicio le corresponderían todas ellas. Pero esto choca con dos consideraciones:

La primera es que al trabajador a quien se encomendara solo alguna tarea del grupo, únicamente podría verla alterada vía artículo 39.4 del ET, que remite al acuerdo individual o colectivo o al artículo 41 del ET, lo que resulta absurdo teniendo en cuenta que la movilidad funcional extraordinaria, por definición más intensa que la ordinaria, sigue residiendo en el artículo 39 del ET, menos rigorista que el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

La segunda es que la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012 y luego de la Ley 3/2012 afirma que desaparecen las categorías profesionales para quitar rigidez a la movilidad ordinaria, de modo que esta, por fuerza, sigue existiendo... aunque no quede del todo claro dónde está.

Asumiendo, pues, que la movilidad funcional no puede haber desaparecido, ¿hay que entender entonces que todas las reglas del artículo 39 del ET, en las que no se precise que operan exclusivamente para la movilidad fuera del grupo profesional, están pensando en la movilidad ordinaria? A esta conclusión coadyuva que el apartado segundo, en el que se alude a la movilidad

extraordinaria, introduzca exigencias que operan «además» de los límites dispuestos en el apartado primero. Desde este punto de vista, el apartado primero, aunque no menciona la movilidad dentro del grupo, le sería de aplicación, y es así que algunos autores le confieren esta ubicación tácita¹¹.

Probablemente tal ha sido la intención del legislador de 2012, pero creo que estamos cayendo todos, nosotros y él, en la inercia interpretativa. Guardamos en la «retina» de nuestro conocimiento la idea de que la movilidad funcional puede operar dentro o fuera del grupo profesional, y que el artículo 39 del ET contempla ambas. Es solo mediante este pre-judicio que puede interpretarse que allí donde no se alude expresamente a la movilidad fuera del grupo, se está incluyendo, tácitamente, a la intragrupal.

Sin embargo, la lectura neutra del precepto, sin premisas sobre lo que contenía y debería contener, podría llevar a otra conclusión. ¿Por qué no entender que el apartado primero del precepto está contemplando límites que operan, justamente, sobre la movilidad funcional que el propio artículo regula? Y lo cierto es que la única movilidad funcional que menciona es la extraordinaria. Téngase en cuenta que último apartado del artículo 39 del ET reconoce que existe una movilidad funcional distinta de la que él mismo regula, de modo que parece razonable pedirle que nos indique expresamente cuál es esta última.

Como vía de solución a este panorama normativo que lleva al absurdo, cabría pensar que la movilidad ordinaria realmente es una modificación no sustancial de las funciones, y entonces forma parte del poder de dirección¹² y como tal no tiene más límites que los generales de respeto a los derechos de los trabajadores. Desde este punto de vista, incluso considerándola desterrada del artículo 39, seguiría residiendo en el artículo 5 c) del ET. Pero lo cierto es que, tras la reforma del artículo 22 del ET, no siempre el cambio de funciones dentro de un mismo grupo profesional será accesorio. Piénsese que, como antes se expuso, se ha eliminado la necesaria homogeneidad de los grupos, de modo que sería posible que una alteración de funciones intragrupal fuera sustancial, en cuyo caso no quedaría más remedio, según esta tesis, que acudir a los artículos 39.4 y 41 del ET, con el ilógico resultado ya mencionado.

Y esto nos lleva a la siguiente idea: si la modificación funcional dentro de un grupo puede ser sustancial, ¿de verdad es posible entenderla tácitamente admitida y regulada en un precepto legal que no la menciona? Estamos ante el ejercicio extraordinario del *ius variandi*, a través del cual se impone al trabajador un cambio en aquello que se pactó con él inicialmente; qué menos que pedirle al legislador que lo contemple de modo expreso, sin que su viabilidad dependa de la inercia interpretativa anclada en un «además».

¹¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna...», ob. cit., pág. 269.

¹² Lo sugiere VICENTE PALACIO, A.: «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012, pág. 282.

Por otra parte, resulta irresistible la tentación de subrayar la pérdida de una oportunidad para clarificar qué significa «funciones inferiores» a efectos de mantener la retribución de origen. Cabe defender que con la reforma de 2012 hay elementos que permiten defender con más contundencia que antes que las funciones inferiores son las propias de un grupo profesional inferior (y no las que pudieran corresponder a divisiones funcionales sometidas jerárquicamente a otras dentro de un mismo grupo): que en el apartado segundo del artículo 39 del ET, cuando se alude a funciones inferiores y superiores siempre son de grupos inferiores y superiores, y, volviendo al argumento de partida, que en este artículo lo único que ahora se regula es la movilidad extraordinaria, de modo que esas funciones tienen que ser por fuerza de grupo distinto.

4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

Con independencia de la valoración que merezcan los cambios operados en esta figura por la reforma de 2012, es un hecho que se ha dejado pasar la oportunidad, una vez más¹³, de clarificar el ámbito de aplicación del precepto, que es, justamente, una de las razones de que se infrutilice por las empresas. No se sabe, a ciencia cierta, cuándo un cambio de lugar de trabajo implica cambio de residencia. Nos estamos moviendo con criterios exclusivamente judiciales¹⁴ y era el momento de asumirlos o corregirlos. Parece que una buena opción habría sido adoptar la fórmula de algunos convenios que establecen una distancia a partir de la cual se entiende que el cambio de lugar de trabajo supone cambiar de residencia, dejando siempre a la negociación colectiva la posibilidad de modalizar este criterio para adaptarlo a las particularidades de las empresas de su ámbito.

El legislador de 2012 se ha centrado en profundizar en la descausalización de la movilidad geográfica, que viene acompañada de una buena dosis de inseguridad jurídica: se han definido las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, pero acudiendo a más conceptos jurídicos indeterminados y a veces incluso con tautología, y se ha mantenido la equívoca referencia a las contrataciones referidas a la actividad empresarial. ¿Qué no está relacionado con la organización del trabajo, con la competitividad o productividad¹⁵?

¹³ Ya llamamos la atención sobre ello en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación de condiciones de trabajo», en *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (SEMPERE NAVARRO, A. V., dir.), Aranzadi, 2010, pág. 411; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La reforma de los arts. 40 y 41 del ET», en *Comentario a la Reforma Laboral de 2010* (MONTROYA MELGAR, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F., dirs.), Civitas, 2011.

¹⁴ Un estudio sobre los mismos en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «El cambio de residencia en la movilidad geográfica», *Revista Aranzadi Social*, núm. 17, 2010.

¹⁵ En la línea de este razonamiento, SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. afirman que se relaja la carga de la prueba, pues «la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa», *Claves de la Reforma Laboral de 2012...*, ob. cit., pág. 215.

Se han eliminado los criterios de concurrencia, que aludían a la mejora de la situación de la empresa, de modo que ya ni siquiera haría falta que la situación mejorara en absoluto gracias a la adopción de medidas de movilidad geográfica. Sin embargo, la razonabilidad debe seguir estando presente por mucho que el legislador se empeñe en silenciar su presencia expresa. Es más, el artículo 40 del ET debe ponerse en relación con el artículo 138.7 de la LRJS, que exige que la empresa acredite las razones que invoca «respecto de los trabajadores afectados», lo que introduce una conexión de funcionalidad entre la medida y sus efectos sobre los concretos contratos de trabajo, que el precepto sustantivo omite. Y también, en caso de empresas concursadas, el artículo 64 de la Ley 22/2003, Concursal, sigue exigiendo hoy en día, más de un año después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, que la solicitud de traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva exponga y justifique las causas y «los objetivos que se proponen alcanzar con estas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación». Este último es lenguaje claramente superado por la filosofía de la reforma de 2012, pero mientras no se acometa su cambio, es legislación vigente –como razonaremos más adelante– y supone un argumento normativo adicional para ponderar la razonabilidad de la medida.

En esta línea valorativa, la SAN de 28 de mayo de 12, en relación con el artículo 41 del ET, intenta, dentro del margen que la Ley permite, defender una interpretación que no se abandone a la completa descausalización material. Entiende que «la exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012 en la nueva versión del artículo 41 del ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo».

Porque una cosa es que la formulación de las causas sea tan amplia y vaga que apunte a la descausalización material de la figura, y otra distinta que la empresa no tenga que hacer el esfuerzo de acreditar su concurrencia. Todo estará relacionado con la organización del trabajo, la competitividad o la productividad, pero la empresa debe acreditar suficientemente esa relación con datos objetivos, cuantos más mejor, que convencan de que el eficaz funcionamiento de la empresa requiere la modificación.

En relación con lo anterior, al relajarse la causalidad, la tendencia natural ha sido reforzar las exigencias formales, porque es básicamente lo único que queda como garantía para los derechos de los trabajadores frente a facultades exorbitantes del empresario, que el Derecho del Trabajo consagra pero que, como tales, han de ser interpretadas restrictivamente.

En este punto cabe hacer una remisión a los problemas sobre el desarrollo del periodo de consultas que se apuntan en el epígrafe siguiente, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, puesto que resultan proyectables también a la movilidad geográfica.

Igualmente, merecen una reflexión los nuevos supuestos de prioridad de permanencia, que se mencionan, a modo de ejemplo, en el artículo 40.5 del ET, si bien condicionados a su recepción en convenio colectivo o acuerdo alcanzado en periodo de consultas. Lo cierto es que la negociación colectiva no necesitaba esta suerte de habilitación, y son numerosas las cláusulas convencionales que ya contemplaban semejantes añadidos a las prioridades de permanencia tradicionales de los representantes de los trabajadores. Sin embargo, la referencia legal nos permite plantearnos qué sucedería en caso de que el convenio o pacto, siguiendo la invitación legal, contemplara la prioridad de algún colectivo adicional al de los representantes, sin establecer reglas de preferencia entre ambos. Parece que debería seguir dándosele prioridad superior a los representantes porque la misma deriva directamente de la Ley, y en el resto de los casos su fuente es, en realidad, el instrumento colectivo¹⁶. E incluso en supuestos en los que se acordara la prevalencia de otros colectivos frente a los representantes sindicales, dicha cláusula sería nula puesto que la protección de estos últimos deriva de un derecho constitucional fundamental.

La actual configuración del artículo 50.1 a) del ET plantea, igualmente, problemas. Se ha eliminado la posibilidad de solicitar la extinción del contrato por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la dignidad o formación profesional de los trabajadores, de modo que el vigente apartado primero del precepto solo contempla como causa extintiva las modificaciones llevadas a cabo «sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador». ¿Eso deja fuera a la movilidad geográfica? Es una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pero, evidentemente, no se rige por el artículo 41 del ET, sino por el 40 del ET. En el afán de impedir la posibilidad de que una medida perfectamente adoptada, pero que vulnera la dignidad del trabajador, dé lugar a los efectos de un despido indirecto, se ha ocasionado un estrechamiento desmesurado del supuesto contemplado en el artículo 50.1 a) del ET, de modo que ahora nos planteamos lo siguiente: ¿Debe entenderse, por analogía, que un traslado solo daría lugar a la extinción causal si no respeta el artículo 40 del ET? ¿O es que la movilidad geográfica queda reconducida al artículo 50.1 c) del ET? Porque si es esto último, ya estaría comprendiéndose toda medida que vulnere gravemente derechos de los trabajadores, aunque se haya adoptado respetando escrupulosamente el artículo 40 del ET, puesto que el citado apartado c) no pone semejante filtro. ¿Es lógico que exista un tratamiento tan distinto de la extinción causal para dos medidas que, en definitiva, son modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo?

Estas dudas resultan extensibles también a la movilidad funcional extraordinaria, como modificación sustancial de funciones enmarcada en el artículo 39 del ET y, por tanto, fuera del ámbito ahora cerrado del artículo 50.1 a) del ET.

¹⁶ Quizá pudiera deducirse que SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. opinan lo contrario, cuando mantienen que «la incorporación en convenio o acuerdo protege a los sujetos incluidos al mismo nivel que los representantes de los trabajadores, con lo que la exclusividad en la protección de estos desaparece», *Claves de la Reforma Laboral de 2012...*, ob. cit., pág. 216.

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Es bienvenida la clarificación del artículo 41 del ET, históricamente muy enrevesado y que venía arrastrando desde 1994 algunos defectos en su construcción, derivados de la tramitación parlamentaria, que generaban problemas aplicativos. Se ha expulsado del precepto la modificación del convenio colectivo estatutario, que ha pasado en todo caso al artículo 82.3 del ET, lo que sin duda es mucho más lógico. Se han clasificado las modificaciones en individuales y colectivas exclusivamente según el número de trabajadores afectados y no ya dependiendo de la naturaleza de la fuente, asimilándose así, por fin, a la movilidad geográfica (y al despido colectivo).

Sin embargo, también hay que decir que esta voluntad clarificadora genera algunos problemas. Por ejemplo: un acuerdo de empresa puede modificarse ya sin ni siquiera tener que sustanciar un periodo de consultas si el cambio afecta a pocos trabajadores. Asumiendo que estamos ante instrumentos de negociación colectiva de naturaleza contractual, hay quien se cuestiona hasta qué punto no se vulnera de todas formas el derecho a la negociación colectiva no ya por alterar unilateralmente estos pactos¹⁷, sino por poder hacerlo sin ni siquiera intentar llegar a un acuerdo, sin incluir una fase de negociación en ningún momento de la toma de decisión¹⁸.

A esto hay que unir que la impugnación por conflicto colectivo solo se admite en caso de modificaciones colectivas, y que las mismas se identifican ya exclusivamente en función de los umbrales numéricos del precepto. Pues bien, el resultado es que una modificación de un acuerdo de empresa que afecte a un colectivo genérico y homogéneo de trabajadores, sin embargo, no podrá impugnarse por la vía del conflicto colectivo si no supera los límites cuantitativos del artículo 41¹⁹. Por tanto aquí, quizá, podría ponerse sobre la mesa la posible afección del derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos de acceso al procedimiento de conflicto colectivo²⁰.

También conviene llamar la atención sobre un cambio, en principio menor, e incluso clarificador, pero que puede traer problemas interpretativos distintos de aquellos que se han pretendido solucionar: antes de la reforma de 2012, era modificación individual la que afectaba a «condiciones

¹⁷ Es ciertamente rotundo MARTÍNEZ GIRÓN, J. cuando afirma que ahora los convenios extraestatutarios «quedarían recondicionados a meros *pacta que no sunt servanda*; y ello, con violación flagrante de la garantía de la fuerza vinculante de los convenios ex apartado 1 del artículo 37 de la Constitución, que reiteradamente ha sido declarada aplicable por el Tribunal Constitucional a los convenios extraestatutarios», («Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, pág. 136).

¹⁸ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «La adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades productivas de la empresa tras las sucesivas reformas laborales (2010-2012)», comunicación presentada a las *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, 2012, pág. 7, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/>

¹⁹ Es decir, sí afecta a lo que RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. denomina «colectivos menores» («Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012», *Diario La Ley*, núm. 7833, 2012, La Ley 3157/2012, pág. 6).

²⁰ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «La adaptación de la jornada de trabajo...», ob. cit., págs. 12 y 13.

disfrutadas a título individual», lo que incluía, lógicamente, tanto aquellas plasmadas en un contrato de trabajo como las condiciones más beneficiosas individuales. Actualmente esta referencia se ha sustituido por «las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo», lo que podría hacer pensar que solo las expresamente allí contempladas pueden modificarse. Para rebatir esta afirmación basta con recordar que las condiciones más beneficiosas se incorporan tácitamente al contrato de trabajo, pero desde luego con la redacción anterior, más abierta, quedaba más claro.

Ahora bien, sin minusvalorar el esfuerzo clarificador acometido respecto de este precepto, lo cierto es que uno de sus principales problemas es el mismo que se predica de la movilidad geográfica: no está claro cuál es su ámbito de aplicación, y eso sigue sin abordarse²¹. No se ignora y comprende el argumento de que se trata de un tema que el legislador no puede clarificar con carácter general: es un hecho que el mismo cambio de condiciones puede revestir o no sustancialidad. Pero las leyes son normas genéricas, que huyen del caso concreto y tejen soluciones de carácter general. Por ejemplo, podría haberse fijado un límite cuantitativo para las modificaciones de condiciones que lo admiten, y un límite temporal para el resto por encima del cual toda modificación debería tramitarse por la vía del artículo 41 del ET. Además, sería necesario requerir de la negociación colectiva un protagonismo mucho mayor para ajustarse al casuismo, implicándola decididamente en la definición del ámbito de aplicación de la norma. Un primer paso en este sentido sería, por ejemplo, algo similar a lo que ocurre con el contrato de obra o servicio determinado, con el papel que la Ley reserva a los convenios para identificar las tareas con sustantividad propia.

En cuanto a las causas contempladas en el artículo 41 del ET, procede la remisión a lo afirmado respecto de la movilidad geográfica, si bien concurre aquí un elemento distintivo que apunta aún más, si cabe, a restar importancia a la causalidad: se presumen concurrentes si hay acuerdo.

Adentrándonos en el elenco de condiciones sustancialmente modificables, encontramos que el legislador de 2012 introduce la referencia al salario. No a la retribución, por lo que, en principio, podría pensarse que las percepciones extrasalariales permanecen extramuros del artículo 41 ET. Sin embargo, tratándose de una lista abierta y ejemplificativa de materias sustancialmente modificables, en la que no están todas las que son ni son todas las que están, no hay problema en sortear la terminología restrictiva y considerar que los conceptos de naturaleza extrasalarial también pueden verse alterados por esta vía.

Hay quienes dicen que en materia de cuantía salarial, toda modificación será siempre sustancial, por escasa que sea, porque se está alterando un elemento esencial del contrato²², de modo

²¹ Así lo mantuvimos respecto de la reforma de 2010. Véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación de condiciones de trabajo», ob. cit., pág. 419; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La reforma de los arts. 40 y 41 ET», en *Comentario a la Reforma Laboral de 2010* (MONTÓYA MELGAR, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F., dirs.), Civitas, 2011.

²² SAURA SÚCAR, M.: Mesa redonda sobre impacto del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero en el régimen jurídico del contrato de trabajo, *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, 2012, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2012/>. Por su parte, GALA DURÁN, C. mantiene que, siendo el salario un elemento esencial del

que no cabría rebajar ni un céntimo del salario con amparo en el poder de dirección. Aunque es verdad que resulta chocante una rebaja salarial amparada en el poder de dirección, sin embargo, por un lado, no cabe distinguir donde la norma no lo hace; y por otro, es altamente improbable que el supuesto tenga lugar, puesto que, si se baja el salario, no será en una cuantía tan ínfima que permita pensar que es accesorio. En suma, en la práctica no será necesario despejar la duda de si estamos en todo caso ante una modificación sustancial por su intensidad. Lo que está claro es que habrá que valorar caso por caso, no pudiendo mantenerse a rajatabla que toda variación de la cuantía salarial sea sustancial, porque, según el Tribunal Supremo, solo lo es la que afecta a las condiciones de trabajo «de un modo notorio»²³.

En otro orden de consideraciones, se ha mantenido la referencia a la empresa como marco del umbral numérico, a pesar de que es un tema que ha dado lugar a bastante polémica. Esto quizá deba interpretarse como la apuesta del legislador de 2012 por este marco y no el del centro. Pero no se resuelve qué pasa en el caso de los grupos de empresas, realidad cada vez más generalizada y que el legislador ha olvidado contemplar en muchas instituciones en las que aparecerán sin ninguna duda.

Tampoco se han ajustado los periodos de consultas ni sus interlocutores a la estructura de la empresa, desvelando que el legislador estaba pensando en una empresa con un único centro de trabajo. ¿Qué pasa si forma parte de un grupo? ¿Y si tiene varios centros de trabajo? ¿La negociación se sustancia centro a centro o globalmente? ¿Qué pasa si en unos centros hay representantes y en otros no? ¿Hay que establecer criterios de ponderación del voto cuando concurren al periodo de consultas representantes de diversos centros de trabajo? ¿Cabe que los trabajadores de un centro sin representantes legales, en vez de nombrar una comisión ad hoc, deleguen la representación en los de otro centro?

La duración del periodo de consultas, configurada legalmente como un máximo, también está generando mucha inquietud. ¿Hay que respetar ese plazo en todo caso, aunque las partes estén por la labor, ambas, de seguir negociando porque ven el acuerdo en el horizonte? En otras palabras, ¿estamos ante una norma indisponible para las partes? Presumiendo que el legislador prefiere el pacto a la imposición unilateral, siquiera sea porque evita conflictos posteriores, cabe hacer una lectura según la cual el plazo juega a favor de la empresa, permitiéndole cerrar el trámite cuando la negociación no ha dado frutos, a pesar de que la otra parte reclame la continuidad de la misma. Pero en absoluto impide su prolongación durante el tiempo que sea necesario, siempre que así se acuerde por ambas partes. Juega en favor de esta interpretación el que la Ley 3/2012 haya suprimido la calificación de este plazo como «improrrogable» que había introducido la Ley 35/2010.

contrato, su modificación, sea cual sea su importe, acarreará siempre un perjuicio al trabajador y abrirá la vía de la extinción causal contemplada en el artículo 41 del ET [«Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)», *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2012, La Ley 6006/2012, pág. 3].

²³ Es emblemática la STS de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8822).

Llama la atención que el artículo 41 del ET no contemple la obligación del empresario de notificar a los trabajadores la modificación cuando hubo acuerdo en el periodo de consultas; solo se prevé cuando no hubo acuerdo. Por analogía con los traslados colectivos, en los que no se precisa que la notificación proceda únicamente cuando hay acuerdo, habrá que entender que en todo caso debe notificarse la medida; también porque ello permitirá abrir los plazos en orden a la impugnación de la misma y la resolución del contrato. Pero, como la Ley no lo menciona, si el propio acuerdo no fija su antelación a la efectividad de la medida²⁴ pueden plantearse dudas sobre su exigencia y sobre cuál ha de ser, exactamente, el periodo de antelación con el que los trabajadores deben ser notificados. Ante esta dificultad interpretativa, existen diversas soluciones posibles por analogía:

1. Aplicar las reglas de las notificaciones de modificaciones sustanciales de carácter colectivo sin acuerdo: antelación de 7 días. Si tal es el plazo de antelación cuando no hay acuerdo, no es descabellado que también pueda serlo cuando este último sí existe, dado que es lógico pensar que los trabajadores representados en el periodo de consultas conocen su existencia y, por tanto, la celeridad del plazo no les causará un perjuicio extraordinario.
2. Aplicar las reglas de las notificaciones de modificaciones sustanciales de carácter individual: antelación mínima de 15 días²⁵. En favor de esta interpretación juega que este plazo está contemplado en el propio precepto para esa misma modificación, bien que para el caso de que afecte a una pluralidad de trabajadores.
3. Aplicar las reglas de las notificaciones de traslados individuales y colectivos: antelación mínima de 30 días. Tiene sentido asimilar traslado colectivo a modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva, por el paralelismo esencial de ambas instituciones; sin embargo, hay que tener en cuenta que, quizá, un cambio de residencia merece un mayor tiempo desde la notificación hasta la efectividad de la medida, y prueba de ello es que en los traslados individuales el plazo de antelación es el doble que en las modificaciones sustanciales individuales.

En definitiva, pues, concurren estas tres posibles soluciones analógicas, pero lo que debería existir es una solución legal que evitara la inseguridad jurídica que así se provoca.

²⁴ VICENTE PALACIO, A. entiende que lo natural sería que el acuerdo lo fijara: «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012, pág. 287.

²⁵ VICENTE PALACIO, A.: «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, ...», ob. cit., pág. 287.

6. INAPLICACIÓN DE LAS CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO (DESCUELGUE)

El artículo 82.3 del ET regula la inaplicación de lo dispuesto en convenio colectivo estatutario, ampliándose notablemente el ámbito del tradicionalmente conocido como descuelgue. Así, se importa del artículo 41 del ET la lista de materias modificables (descolgables), añadiendo las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Ahora bien, en este caso no estamos ante un elenco abierto y ejemplificativo, lo que plantea problemas respecto de la «cuantía salarial», por si pudiera considerarse que no comprende las percepciones extrasalariales. En un sentido literal, quedarían excluidas de la posibilidad de descuelgue, a lo que apunta también el que el legislador haya consignado expresamente una percepción extrasalarial como descolgable (las mejoras voluntarias)²⁶. De ser así, en esta concreta materia se habría producido una restricción respecto de la flexibilidad que existía antes de la reforma de 2012, puesto que cuando la modificación del convenio estatutario estaba radicada en el artículo 41 del ET, el carácter abierto del listado de materias modificables permitía entender comprendidos también los conceptos extrasalariales.

Más dudas: el descuelgue puede operar respecto de convenios sectoriales o de empresa, pero no queda claro que un centro pueda descolgarse del convenio de empresa, porque el precepto habla de inaplicación «en la empresa», lo que da idea de su concepción unitaria e integral. Ahora bien, por otro lado, el artículo 82.3 del ET se remite en bloque al artículo 87.1 del ET, en orden a determinar la legitimación para participar en el periodo de consultas, y resulta que este último precepto contempla tanto la negociación a nivel de empresa como en el ámbito inferior, convenios franja y convenios para grupos de empresas. El interrogante que surge inmediatamente es si, de esta forma, se está admitiendo la posibilidad de tramitar un descuelgue en todos estos niveles, a pesar de la estricta referencia a la empresa contenida en el artículo 82.3 del ET. Señaladamente, interesaría saber si con esta remisión el legislador abre el descuelgue a los grupos mercantiles²⁷, y si, en caso de ser así, esta solución sería extrapolable por analogía a todas las figuras en las que hay periodos de consulta y no se ofrecen soluciones para estructuras empresariales complejas.

Otra cuestión poco clara es la relativa a la posible retroactividad del acuerdo de descuelgue. En principio, dado que la norma no la contempla expresamente, parece que habría que entender

²⁶ GALA DURÁN, C.: «Modificación de la cuantía salarial...», ob. cit., pág. 8.

²⁷ MERCADER UGUINA, J. R. lo afirma con contundencia, razonando sobre la legitimación para negociar que en estos casos ostenta legitimación para negociar en representación de los trabajadores quienes la tienen para los convenios colectivos sectoriales [«La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dirs.), Lex Nova, 2012, pág. 427].

que no es factible²⁸. Sin embargo, si un convenio colectivo puede retrotraer sus efectos, ¿de verdad no podría hacerlo también el acuerdo de inaplicación del mismo? ¿Lo impediría el artículo 9.3 de la CE? El argumento del empeoramiento de condiciones no es válido, porque los convenios también pueden restringir derechos reconocidos en su antecesor y aun así fijar un periodo de vigencia que opere retroactivamente.

Tampoco está claro en qué casos cabría un descuelgue en materia de «funciones cuando excedan de los límites del artículo 39». Esto tiene sentido en el artículo 41 del ET, que permite la movilidad funcional más allá de la extraordinaria regulada en el artículo 39 del ET, pero en el artículo 82.3 del ET no se trata de modificar las funciones de un trabajador –porque no están recogidas en el convenio–, sino de inaplicar el propio sistema de clasificación profesional o los contenidos de los grupos; y esto último no se menciona en la lista cerrada.

Por tanto, en una interpretación estricta, parece que no cabe descolgarse del sistema y contenido de la clasificación profesional contenida en convenio. Pero tampoco en un sentido amplio, porque incluso pensando que la referencia a las funciones hay que entenderlas alusivas a todo lo que tiene que ver con ellas, incluyendo su ordenación en el sistema de clasificación profesional, la referencia a lo que exceda del artículo 39 nos vuelve a llevar a la movilidad funcional, es decir, a cambiar a los trabajadores de grupo sin respetar los límites del artículo 39 del ET, cuestión ajena por completo al convenio.

Avanzando un poco más en el régimen jurídico de esta figura, encontramos que el artículo 82.3 del ET exige acuerdo de las partes para proceder a la inaplicación convencional, y en su defecto cualquiera de ellas puede someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio, a arbitraje, o, en fin, a la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Las dudas de constitucionalidad de esta solución normativa ocasionarán inseguridad jurídica hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto. No es el momento de reproducir el conocido debate, pero sí cabe exponer dos consideraciones que abonan la tacha de inconstitucionalidad:

1. La STC 92/1992, dictada cuando el artículo 41 del ET establecía la posibilidad de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores o, en su defecto, por autorización administrativa, estableció que esa autorización administrativa no vulneraba el derecho a la negociación colectiva porque el artículo 41 del ET no admitía la modificación de un convenio colectivo estatutario. Hoy el artículo 82.3 del ET lo admite, si bien no propiamente por una autorización administrativa, pero sí con la concurrencia de elementos muy cercanos a la misma: la decisión emana de un órgano de adscripción administrativa (en concreto está adscrito a la Dirección General de Empleo), que en su composición se integra no solo por representan-

²⁸ Así lo afirma MERCADER UGUINA, J. R.: «La empresa como nuevo centro de gravedad...», ob. cit., pág. 433.

tes de organizaciones sindicales y empresariales más representativas sino también por representantes de la Administración General del Estado, y cuyo presidente se designa directamente por la ministra de Empleo.

2. Cuando la posibilidad de modificar un convenio estatutario se integró en el artículo 41 del ET, fue planteado ante el Defensor del Pueblo que promoviera un recurso de inconstitucionalidad. Su constitucionalidad fue salvada con el argumento de que no cabía alterar el convenio si no era, inexcusablemente, por acuerdo. En definitiva, era un producto de la negociación colectiva que alteraba otro producto de la negociación colectiva. Hoy ese límite no existe, puesto que se abre la puerta a una modificación convencional sin acuerdo, así que decae aquel argumento en el que el Defensor del Pueblo basó su informe de constitucionalidad. Como institución que es, más allá de la sucesión de personas físicas que la encabecen, su informe debería ser ahora de inconstitucionalidad.

Pasando a las causas justificativas, ya hemos dicho que las que operan en la flexibilidad interna, al igual que las de flexibilidad externa, necesariamente han de pasar por un juicio de razonabilidad, por mucho que la redacción legal apunte a lo contrario. Y en este caso ello viene corroborado, además, por el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en cuyo artículo 22.3 se reconoce que no basta que concurra formalmente la causa, sino que debe ponderarse poniéndola en relación con la pretensión inaplicativa y sus efectos sobre los trabajadores, pudiendo incluso proponerse un distinto grado de intensidad²⁹.

Dicho esto, sí que habría sido deseable una mayor precisión por parte del legislador, que configura las causas de modo abierto («entre otros»), no como criterios de concurrencia ni definiciones, sino como ejemplos.

En relación con lo anterior, ¿qué documentación es preciso aportar al periodo de consultas sobre las causas justificativas? Esta es una duda que se reitera tanto para esta figura del descuelgue como para la movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales, dado que, a diferencia de lo que ocurre con los despidos colectivos y las suspensiones del contrato o reducciones de jornada, no se cuenta con una norma reglamentaria que lo precise. Sin embargo, el citado Real Decreto 1362/2012, aunque no regula el procedimiento de descuelgue sino el de solicitud de arbitraje a

²⁹ Sobre la base de este precepto reglamentario, la Audiencia Nacional afirma que «Constatada la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, la Comisión deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa, como hemos defendido en nuestra Sentencia de 18 de mayo de 2012, proced. 81/2012, referida a una modificación sustancial de condiciones y en Sentencia de 21 de noviembre de 2012, proced. 167/2012, referida a un despido colectivo por causas económicas y productivas, cuyas fundamentaciones jurídicas damos por reproducidas» (SAN de 28 de enero de 13, proc. 316/2012).

la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, dedica su artículo 20 a la documentación que a estos efectos hay que presentar ante este órgano y, contra todo pronóstico, establece que la documentación relativa a la concurrencia de las causas alegadas ha de ser la «preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos, teniendo en cuenta que cuando las causas económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, deberá presentar, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos»³⁰. En consecuencia, parece que la Comisión podría basar su decisión en una información que ninguna norma legal ni reglamentaria exige que se suministre y analice en el periodo de consultas. ¿O esto significa que sí debería aportarse a la negociación? ¿Afectaría a la validez de la medida de descuelgue el no haber suministrado semejante información a los representantes de los trabajadores?

Por último, asoma nuevamente la descoordinación respecto de la Ley Concursal, en cuyo artículo 66 se establece que «La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del ET solo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores». Parece, pues, que en caso de concurso no cabe la modificación del convenio sin acuerdo, y ello a pesar de que la disposición derogatoria única de la Ley 3/2012 declara derogadas «cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley». Resulta defendible que la Ley Concursal es norma especial, y en este sentido no puede simplemente compararse con la Ley 3/2012 en orden a forzar una lectura de la primera según los postulados de la segunda.

En cualquier caso, es hora de exigir al legislador que, haciendo honor a su función, evite, al menos en normas del extraordinario calado jurídico y social de la Ley 3/2012, este tipo de disposiciones derogatorias abiertas que resultan un verdadero atentado a la seguridad jurídica. Se está pidiendo a los empresarios, a los trabajadores y a sus representantes una tarea de reconstrucción normativa, puesto que no se trata solo de considerar derogadas ciertas disposiciones, sino de integrar las lagunas a veces con preceptos que contemplan realidades distintas.

7. CONCLUSIÓN

Los preceptos reguladores del encuadramiento y movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo, incluyendo el descuelgue convencional, componen uno de los pasajes centrales de nuestro ordenamiento laboral en su moderna concepción flexible. Fueron concebidos como herramientas para la gestión de recursos humanos tanto en épocas de crisis como de tranquilidad y, sin embargo, sus oscuridades muchas veces los

³⁰ Nótese la falta de adaptación de esta disposición a los cambios introducidos por la Ley 3/2012, según los cuales los trimestres han de ser interanuales y los ingresos ordinarios.

convierten en verdaderas trampas para las empresas y los trabajadores, que resultan emboscados por la inseguridad jurídica. Ante este panorama, las reformas de 2010, 2011 y 2012 han revisado el régimen de estas figuras con intención de potenciarlas. Sin embargo, persisten espacios de poca claridad y se han sumado otros, que el legislador relega al campo de las soluciones judiciales –esas mismas de las que dice huir en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012–.

La apuesta que los sucesivos Gobiernos manifiestan hacer por la flexibilidad interna solo tiene sentido si se fijan reglas del juego ciertas, conocidas y seguras en el uso de estos instrumentos de gestión de mano de obra, convirtiéndolas en herramientas útiles para el funcionamiento de la empresa, sobre todo si se pretende intensificar su uso como resorte para evitar la pérdida de empleo en época de crisis³¹.

³¹ Tal como se indicaba en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 802, 2010, respecto de la reforma de aquel año pero que sigue siendo predicable del régimen legal actual: «Mientras que los gobernantes europeos apoyan las medidas, y DOMINIQUE STRAUSS-KAHN, director gerente del FMI, aplaude la reforma, un sector de la prensa económica permanece escéptica, recordando la complicada casuística que, en la práctica, lleva aparejada la realidad laboral: al día siguiente de aprobar el Real Decreto-Ley, *The Economist* no dudaba en decir que "las leyes seguirán abiertas a la interpretación por los jueces, una experiencia que muchos empresarios españoles han llegado a temer"».