

Abdón Pedrajas

ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com

boletín LABORAL

LA FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA REFORMA EFECTUADA POR LA LEY 35/2010, DE 17 DE SEPTIEMBRE: SUS MEJORAS Y SUS CARENCIAS

Abdón Pedrajas Moreno
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Socio Director *Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios*

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director Formación *Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios*

Diciembre, 2010

boletín LABORAL

Abdón Pedrajas

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- MOVILIDAD FUNCIONAL.

3.- MOVILIDAD GEOGRÁFICA.

4.- LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.

5.- LOS DESCUELGUES SALARIALES.

6.- LAS SUSPENSIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS REDUCCIONES DE JORNADA.

LA FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA REFORMA EFECTUADA POR LA LEY 35/2010, DE 17 DE SEPTIEMBRE: SUS MEJORAS Y SUS CARENCIAS.

1.- INTRODUCCIÓN

Como es sabido, una exigencia imprescindible para mejorar el funcionamiento del mercado laboral en un marco de economía *globalizada* o *mundializada*, en el que los requerimientos para mantener la *competitividad* son cada vez más intensos, es conseguir un razonable diseño de *flexibilidad* en las relaciones de trabajo, que permita una mayor adaptabilidad de las empresas a las exigencias de la demanda. La búsqueda de esta *flexibilidad*, exigida por las empresas, sin pérdida de la *seguridad*, requerida por los trabajadores, lleva al conocido debate sobre la *flexiseguridad*, como fórmula sintética, que de respuesta satisfactoria a ambas partes.

Entre nosotros se trata de un debate en curso y, sobre todo, sesgado en sus planteamientos. En relación con la flexibilidad, cabe plantearse en tres momentos:

- a) Flexibilidad *de entrada*, que incidiría en los mecanismos de contratación (problemática de la contratación temporal, “contrato único”, etc.).
- b) Flexibilidad *interna*, durante el desarrollo de la relación de trabajo, posibilitando reajustes en el funcionamiento de la relación que eviten la ruptura de la misma.
- c) Flexibilidad *de salida*, que lleva a la problemática del abaratamiento del despido, en todas sus variantes.

Nuestra cultura relativa al funcionamiento del mercado de trabajo, apenas si ha incidido en profundizar en la flexibilidad interna, que se ha mostrado siempre como una *asignatura pendiente*, cuando no como un tema *tabú*, para los interlocutores sociales. Se opta más por el reajuste traumático (despido) que por el cambio interno que impida el anterior.

Sin embargo, resulta evidente que existen posibles medidas de flexibilidad interna que pueden atenuar las soluciones traumáticas. Entre ellas, desde luego, las más importantes son las que afectan a:

- A la movilidad funcional.
- A la movilidad geográfica.
- A la modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- A los descuelgues salariales.
- A las suspensiones del contrato de trabajo y las reducciones de jornada.

Pues bien, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de trabajo, ha actuado en línea de potenciar esta necesaria flexibilidad interna. Con independencia de la oportunidad de las medidas adoptadas -quizás llegan tarde, cuando

el ajuste traumático ya se ha producido- el presente trabajo se efectúa desde la óptica de su idoneidad, valorando los cambios realizados y resaltando, en su caso, las carencias sobre cuestiones básicas que todavía se mantienen, a nuestro juicio, pendientes.

2.- MOVILIDAD FUNCIONAL

- Para conseguir una mayor flexibilidad negocial en materia de movilidad funcional (pactos de movilidad funcional y de polivalencia funcional) era necesario aclarar el deficiente art. 39 del ET, dejando claras las posibilidades de negociación colectiva en esta materia, estableciendo las contrapartidas oportunas en materia de formación profesional continua.

- La Ley 35/2010 guarda silencio sobre ambos temas. En cuanto a la formación profesional continua, únicamente la Disposición Adicional Novena de la Ley modifica el art. 4.2 b) del ET en un sentido genérico, estableciendo un derecho básico de los trabajadores: *“A la promoción y formación profesional en el trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad”*.

3.- MOVILIDAD GEOGRÁFICA

- Una valoración crítica de la institución, antes de la Ley 35/2010, nos indicaba:

a) La regulación de la movilidad geográfica en el art. 40 del ET exigía más seguridad jurídica (exigencia legal de cambio en la residencia habitual del trabajador en casos de traslado o desplazamiento).

b) Determinados aspectos de los procedimientos de negociación/consulta en los traslados colectivos exigían igualmente algunas modificaciones en orden a su facilitación.

- La Ley 35/2010 ha modificado determinados aspectos del procedimiento de negociación/consulta en los traslados colectivos:

1º) La duración de este procedimiento no podrá ser superior a 15 días. Antes los 15 días eran la duración mínima. La modificación no parece tener excesiva trascendencia, por cuanto las partes podrán libremente aumentar el plazo para llegar a un acuerdo que será igualmente válido, si bien el empresario podrá lícitamente negarse a ello. Por otra parte, comoquiera que las partes habrán de negociar de buena fe, parece que, salvo que se pongan de acuerdo en romper la negociación antes del trascurso de los 15 días, lo normal es que se agote el plazo.

2º) Se prevé el supuesto de ausencia de representación legal de los trabajadores y se regula la atribución opcional y libre por los trabajadores de su representatividad a estos efectos,

bien a una comisión asamblearia de uno a tres trabajadores o bien a una comisión de igual número de miembros designados proporcionalmente a su representatividad por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Fórmula que plantea sin duda problemas interpretativos en el caso de que no exista convenio colectivo aplicable y se opte por la fórmula sindical o cuando sean más de tres los sindicatos con derecho a formar parte de la comisión.

Esta designación debe hacerse en el plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, lo que plantea problemas de cumplimiento del plazo, especialmente en el caso en que los trabajadores opten por la representación sindical. Si ambas partes están de acuerdo, no parece que exista problema para ampliar este plazo sin efectos negativos para los acuerdos que en su caso de adopten.

Desde luego, en el caso de que se optase por la fórmula sindical, los empresarios podrán delegar su representación en el procedimiento de negociación/consulta en las asociaciones empresariales.

3º) Llama la atención que no se haya modificado el párrafo primero del art. 40.1 del ET, relativo a las causas justificativas de la movilidad geográfica, unificándolas con las exigidas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET. Mientras que las referidas a la movilidad geográfica se refieren a situaciones actuales de la empresa (*“mejorar la situación de la empresa”*), las referidas a la modificación hablan ya, en correspondencia con las establecidas en el art. 51 del ET para los despidos y suspensiones contractuales, de situaciones de futuro de las empresas (*“prevenir una situación negativa de la empresa”* o *“mejorar las perspectivas de la misma”*).

4º) Llama igualmente la atención que en el art. 40 no se haya establecido la presunción *“iuris tantum”* establecida en las normas referidas a la modificación sustancial de condiciones (art. 41.4 y 6 del ET) y a los descuelgues salariales (art. 82.3 del ET) de que concurren las causas justificativas cuando el período de consultas acaba en acuerdo y la posibilidad de impugnación judicial del acuerdo reducida en tal caso a los supuestos de fraude, dolo, coacción y abuso de derecho en su conclusión.

5º) Finalmente, la Ley 35/2010 establece la posibilidad de acordar en cualquier momento la sustitución del procedimiento de negociación/consulta por una mediación o arbitraje a desarrollar dentro del plazo máximo de 15 días señalado. Realmente no es una novedad absoluta, ya que antes y ahora siempre será posible acudir a la mediación y al arbitraje en caso de desacuerdo en el proceso de negociación/consulta, si bien la Ley 35/2010 prevé la posibilidad de sustituir sin intentarlo el procedimiento de negociación/consulta mediante acuerdo de las partes, seguramente para ganar tiempo. Desde luego, parece que el plazo de 15 días señalado podría ser ampliado por las partes si se ponen de acuerdo, sin que la resolución final se vea afectada de nulidad.

6º) La Disposición Transitoria Cuarta. 1 de la Ley 35/2010 señala que todas estas modificaciones no serán aplicable a los procedimientos que estuviesen en tramitación el 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del anterior Real Decreto-Ley 10/2010.

4.- LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

- El art. 41 del ET, regulador de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, gozaba de una deficiente regulación técnica, debido:

a) En primer lugar, al exceso de conceptos jurídicos indeterminados (la sustancialidad de la modificación o el concepto mismo de condiciones de trabajo).

b) En segundo lugar, a la confusión entre las modificaciones sustanciales de condiciones de origen contractual colectivo y las modificaciones sustanciales de condiciones de origen normativo convencional. El art. 41.2 del ET se refería a estas últimas indebidamente, dado que su lugar idóneo debería ser el Título III del ET, referido a los convenios colectivos estatutarios.

c) En tercer lugar, determinados aspectos de los procedimientos de negociación/consulta en las modificaciones contractuales colectivas y en las modificaciones normativas convencionales exigían igualmente algunas modificaciones en orden a su facilitación.

- La Ley 35/2010 ha procedido a modificar la regulación tanto de las modificaciones contractuales colectivas como de las modificaciones normativas convencionales. Así:

a) En cuanto las modificaciones contractuales colectivas:

1º) En la enumeración ejemplificativa de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que hace el art. 41.1 del ET, se introduce una nueva (*“la distribución del tiempo de trabajo”*) que antes venía regulada por el art. 34.2 del ET. Así, a partir de ahora, la distribución irregular de la jornada en computo anual podrá hacerse por convenio colectivo, por pacto de empresa y por los procedimientos del art. 41 del ET.

2º) Se ha modificado la definición de las causas justificativas de la modificación sustancial, en el sentido señalado anteriormente (ver *supra*).

3º) Respecto de la delimitación entre las modificaciones contractuales colectivas y las modificaciones normativas convencionales, aunque sin satisfacer plenamente, se ha procedido a sistematizar su regulación de manera distinta, aclarando algo el tema. Así, las modificaciones sustanciales normativas convencionales disponen ahora de un nuevo párrafo 6 dentro del art. 41 del ET.

4º) En cuanto al procedimiento de negociación/consulta, se han producido las siguientes modificaciones (art. 41.4 del ET):

- Se ha dispositivizado el procedimiento, permitiendo que la negociación colectiva pueda establecer otros procedimientos específicos.
- Su duración no podrá ser superior a 15 días, como en el caso de los traslados colectivos (ver *supra*).
- Se prevé el supuesto de ausencia de representantes legales de los trabajadores en la empresa y se le da el mismo tratamiento que en el caso de los traslados colectivos (ver *supra*).
- Se prevé expresamente la posibilidad de que el empresario y la representación de los trabajadores sustituyan en cualquier momento el procedimiento de negociación/consulta por una mediación o arbitraje, como en el caso de los traslados colectivos (ver *supra*).
- Se establece expresamente que si el procedimiento de negociación/consulta acaba con acuerdo, se presumirá *"iuris tantum"* que concurren las causas justificativas alegadas y que solo cabe la impugnación judicial del acuerdo por dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

b) En cuanto a las modificaciones normativas convencionales:

1º) Se ha habilitado un párrafo propio (el sexto) en el art. 41 del ET para su regulación, aunque hubiera sido preferible llevar el tema al Título III del ET, ya que se trata de una modificación normativa y no contractual, junto a los descuelgues salariales.

2º) Se habla expresamente de la modificación de convenios colectivos estatutarios sectoriales y de empresa o de ámbito inferior, debiendo notificarse el acuerdo en el caso de tratarse de una modificación de un convenio sectorial a la comisión paritaria. En el bien entendido, desde luego, de que la modificación de un convenio colectivo de empresa podrá hacerse *"ante tempus"* por las mismas partes que lo negociaron y sin limitaciones de contenido.

3º) Se admite modificar *"las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET"*, lo que no tiene sentido alguno por cuanto las funciones del trabajador no las fija el convenio colectivo sino el contrato individual de trabajo. Acaso querría referirse al sistema de clasificación profesional, pero no lo ha hecho.

4º) Se especifica expresamente que las modificaciones deberán tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia del convenio colectivo, incluidas sus prórrogas (por falta de denuncia y en situación de ultractividad normativa), lo cual en si mismo es lógico y ya existía con anterioridad.

5º) El procedimiento de modificación será el mismo que el seguido en las modificaciones contractuales colectivas (ver *supra*). Si bien, en este caso, resulte acaso más grave la regulación de la representatividad de los trabajadores en el caso de ausencia de representación legal en la empresa, dado que se trata de una modificación de lo pactado en un convenio colectivo de naturaleza normativa. No hay duda, por lo demás, de que la Ley 35/2010 ha establecido la posibilidad legal de que pueda haber una modificación del convenio colectivo estatutario en aquellas pequeñas y medianas empresas sin representación legal (unitaria o sindical), cosa que antes era imposible jurídicamente.

6º) La Ley señala que, mediante los acuerdos interprofesionales, estatal o autonómicos, “*se deberán establecer*” los procedimientos de mediación y arbitraje para solucionar los desacuerdos en la negociación., añadiendo que el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que el acuerdo logrado en el periodo de negociación/consulta y que se podrá impugnar judicialmente por los motivos y procedimientos previstos para los convenios colectivos.

7º) Finalmente, la remisión hecha por el art. 41.6 al art. 41.4 del ET, permite a la aplicación de todo lo en él regulado respecto del procedimiento de negociación/consulta. Así, lo relativo a la presunción “*ius tantum*” de existencia de la causa justificativa alegada y de las reducidas causas de impugnación del acuerdo y a la sustitución del procedimiento de negociación/consulta por una mediación o arbitraje.

8º) La Disposición Transitoria Cuarta. 1 de la Ley 35/2010 señala que todas estas modificaciones no serán aplicable a los procedimientos que estuviesen en tramitación el 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del anterior Real Decreto-Ley 10/2010.

4.- LOS DESCUELQUES SALARIALES

- Los descuelgues salariales del convenio colectivo estatutario aplicable estaban regulados en los arts. 82.3 y 85.3 c) del ET en términos realmente deficientes:

a) En primer lugar, por los múltiples problemas interpretativos que planteaba, no se trataba de una “*regulación ejemplar*”.

b) En segundo lugar, según datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, pese a ser contenido mínimo obligatorio de los convenios colectivos supraempresariales según el art. 85 del ET, no llegaban al 50 por 100 los convenios que incorporaban esta cláusula de descuelgo salarial en su articulado.

c) En tercer lugar, los convenios colectivos que la establecían, utilizaban un rigor excesivo, exigiendo lo mismo para despedir por razones económicas que para descolgarse de los salarios convencionales, siendo por todo ello necesaria su reforma.

- Los descuelgues salariales han sido modificados totalmente por la Ley 35/2010 respecto de su regulación anterior:

1º) El contenido mínimo de los convenios colectivos ya no tiene que establecer una cláusula de descuelgue salarial sino tan solo el procedimiento para solucionar los desacuerdos en este tema (art. 85.3 c) del ET).

2º) Por lo que se refiere al nuevo procedimiento legal de descuelgue salarial, las reglas son las siguientes (art. 82.3 del ET):

- a) En cuanto a las causas del descuelgue, flexibiliza las exigencias legales, hablando de *“situación y perspectivas económicas de la empresa”*, en concordancia con el nuevo art. 51 del ET.
- b) En cuanto al ámbito del descuelgue, la Ley se refiere solamente a los descuelgues de convenios colectivos de ámbito superior al de empresa, ya que en los convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior cabrá el descuelgue salarial por la vía de la modificación *“ante tempus”* del mismo previa denuncia por parte del empresario y mediante acuerdo con la parte laboral negociadora del convenio.
- c) En cuanto a los sujetos negociadores del acuerdo de descuelgue, la Ley habla de representantes legales de los trabajadores y, en caso de ausencia de representación, aplica las mismas reglas que en los supuestos de traslados colectivos y de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (ver supra).
- d) En cuanto al procedimiento de negociación del acuerdo de descuelgue, la Ley se remite al procedimiento de negociación/consulta del art. 41 del ET, cosa lógica, ya que en ambos casos se trata de una modificación del convenio colectivo estatutario.
- e) El nuevo art. 82.3 del ET establece reglas sobre el acuerdo de inaplicación salarial:
 - Su contenido deberá determinar la retribución exacta a percibir por los trabajadores de la empresa y la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio, lo que constituye una novedad de la Ley.
 - La inaplicación salarial no podrá superar el periodo de vigencia del convenio ni, como máximo, tres años de duración.
 - El acuerdo de descuelgue deberá ser comunicado a la comisión paritaria del convenio.

- El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación no podrán ser contrarios a las normas convencionales sobre no discriminación retributiva por razón de género.
- La Ley establece idéntica norma sobre el establecimiento de procedimientos de mediación o arbitraje para solucionar las controversias en el procedimiento de negociación del acuerdo de descuelgue (ver supra).

3º) La Disposición Transitoria Cuarta. 1 de la Ley 35/2010 señala que todas estas modificaciones no serán aplicable a los procedimientos que estuviesen en tramitación el 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del anterior Real Decreto-Ley 10/2010.

5.- LAS SUSPENSIONES DEL CONTRATO Y LAS REDUCCIONES DE JORNADA

- La regulación anterior de las suspensiones contractuales y de las reducciones de jornada pecaba de incongruencia entre la legislación laboral y la de Seguridad Social en tema de desempleo parcial y de silencio en lo relativo a las eventuales reducciones de jornada, siendo por ello necesaria una regulación que solucionara estas cuestiones.

- Las modificaciones normativas de la Ley 35/2010 han sido las siguientes:

1º) En primer lugar, la Ley aclara dos puntos que la anterior legislación no recogía, si bien se venían entendiendo así:

- a) Que el procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.
- b) Que la autorización de la medida no generará derecho a indemnización alguna.

2º) En segundo lugar, la Ley alude a las acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados durante las suspensiones de contratos o reducciones de jornada *“para aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad”*.

3º) En tercer lugar, la Ley se refiere expresamente a las reducciones de jornada como algo distinto a las suspensiones de contrato, si bien se le aplica idéntico expediente administrativo para su autorización. Así:

- a) La reducción de jornada ha de ser temporal y situarse entre el 10 y el 70 por 100 de la jornada de trabajo computable sobre una base diaria, semanal, mensual o anual (antes, se exigía un mínimo de un tercio), debiendo entenderse que si es superior al 70 por 100 se tratará de una suspensión contractual.

- b) En todo caso, cabrá solicitar una reducción de jornada mayor o menor si la situación de la empresa varía.
- c) Durante el periodo de temporal de reducción de jornada no se podrán realizar horas extraordinarias, salvo fuerza mayor.

4º) Paralelamente, se ha reformado la Ley General de Seguridad Social, sobre las prestaciones por desempleo (arts. 203.2 y 3 y 208.1.3), en relación con la suspensión del contrato y la reducción de la jornada y las medidas de apoyo a la reducción de jornada (Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento del empleo y la protección de las personas desempleadas: arts. 1.2 bis, 3.1 y 5.1).

5º) Según la Disposición Transitoria Cuarta.2 de la Ley 35/2010, los expedientes en trámite a 18 de junio de 2010 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010) se regirán por las disposiciones vigentes en el momento de su iniciación. Ello no obstante, podrá aplicársele la nueva normativa si lo piden conjuntamente el empresario y los representantes de los trabajadores y así lo hace constar la autoridad laboral en la resolución.

El presente documento recoge información relativa a novedades normativas y/o jurisprudenciales. Las opiniones en él contenidas no constituyen asesoramiento profesional o jurídico.

© Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. Quedan reservados todos los derechos prohibiéndose la explotación, reproducción, comunicación pública y transformación, total o parcial, sin la pertinente autorización de Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. (Madrid – Tel +34 91 590 39 94; Barcelona - Tel. +34 93 209 29 67).