

DL

LA FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA LEY 3/2012: LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, LA MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA Y LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Carolina Gala Durán*
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA. –II. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ÁMBITO DE LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y LA MOVILIDAD FUNCIONAL. –III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 40 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL INCREMENTO DE LOS PARÁMETROS DE LA FLEXIBILIDAD. –IV. LAS MODIFICACIONES EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: LA AMPLIACIÓN DEL MARGEN DE ACTUACIÓN EMPRESARIAL.

RESUMEN

Uno de los elementos clave de la reforma laboral de 2012 es la flexibilidad interna, ámbito en el que se han introducido importantes reformas, dirigidas todas ellas a ampliar el margen de actuación empresarial, especialmente desde la perspectiva unilateral. En este trabajo se analizan los cambios incorporados en el marco de la clasificación profesional (donde se ha dado una preferencia absoluta a la figura del grupo profesional), la movilidad funcional (ámbito en el que se han eliminado ciertos límites e incrementado el poder empresarial), la movilidad geográfica (donde, entre otras cuestiones, se han flexibilizado las causas justificativas e introducido nuevas preferencias) y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (marco en el que se han incorporado cambios muy relevantes tanto desde la perspectiva de las causas justificativas, como de las materias modificables y el procedimiento a seguir). Nos encontramos ante un nuevo modelo de flexibilidad interna que, si bien, no servirá, por desgracia, para contrarrestar el recurso al despido por parte de las empresas sí amplía enormemente el margen de decisión unilateral de aquéllas.

I. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

Aun cuando no resulta del todo una novedad –ya lo hicieron las reformas laborales de 2010 y 2011, aunque con menor intensidad–, uno de los elementos clave de la reforma laboral de 2012 (reflejado primero en el Real Decreto-ley 3/2012 y, posteriormente, en la Ley 3/2012), es el fomento de la denominada “flexibilidad interna” como instrumento alternativo a la flexibilidad externa o de salida de la empresa o, con palabras más directas, como alternativa al despido de los trabajadores.

* Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

De este modo, en el propio preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012 se señalaba expresamente la necesidad de "... incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo...". Se persigue, pues, ampliar, de una forma importante, las posibilidades de modificación, bastantes veces unilateral, de las condiciones esenciales de trabajo de los trabajadores por parte de la empresa¹ con el objetivo (más bien el "deseo", dados los nulos o muy escasos resultados alcanzados hasta el momento) de facilitar el mantenimiento en el empleo de los mismos, evitando —o al menos postergando el máximo posible— la opción del despido. Esto es, se defiende que un empleo "más flexible" en sus condiciones esenciales (funciones, ordenación del tiempo de trabajo, lugar de trabajo, retribuciones...) evitará o reducirá los despidos, ya que las empresas podrán hacer frente a sus necesidades productivas u organizativas sin tener que recurrir a aquéllos.

Con ello, por otra parte, no podemos olvidarlo, se recoge legalmente una solución que venía siendo reclamada, desde hace años, por el sector empresarial y por algunas instituciones internas y, sobre todo, externas (al país y también al propio Derecho del Trabajo, al provenir principalmente tales exigencias del campo de la economía y de la gestión de los recursos humanos).

Sin embargo, aun cuando no entraremos en ello², lo anterior también implica que la reforma laboral de 2012 parece estar convencida de que existe una interconexión real y casi perfecta entre la flexibilidad interna y la flexibilidad externa y que, por consiguiente, una intervención directa en un campo se manifestará, con total seguridad, en el otro en igual o semejante medida, como si existieran verdaderos vasos comunicantes entre una y otra manifestación de la flexibilidad.

No obstante, en torno a esa cuestión se nos plantean grandes dudas: teniendo en cuenta la evolución de la normativa laboral en los últimos años ¿realmente se ha logrado o existe, en nuestro país, una interconexión real y equilibrada entre la flexibilidad interna y la flexibilidad externa y, en consecuencia, facilitar la primera puede reducir el recurso a la segunda por parte de las empresas? Creemos que es muy difícil determinarlo, sobre todo, porque, cada vez más, podemos dudar, con mayor motivo, que exista un concreto modelo pensado, estructurado, equilibrado y actualizado en la base de nuestro propio sistema de relaciones laborales, y ello, por razones, entre otras, como las siguientes:

1^a) El hecho de que, en poco tiempo, se han producido numerosas reformas en materia laboral, que han afectado y, de una forma muy importante, a instituciones clave y, además, algunas de esas reformas han tenido un alcance parcial (algunas de ellas con un evidente efecto "parche", objetivos poco definidos y resultados escasos), reformas que, en algunos momentos, han actuado, incluso, en forma de "aluvión", especialmente en determinadas áreas.

2^a) Algunas medidas inicialmente temporales se han renovado posteriormente sin saber muy bien por qué y hasta cuándo (el caso, por ejemplo, de algunas medidas de fomento del empleo o de las medidas de apoyo económico a los expedientes de regulación de empleo suspensivos o de reducción temporal de la jornada, ámbito éste último en el que se están invirtiendo cuantiosos fondos públicos con un resultado de mantenimiento del empleo que puede resultar bastante discutible), o bien han desaparecido sorpresivamente (nuevamente, algunas medidas de fomento del empleo) por razones exclusivamente económicas.

¹ Tal y como señalan CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS, "en el ámbito de la flexibilidad interna sus efectos reformadores son también especialmente incisivos en el desarrollo de un modelo de flexibilidad unilateral que incrementa los poderes organizativos empresariales y la desigualdad en las posiciones contractuales de trabajadores y empresarios, sin prever que la negociación colectiva actúe como instrumento de corrección al ser objeto ella misma de una flexibilización que altera su posición en el sistema de fuentes, y amenaza la <fuerza vinculante> de los convenios...", en "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales* 5/2012, La Ley 2639/2012, pág. 8.

² Sobre esta cuestión, vid con detalle, BALLESTER PASTOR, M.A., "La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales", ponencia al XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 2 y ss.

3ª) Como consecuencia de lo anterior, existe, a nuestro entender, una falta de visión de conjunto de las distintas reformas acometidas; reformas que, por otra parte, adolecen, sin duda alguna, de una manifiesta falta de equilibrio entre la perspectiva (o intereses) de la empresa y la del trabajador (la Ley 3/2012, por poner un ejemplo, es una norma claramente dirigida a la empresa, no al trabajador ni a sus representantes), y;

4ª) en fin, cabe tener muy presente aquí que las reformas aprobadas en los últimos años, tanto en materia laboral como de seguridad social, están muy marcadas por las exigencias de los “mercados” (sean quienes sean), de la economía, de la Unión Europea y del Fondo Monetario Internacional que, como nunca, mandan en estos momentos sobre la conformación (presente y futura) del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (no podemos olvidar tampoco la trascendente reforma llevada a cabo en el ámbito de la jubilación en el año 2011 así como la reforma todavía pendiente, relacionada con la limitación de las posibilidades de jubilación anticipada y la puesta en marcha, antes de lo previsto, del controvertido factor de sostenibilidad³).

Cabe preguntarse, incluso, y precisamente nos decantamos por esta solución, si debe existir siquiera un necesario equilibrio o interconexión entre las diversas manifestaciones de la flexibilidad y si lo importante no es que cada una de ellas esté bien diseñada y resulte coherente, al responder a necesidades empresariales que pueden estar interrelacionadas entre sí pero que se vinculan, muchas veces, con panoramas y circunstancias diferentes y cambiantes. En efecto, a nuestro entender, especialmente en momentos tan difíciles como el presente, lo esencial es que tanto las medidas relacionadas con la flexibilidad interna como las vinculadas con la flexibilidad externa estén bien formuladas, no planteen ambigüedades y problemas aplicativos y tengan presentes los intereses de todas las partes (los de la empresa y los de los trabajadores afectados), situación que no se da tras la Ley 3/2012. Es más, la reciente tendencia judicial de declarar nulos los expedientes de regulación de empleo adoptados tras la reforma laboral de 2012 augura ya una posible reforma futura de la medida estrella de la flexibilidad externa o de salida en los últimos tiempos; solución judicial fundamentada en los problemas aplicativos derivados de la nueva redacción del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que no se verán reducidos —es posible incluso que se incrementen— tras la aprobación del correspondiente desarrollo reglamentario.

Y, en fin, en todo caso, según los datos estadísticos, si la reforma laboral de 2012 pretendía verdaderamente utilizar el fomento de la flexibilidad interna como una vía para limitar el uso de la flexibilidad externa, por desgracia, está fracasando estrepitosamente: entre otros, basta consultar los datos recogidos en el boletín de estadísticas laborales del Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre la evolución de los expedientes de regulación de empleo tras la entrada en vigor de la reforma laboral.

Por otra parte, también cabe tener presente que el concepto de flexibilidad interna recogido en la Ley 3/2012 es un concepto amplio desde la perspectiva material, que engloba figuras bastante diversas. Y, en consecuencia, el fomento de la flexibilidad interna que lleva a cabo la reforma laboral de 2012, dejando de lado las cuestiones vinculadas con la negociación colectiva, se manifiesta a través de la modificación, con una mayor o menor intensidad (aunque, en la mayoría de los supuestos, de manera importante), de lo señalado en los artículos 22, 34.2, 39, 40, 41, 47 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, no incorporándose, por tanto, instrumentos o figuras nuevas, aunque sí se va bastante más allá de lo que la Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 7/2011 consideraron como flexibilidad interna⁴.

³ En relación con el mismo, véanse la disposición adicional 59ª de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 18.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁴ Sobre este tema, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., *Reforma laboral 2012*, Ed. Lex Nova, 2012, pág. 223 y ss.

Pero se trata de medidas que, a nuestro entender, no están articuladas entre sí, no existiendo un verdadero hilo conductor entre ellas. No hay, en definitiva, un “modelo” de fondo que, probablemente, no existía ya antes, pero que tampoco ha implantado la reforma laboral de 2012. No obstante, lo que sí se deriva claramente de dicha reforma es que aumentan enormemente las posibilidades de flexibilidad interna y, además, desde diversas perspectivas complementarias entre sí (permitiéndose el descuelgue o inaplicación en más materias⁵, estructurando la movilidad funcional exclusivamente en el marco del grupo profesional⁶, ampliando el margen empresarial respecto a la distribución irregular de la jornada de trabajo⁷, permitiendo modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que reduzcan el salario⁸, haciendo desaparecer los pocos resquicios que quedaban de intervención administrativa en las relaciones laborales⁹...), otorgándosele, en definitiva, un importante margen de actuación a la empresa para modificar las condiciones esenciales de la relación laboral.

A lo que cabe añadir que, a pesar de la voluntad de la Ley 3/2012 de intentar concretar lo máximo posible las medidas modificativas, éstas no están exentas de problemas aplicativos y, en consecuencia, de la correspondiente intervención e interpretación judiciales, especialmente en el marco de las correspondientes causas justificativas (como ejemplo, cabe citar la nueva definición de las causas en el marco de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuestión sobre la que volveremos más adelante).

Finalmente, cabe tener en cuenta que la reforma laboral de 2012 implica también que la flexibilidad interna, como concepto, se está juridificando cada vez más, lo que supone, de hecho, que desde el Derecho del Trabajo se va asumiendo como propio un concepto que, como señalábamos anteriormente, tiene un claro contenido y origen económicos y de gestión de los recursos humanos. Casi podemos decir que no sólo se trata de un concepto que ya podemos considerar “normalizado” y aceptado en el marco de la normativa laboral sino también que su grado de importancia se ha ido incrementando en los últimos años, hasta alcanzar incluso, como hemos visto, el nivel de elemento clave en el nuevo escenario de las relaciones laborales en nuestro país.

Pues bien, partiendo de lo anterior, si bien nos vamos a centrar, por su mayor impacto, en las reformas incorporadas en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores –especialmente relevantes son los cambios introducidos en el último de ellos–, haremos, previamente, algunas breves consideraciones en relación con la nueva redacción dada a los artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores.

II. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ÁMBITO DE LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y LA MOVILIDAD FUNCIONAL

En relación con la nueva regulación de la clasificación profesional, cabe señalar, en primer lugar, que para facilitar, aún más, las posibilidades de recurrir, por parte de la empresa, a la movilidad funcional ordinaria, se fija legalmente el grupo profesional como forma exclusiva de configurar internamente el sistema de clasificación profesional, desapareciendo la tradicional y consolidada (aunque un tanto obsoleta) figura de la categoría profesional. Esta desaparición se justifica, según el propio preámbulo de la Ley 3/2012, en la necesidad de sortear “... la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz...”, lo que implica, de hecho, que desaparece la concreción y protección que aportaba la categoría profesional y se pasa a un nuevo escenario basado en

⁵ Nuevo artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Nuevo artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 22.

⁷ Nuevo artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Nuevo artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

⁹ Nuevo artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores.

amplias funciones, especialmente si los grupos profesionales son pocos. Escenario que ya era posible antes de la reforma laboral de 2012, pero que ahora se pretende consolidar definitivamente con el objetivo de ampliar el poder de decisión empresarial en el marco de las funciones a desarrollar por los trabajadores.

En concordancia con ello, en la disposición adicional 9ª de la Ley 3/2012 se establece que, en el plazo de un año, los convenios colectivos deberán adaptar sus sistemas de clasificación profesional al nuevo marco del artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, aun cuando no se prevé qué ocurrirá con los convenios que no cumplan con dicho plazo, aunque resulta claro que dicha rebeldía no impedirá que la empresa pueda ejercer la movilidad funcional en el marco del grupo profesional. Esa falta de adaptación puede dar lugar a una cierta inseguridad jurídica, dado los amplios e indeterminados términos con los que se define el propio concepto de grupo profesional.

A lo que cabe añadir que el incumplimiento de ese plazo de un año, al tratarse de una norma básica, carecerá de consecuencias jurídicas¹⁰.

Pero todo ello no implica, a nuestro entender, que, por decisión propia, un convenio colectivo o acuerdo de empresa no pueda ya estructurar internamente el sistema de clasificación profesional sobre la base de las categorías profesionales, si esa es precisamente su opción, aun cuando, en todo caso y como decíamos antes, la movilidad funcional se regirá por el nuevo parámetro del grupo profesional.

En segundo lugar, también se ha reformado la forma de definir el grupo profesional, considerándose como tal el que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y puede incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades. Son conceptos nuevos –a nivel legal que no respecto a la realidad negocial– las tareas y responsabilidades que parecen fomentar la configuración de grupos profesionales amplios, a los efectos de facilitar el margen de la movilidad funcional ordinaria¹¹.

En tercer lugar, por acuerdo entre la empresa y el trabajador se le asignará un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente algunas de ellas¹². Cabe tener presente que, de tratarse del segundo supuesto, el cambio de funciones fuera de las asignadas inicialmente constituiría el ejercicio de una movilidad funcional fuera del grupo profesional y no ordinaria.

En cuarto lugar, se ha modificado, desde una perspectiva desfavorable para el trabajador, la forma de concretar la clasificación profesional cuando se da una situación de polivalencia funcional, por cuanto ahora la equiparación se realizará expresamente en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo. No obstante, esa equiparación no siempre será fácil en la práctica y más teniendo en cuenta que ahora el parámetro de referencia es el grupo profesional, lo que puede dar lugar a una cierta litigiosidad. Asimismo, al tomarse ahora como referencia de la polivalencia funcional el grupo profesional se restringe su campo de actuación.

¹⁰ CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS, “La nueva...”, ob.cit. pág. 24.

¹¹ Para CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS, la ubicación sistemática de la “responsabilidad” manifiesta una notable confusión del legislador en el uso de dos conceptos diferentes: el factor de encuadramiento de la clasificación profesional y el criterio de definición del contenido del grupo profesional. La responsabilidad formaría parte del primero y en modo alguno de este segundo, en “La nueva...”, ob.cit. pág. 24.

¹² Para ROQUETA BUJ se ha mejorado la redacción e intelección de las tres posibilidades de fijación de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo: la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado, solamente de alguna de ellas o las funciones propias de más de un grupo profesional (polivalencia funcional), en “La flexibilidad interna”, en BLASCO PELLICER, A. *et al.* *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 104.

En quinto lugar, cabe recordar que se mantiene en esta materia el control judicial y, en consecuencia, si en un convenio colectivo se definen grupos profesionales muy amplios, que incluyen tareas o funciones muy dispares, el Juez deberá tener presente y aplicar la definición legal del grupo profesional¹³.

En sexto lugar, tal y como ya ha afirmado la doctrina¹⁴, la supresión de las categorías profesionales obligará a replantearse las partidas salariales fijadas en razón de las características del puesto de trabajo desempeñado o por la forma de realizar la actividad profesional cuando comporte una conceptualización específica dentro del grupo profesional.

Y finalmente, desde una perspectiva más global, cabe tener presente que no podemos olvidar que el sistema de clasificación profesional no es modificable por la vía de la inaplicación o descuelgue del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, ya que en dicho precepto se hace referencia exclusivamente a las funciones cuando se exceden los límites del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, modificaciones importantes se recogen también en la nueva redacción dada al citado artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, facilitándose aún más las posibilidades de movilidad funcional de los trabajadores. En este ámbito, cabe recordar, brevemente, que se incorporan las siguientes reformas:

1ª) Se amplía, como veíamos antes, el campo de actuación de la movilidad funcional al instaurar como parámetro único de la clasificación profesional el grupo profesional, desapareciendo la figura alternativa de la categoría profesional equivalente. Y, al igual que ocurre en el nuevo artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, desaparece aquí como límite el no perjudicar la formación profesional del trabajador, lo que resulta totalmente contrario al fomento de la formación de los trabajadores que, presuntamente, pretende también llevar a cabo la reforma laboral de 2012, principalmente con la nueva redacción dada al artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores.

2ª) Como consecuencia de lo anterior, ahora los únicos límites de la movilidad funcional ordinaria son las titulaciones académicas o profesionales y el respeto a la dignidad del trabajador. Concepto de dignidad que no resulta fácil concretar.

3ª) La movilidad funcional descendente se flexibiliza, al no exigirse ya la presencia de necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva, lo que evidencia el interés de facilitar el ajuste por parte de la empresa, sin atender al mayor perjuicio que supone esta situación para el trabajador. Será posible, pues, la movilidad funcional descendente cuando existan razones técnicas u organizativas que la justifiquen, aunque sean previsibles o no sean perentorias.

Y, 4ª) finalmente, cabe señalar que se ha redefinido el procedimiento de ascenso o cobertura de la correspondiente vacante en el caso de ejercer el trabajador funciones superiores: la reclamación de ascenso puede ser neutralizada vía convenio colectivo, se prevé expresamente la intervención de la representación unitaria en el caso de reclamación de la cobertura de la vacante y mediante convenio se pueden establecer períodos temporales de referencia diferentes a los recogidos en el artículo 39.2 del Estatuto de los Trabajadores.

¹³ ROQUETA BUJ, R., en "La flexibilidad...", ob.cit. pág. 107.

¹⁴ ROQUETA BUJ, R., en "La flexibilidad...", ob.cit. pág. 108.

III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 40 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL INCREMENTO DE LOS PARÁMETROS DE LA FLEXIBILIDAD

La reforma laboral de 2012 ha introducido cambios en el ámbito de la movilidad geográfica –artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores– que, aunque no tienen tanto calado como los incorporados en el marco de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo –artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores–, algunos de ellos son significativos precisamente por la filosofía de fondo a la que responden, que no es otra que, por un lado, facilitar la gestión empresarial de los recursos humanos, y, por otro, reducir al mínimo el papel de la autoridad laboral en el marco de las relaciones laborales. La misma filosofía se halla presente en otros aspectos de la reforma laboral, como en el propio artículo 41 y, sobre todo, en la nueva configuración dada al despido colectivo en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, cabe destacar que ha desaparecido la posibilidad, reconocida anteriormente a la autoridad laboral, de suspender durante seis meses la decisión de traslado colectivo cuando no existía acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo que hace que la decisión empresarial en este supuesto (como en el resto de los casos de movilidad geográfica recogidos en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores) sea directamente ejecutiva. Con ello se pierde, sin duda, un elemento dirigido a proteger los derechos de los trabajadores afectados por el traslado colectivo, aunque se hubiera utilizado poco en la práctica. Este cambio responde a la lógica, antes apuntada, de reducir a la mínima expresión la intervención de la autoridad laboral en el sistema de relaciones laborales.

En segundo lugar, y probablemente se trata de la reforma más importante adoptada en relación con la movilidad geográfica, cabe señalar que si bien se han mantenido las causas que permiten recurrir a ella (las ya tradicionales razones económicas, técnicas, organizativas o de producción), éstas se han redefinido, señalándose ahora, en la nueva redacción dada al artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores, que se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

Nueva redacción que da pie a tres reflexiones iniciales: 1ª) que la definición de las causas justificativas es ahora común para los supuestos de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con la excepción de las contrataciones referidas a la actividad empresarial en el caso del artículo 40; 2ª) que esa nueva definición amplía, de una forma importante y dentro de la lógica de fomento de la flexibilidad interna ya apuntada, las posibilidades de uso de estos instrumentos modificativos de las condiciones de trabajo, en efecto, las causas justificativas son vagas e indefinidas pero de indudable amplitud¹⁵; y, 3ª) que dados los amplios términos utilizados por la norma –“competitividad”, “productividad”, especialmente– la aplicación de estas causas justificativas plantea dudas que, es muy posible, acaben finalmente teniendo que resolver los Tribunales, que deberán controlar la concurrencia de la razón y de los hechos que la empresa alega y debe acreditar relacionados con su competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo, así como con las contrataciones referidas a la actividad empresarial¹⁶. Al tratarse de un elemento común a los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, estudiaremos el alcance de la nueva definición de las causas justificativas al analizar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En tercer lugar, también como novedad, se recogen nuevos criterios de preferencia para la permanencia en el centro de trabajo en los supuestos de traslado parcial de los trabajadores de dicho centro, de los que algunos de ellos plantean especiales dudas. Así, en el artículo 40.5

¹⁵ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., en “Medidas para...”, ob.cit. pág. 233.

¹⁶ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., en “Medidas para...”, ob.cit. pág. 233.

del Estatuto de los Trabajadores se establece ahora, junto con la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores ya prevista con anterioridad, que, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas, se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de los trabajadores de otros colectivos, tales como los trabajadores con cargas familiares, los mayores de una determinada edad o las personas con discapacidad. Posibles preferencias que, con los mismos términos, se recogen en el artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de despido colectivo. En este ámbito cabe realizar varias consideraciones:

1ª) Es evidente que la posibilidad de establecer otras prioridades de permanencia en el centro de trabajo de la empresa distintas a la de los representantes de los trabajadores a través de convenio colectivo o mediante el acuerdo alcanzado durante el período de consultas en el caso de traslado colectivo ya era admisible y perfectamente viable con la redacción del precepto anterior a la reforma laboral de 2012 y, por tanto, la novedad está precisamente en que dicha posibilidad se refleje ahora, de forma expresa, en el texto del artículo 40.5 del Estatuto de los Trabajadores. Opción legal que puede deberse a dos factores:

a) A la voluntad de recordar que no sólo los representantes de los trabajadores son susceptibles de obtener un trato preferente en este ámbito y que existen otros colectivos que, por otras razones, igualmente importantes, también tienen derecho a ser protegidos ante las graves consecuencias –profesionales, familiares y personales– que puede comportar un traslado forzoso de residencia por motivos laborales; y,

b) podría pensarse, en el supuesto concreto de los trabajadores con cargas familiares, que, previendo expresamente tal posibilidad el citado artículo 40.5, si no se prioriza tal situación –vía convenio o acuerdo– ante una decisión de traslado, está perfectamente justificado y resulta del todo legítimo que dichos trabajadores se vean afectados por tal decisión. En definitiva, la nueva redacción del artículo 40.5 podría llevar a pensar que no plantea ningún problema aplicar la movilidad geográfica a una persona con cargas familiares a su cuidado (aunque sean muy importantes) salvo que lo excluya el correspondiente convenio colectivo aplicable o se fije expresamente, en su caso, en el acuerdo adoptado durante el período de consultas cuando se trate de un traslado colectivo. Aun cuando no vamos a entrar en ello, éste podría ser un ejemplo más de la nula sensibilidad que la Ley 3/2012 muestra frente a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, máxime cuando no tiene para nada en cuenta la conciliación a la hora de diseñar las medidas de flexibilidad interna.

2ª) Tal y como deriva directamente de la referencia a “tales como”, la lista de colectivos susceptibles de prioridad de permanencia en el centro de trabajo del artículo 40.5, es una lista abierta y, en consecuencia, pueden recogerse tales colectivos y/o bien otros diferentes. A lo que cabe añadir que, mientras que la preferencia de los representantes de los trabajadores tiene, por razones evidentes, una base legal e incluso constitucional, el fundamento del resto de las posibles preferencias es, exclusivamente, convencional o contractual, pudiéndose fijar o no y, de establecerse, recogerse uno o varios, con un carácter de lista abierta, tal y como señalábamos anteriormente. Cabe tener presente, no obstante, que no puede incluirse una preferencia que responda a un criterio prohibido por la Constitución (artículo 14) o la ley (artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores) como, por ejemplo, los vínculos de parentesco con los trabajadores o personas relacionadas con la empresa¹⁷.

En todo caso, fijar los criterios de prioridad de permanencia ayuda a objetivar las decisiones de traslado y a proteger a determinados sujetos que lo requieren, junto con el supuesto de los representantes de los trabajadores.

¹⁷ ROQUETA BUJ, R., “La flexibilidad...”, ob.cit. pág. 118, quien cree posible establecer prioridades de permanencia en la empresa a favor del género menos representado en el grupo profesional de que se trate, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 17.4 del Estatuto de los Trabajadores.

3ª) La prioridad de permanencia puede establecerse a través de dos vías de distinto alcance: el convenio colectivo o el acuerdo alcanzado durante el período de consultas en los supuestos de traslado colectivo contemplados en el artículo 40.2 del Estatuto de los Trabajadores. En el primer caso, la concreción de los colectivos con preferencia constituye uno de los contenidos del convenio –de empresa o supraempresarial– y tiene la misma vigencia que el propio convenio colectivo, aplicándose en todo supuesto en que se produzca un traslado.

En cambio, el supuesto del acuerdo se relaciona con los casos en que esta cuestión no está prevista en el convenio colectivo o no de una forma suficientemente clara, y se aplica exclusivamente a los supuestos de traslado colectivo definidos en el citado artículo 40.2, en los que, además, exista un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

4ª) De los nuevos colectivos citados en el artículo 40.5, el que plantea mayores incógnitas en relación con su concreción es el de los trabajadores con cargas familiares y, ello por varias razones:

a) Aun cuando no estén del todo definidas las cargas familiares, resulta obvio que se pretende facilitar la permanencia en el centro de trabajo –y con ello en el mismo lugar de residencia– de aquellas personas que tienen cargas o responsabilidades familiares, situándolas en un estatus superior, como ocurre en otras materias como el reparto de las vacaciones, respecto de aquellas personas que no poseen dichas cargas. Aun cuando existan motivos que puedan justificar ese trato de favor (la propia conciliación de la vida laboral y familiar, a la que el Tribunal Constitucional ha dado relevancia constitucional sobre la base de lo dispuesto en los artículos 14 y 39 de la Constitución) también cabe preguntarse si con ello no se está afectando la libertad personal de aquellas personas que deciden, por ejemplo, no tener hijos o simplemente no los tienen. Con la lógica del artículo 40.5 del Estatuto de los Trabajadores, y de preverse expresamente, tal y como hemos visto, una persona soltera o casada sin hijos, aunque esté ejerciendo su libertad personal, tendrá siempre más puntos para ver alterado su lugar de residencia.

Y, b) no se define qué cabe entender en este contexto por “cargas familiares”, ya que lo único que puede deducirse del texto legal es que debe tratarse de una “carga” –un término probablemente mal elegido si tenemos en cuenta la evolución social que se ha producido en el ámbito del cuidado, donde no se suele hablar de cargas sino de responsabilidades– y que debe ser “familiar”, esto es, afectar a un familiar del trabajador, aun cuando, a diferencia de otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores –artículos 37.3.b), 37.5 o 46.3 por citar algunos– no se concreta el grado de parentesco por consanguinidad o afinidad a tener en cuenta. Tampoco se exige, como ocurre en algunos artículos del Estatuto de los Trabajadores relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar –nuevamente el artículo 37.5 y 46.3–, que el familiar esté al cuidado directo del trabajador.

Resulta evidente que el alcance real de esta vía de prioridad de permanencia en caso de traslado se fijará en el correspondiente convenio colectivo o acuerdo, y que dicho alcance podrá ser tan restrictivo o tan amplio como se decida en cada caso. A lo que cabe añadir, queremos insistir en ello, que también podrá fijarse esa prioridad teniendo en cuenta el caso de personas que, sin tener la condición de familiar, estén al cuidado de un trabajador (junto al caso obvio de la pareja de hecho, que no tiene la condición de familiar, cabe pensar también en el supuesto de personas que requieren cuidados pero no son familiares de quien los cuida). En todo caso, en este ámbito podrían servir, en su caso, como guía para los convenios y acuerdos las propias medidas de conciliación de la vida laboral y familiar recogidas en el Estatuto de los Trabajadores.

5ª) Como hemos visto, el nuevo artículo 40.5 del Estatuto de los Trabajadores se refiere también a los “trabajadores mayores de determinada edad” como colectivo susceptible de un trato preferente sin definir, nuevamente, qué se entiende por tal: ¿mayor de 45 años?, ¿mayor de 50 años?, ¿mayor de 55 años?, etc. Parece interpretarse que, a partir de una

determinada edad –que no se especifica– resulta más gravoso un traslado y que éste puede reservarse, vía convenio colectivo o acuerdo, para los jóvenes que trabajan en la empresa (cabe entender que el legislador les considera más emprendedores, más adaptables a una nueva vida en otra localidad, más abiertos a nuevas situaciones...). Nuevamente, tanto la posible aplicación de este criterio de preferencia como su alcance concreto corresponderá fijarlos al correspondiente convenio colectivo o acuerdo.

6ª) También se cita en el artículo 40.5 como posible colectivo prioritario el supuesto de las personas con discapacidad, sin más concreción, aun cuando en este contexto cabe interpretar que se entendería por tales aquéllas que presentan un grado –certificado oficialmente– de discapacidad igual o superior al 33 por 100. No obstante, como en los supuestos anteriores, sería el correspondiente convenio o acuerdo el que concretase –ampliándolo o restringiéndolo, respecto de lo señalado anteriormente– el ámbito de actuación de la preferencia. En fin, también cabe destacar que esta referencia expresa a las personas con discapacidad, así como lo señalado en el nuevo artículo 40.3 ter, resultan importantes en sí por ayudar a visibilizar a un colectivo que no está suficientemente presente en el marco del Estatuto de los Trabajadores.

Y, 7ª) finalmente, no cabe olvidar que pueden surgir problemas en el caso de que concurren varias personas con derecho a permanecer en el centro de trabajo sobre la base de razones diferentes. En estos supuestos, ¿cómo se resolverá la preferencia? Una vía para ello, cuando las preferencias tienen un origen convencional o contractual es fijar un orden de prelación en el correspondiente convenio colectivo o acuerdo.

En cuarto lugar, la Ley 3/2012 ha incorporado un nuevo apartado 3ter en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, que no estaba recogido en el Real Decreto-ley 3/2012, donde se señala que, para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en un localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo. En relación con esta cuestión cabe realizar algunas reflexiones:

a) Es obvio que, a diferencia del supuesto recogido en el, antes examinado, artículo 40.5 del Estatuto de los Trabajadores, en este caso no es la empresa sino el propio trabajador quien ejerce un derecho a la movilidad geográfica, y, en concreto, a un traslado a otro centro de trabajo de la empresa situado en otra localidad. Se trata, además, de un caso, el de las personas con discapacidad que cumplan ciertos requisitos, que se añade a otro ya existente antes de la Ley 3/2012, el de las víctimas de violencia de género¹⁸, y a otro supuesto incorporado por la propia Ley 3/2012, las víctimas del terrorismo (caso no previsto tampoco en el Real Decreto-ley 3/2012). En los tres supuestos, como señala expresamente el artículo 40.3 ter, las condiciones de aplicación son las mismas. Y a estos tres supuestos cabe añadir un cuarto, recogido en el artículo 40.3, referido al cónyuge del trabajador trasladado por la empresa, que se rige por sus propias reglas.

b) En el caso de las personas con discapacidad, el recurso a esta vía se fundamenta en la voluntad de hacer efectivo su derecho a la protección de la salud y se rige por las reglas siguientes:

¹⁸ Supuesto incorporado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

1) Se debe acreditar la necesidad de recibir un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con la discapacidad y, además, que resulta necesario recibir dicho tratamiento fuera de su localidad. Cabe entender que la acreditación correspondiente deberá ser a cargo de un organismo oficial y que se certificará la necesidad de seguir el correspondiente tratamiento (físico y/o psicológico, de cualquier tipo), que el mismo está relacionado con la discapacidad, así como el hecho de que no pueda recibirse en la localidad de residencia (por no existir un centro adecuado, por no haber plaza disponible en el correspondiente programa de rehabilitación o no haberla en una fecha próxima...). Aquí se plantea la duda de si esta vía está abierta cuando no es posible acceder al tratamiento de rehabilitación en el sector público pero sí es factible en el sector privado. A nuestro entender, la respuesta es afirmativa.

2) La norma habla de personas con discapacidad, lo que implica que esta vía está limitada sólo a aquellas personas que, conforme a lo dispuesto en la normativa específica, son consideradas como tales y poseen el correspondiente certificado que lo acredita. Pero, tal y como hemos visto, no toda persona con discapacidad puede ejercer este derecho, sino sólo aquella que cumpla los requisitos antes mencionados. Pero lo anterior también implica que quedan excluidas las personas que, como consecuencia de un accidente o enfermedad, requieren de un programa de rehabilitación pero que no tienen la consideración como persona con discapacidad, incluso cuando han sido declaradas incapacitadas permanentes parciales o totales según lo dispuesto en la Ley General de la Seguridad Social.

Y, 3) si se cumplen los requisitos, el trabajador con discapacidad tiene un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible el tratamiento de rehabilitación. Aquí cabe señalar lo siguiente:

- Aunque se trata de un derecho preferente (con las garantías que esto comporta), puede concurrir, como veremos después, con otros derechos preferentes del mismo nivel y, en todo caso, para poder ejercerlo siempre será necesaria la existencia de otro puesto de trabajo vacante en otro centro de trabajo que sea del mismo grupo profesional. No obstante, la referencia al grupo profesional –especialmente tras la nueva redacción dada al mismo por la Ley 3/2012– amplía las posibilidades de ejercer este derecho.

- La empresa está obligada a comunicarle al trabajador interesado las vacantes existentes en ese momento o las que se pudieran producir en el futuro¹⁹.

- El centro de trabajo de destino será en una localidad donde sea más accesible para el trabajador con discapacidad el correspondiente tratamiento. No se concreta aquí que cabe entender por “accesible”, aunque puede interpretarse como que dicho tratamiento sí se ofrezca en un centro de dicha localidad o existan plazas vacantes o se pueda recibir de una forma inmediata. De existir varias posibilidades, la decisión corresponde al trabajador y no constituye un elemento relevante la distancia geográfica que exista entre el centro de trabajo de origen y el centro de destino. Asimismo, aunque normalmente estaremos ante un verdadero traslado –con la consiguiente modificación del lugar de residencia–, también podría tratarse, simplemente, de un cambio de centro de trabajo que no suponga un cambio de residencia (que haga más fácil compatibilizar el horario laboral y el tiempo dedicado al tratamiento de rehabilitación), ya que lo relevante es que se pretende facilitar –con el objetivo de garantizar la protección de la salud del trabajador dis-

¹⁹ Artículo 40.3.bis) aplicable, como hemos visto, también en este caso.

capacitado— que se pueda cambiar el centro de trabajo a una localidad donde se pueda seguir el tratamiento requerido. Por tanto, en la línea de lo previsto, para las víctimas de violencia de género y del terrorismo, existiendo un cambio de centro de trabajo no siempre resultará aplicable en este ámbito lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, al no producirse un cambio de residencia del trabajador con discapacidad.

- Y, en fin, al asimilarse las condiciones en que resulta aplicable este supuesto a lo ya previsto en el artículo 40.3 bis para las víctimas de violencia de género y las víctimas del terrorismo, el traslado o el cambio de centro de trabajo tiene una duración inicial de 6 meses, durante los cuales la empresa tiene la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba el trabajador discapacitado. Finalizado dicho período, el trabajador podrá optar entre el reingreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, lógicamente, decae la obligación de reserva.

En este ámbito cabe hacer, al menos, dos consideraciones: a) que, a pesar de que el Estatuto de los Trabajadores se refiere a una duración inicial de 6 meses, a nuestro entender, la duración inicial puede ser inferior si existen circunstancias que lo justifican (la duración del tratamiento de rehabilitación en el caso del trabajador con discapacidad o la propia decisión de la víctima de violencia de género o de la víctima de terrorismo); y, b) en todos los supuestos pero por razones distintas, finalizado el período de 6 meses, el trabajador afectado puede decidir reingresar en su puesto de trabajo anterior o mantenerse en el nuevo, con un carácter ya permanente, desapareciendo la obligación empresarial de reserva del puesto de trabajo anterior. Cabe apuntar aquí que dicha reserva se refiere al mismo puesto de trabajo y no a un puesto semejante o del mismo grupo profesional, lo que denota la voluntad del legislador de proteger las condiciones originarias de trabajo del trabajador afectado, como consecuencia de los derechos que, en estos supuestos, se pretenden garantizar (derecho a la protección o a la asistencia social integral y el derecho a la protección de la salud).

c) Por otra parte, la Ley 3/2012 ha introducido un cambio, no previsto en el Real Decreto-ley 3/2012, en el ámbito de las víctimas de violencia de género: las condiciones de ejercicio del derecho son las mismas, pero se ha modificado el destinatario de la medida, ya que antes se hacía referencia a “las trabajadoras” víctimas de violencia de género y ahora se habla de “los trabajadores” que tengan la consideración de víctimas de violencia de género. Utilizar aquí el término genérico —pero masculinizado— de los trabajadores podría justificarse por el hecho de que en la nueva redacción del artículo 40.3 bis²⁰ del Estatuto de los Trabajadores se citan ahora conjuntamente las víctimas de violencia de género y las víctimas del terrorismo, pero ello no excluye que sea un uso desacertado ya que, salvo modificación futura de la Ley Orgánica 1/2004, la consideración actualmente de víctimas de violencia de género sólo la tienen las mujeres —las trabajadoras o funcionarias públicas— y el recurso aquí al término genérico no ayuda precisamente a visibilizar tal realidad, es más, la esconde.

d) También como novedad de la Ley 3/2012 —tampoco incorporada en el Real Decreto-ley 3/2012— cabe mencionar la inclusión de las víctimas del terrorismo en el marco del artículo 40.3 bis del Estatuto de los Trabajadores, con el mismo derecho y en las mismas condiciones, como hemos visto, que las víctimas de violencia de género y las personas con discapacidad que requieren un tratamiento de rehabilitación relacionado con su discapacidad. En este ámbito es posible realizar varios comentarios:

1º) Es la primera vez que se incorporan en el texto del Estatuto de los Trabajadores medidas dirigidas específicamente a las víctimas del terrorismo, y se hace, como hemos visto

²⁰ Lo mismo ocurre en el caso del artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores.

en el caso del artículo 40.3.bis, equiparando su situación y derechos a las víctimas de violencia de género, que, hasta el momento, era el colectivo que disponía del régimen laboral más protector. Y esas medidas se recogen tanto en el, ya visto, artículo 40.3.bis como en el artículo 37.7 referido a la reducción de la jornada y la reordenación del tiempo de trabajo. A lo que cabe añadir que la Ley 3/2012 ha incluido en el Estatuto de los Trabajadores una nueva disposición adicional 22ª donde se define, a los efectos precisamente de los artículos 37.7 y 40.3.bis, el concepto de víctima del terrorismo.

Sin embargo, también cabe tener muy presente que la equivalencia con las víctimas de violencia de género es sólo parcial, ya que a las víctimas del terrorismo no se les reconoce el derecho a suspender el contrato de trabajo previsto en los artículos 45.1.n) y 48.6, ni tampoco la posibilidad de declarar extinguido el contrato de forma unilateral causando una situación legal de desempleo conforme a lo señalado en el artículo 49.1.m) del Estatuto de los Trabajadores. Y tampoco se excluye del cómputo como faltas de asistencia, en el marco del despido por absentismo justificado del artículo 52.d), las motivadas por la situación física o psicológica derivada de la condición de víctima del terrorismo, ni, en fin, las víctimas del terrorismo gozan del mecanismo protector de la nulidad de su despido regulado para las víctimas de violencia de género en los artículos 53.4.b) y 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores.

2º) En relación con la definición de víctima del terrorismo a los efectos de lo previsto en el artículo 40.3.bis, como señalábamos antes, en la nueva disposición adicional 22ª del Estatuto de los Trabajadores se nos da el correspondiente concepto, afirmándose al respecto que deben considerarse como tales las personas incluidas en los artículos 5 y 33 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

En el primero de esos preceptos se prevé que tienen la consideración de amenazados las personas que acrediten, en los términos del artículo 3 bis de la citada Ley 29/2011, sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas; mientras que, conforme al segundo, podrán recurrir a la medida del artículo 40.3 bis tanto las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, como su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad durante al menos los dos años anteriores y los hijos, tanto de los heridos como de los fallecidos, previo reconocimiento como víctimas del terrorismo por parte del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme. Ello supone que:

- A la medida de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo puede acceder tanto el amenazado como la propia víctima del terrorismo y sus familiares más cercanos: cónyuge o pareja de hecho e hijos (los familiares tanto cuando la víctima directa haya fallecido como cuando resulta herida). Por tanto, una misma situación puede dar lugar a que varias personas recurran a lo previsto en el artículo 40.3.bis, sin que, de trabajar más de una en la misma empresa, pueda aplicarse limitación alguna.

- En el caso de la pareja de hecho se requiere una convivencia previa de, al menos dos años, que podrá justificarse a través de los diversos medios de prueba admitidos en derecho, sin que pueda exigirse la inscripción en un registro público de parejas de hecho o la formalización de un documento público (aunque, obviamente, de existir éstos se facilitará la prueba). Asimismo, al no preverse nada en sentido contrario, cabe entender que las posibles interrupciones en la convivencia no afectarán al cómputo del plazo de los 2 años²¹. En relación con los hijos cabe entender que todos ellos, con independencia de su filiación, pueden acceder a esta vía.

²¹ A diferencia de lo que ocurre en el marco de la pensión de viudedad, donde se exige expresamente que la convivencia de la pareja de hecho sea "ininterrumpida" (artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social).

- Como requisito formal se exige la previa declaración –que deberá presentarse en la empresa para poder reclamar lo establecido en el artículo 40.3.bis– como víctima del terrorismo, ya sea por el propio Ministerio del Interior o por parte de una sentencia judicial firme.

- Y, en fin, el alcance de la medida es el mismo previsto para las víctimas de violencia de género y muy semejante al, ya visto, para los trabajadores con discapacidad: cuando la víctima de terrorismo se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad en la que venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tiene derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo, de lo que deberá informarla. Y el traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de 6 meses, durante los cuales se le reservará su puesto de trabajo anterior. Agotado dicho plazo, el trabajador víctima del terrorismo podrá optar por retornar a su anterior puesto de trabajo o continuar en el nuevo, decayendo la obligación de reserva del puesto anterior por parte de la empresa. Cabe plantear aquí algunas cuestiones:

* La decisión de acudir a esta medida corresponde exclusivamente a la víctima del terrorismo pero sí es necesario que tal decisión sirva para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

* Como sabemos, este derecho se concreta en ocupar de forma preferente un puesto de trabajo del mismo grupo profesional que esté vacante, sorprendiendo el hecho de que la nueva redacción del artículo 40.3.bis siga refiriéndose a la “categoría profesional equivalente”. El mantenimiento de esos términos podría dar lugar a una doble interpretación: la eliminación de las categorías profesionales por obra del Real Decreto-ley 3/2012 en la nueva redacción dada al artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores sólo lo es a los efectos de lo previsto en dicho precepto y, por consiguiente, sólo en materia de clasificación profesional pero las categorías profesionales –equivalentes o no– siguen vigentes en otros ámbitos como, por ejemplo, en el marco de la movilidad geográfica o de los ascensos y retribuciones. O, por el contrario, entender que la desaparición de las categorías profesionales lo es a todos los efectos y que su presencia en el artículo 40.3.bis responde a un simple lapsus del legislador. A nuestro entender, un elemento de coherencia exigible en esta materia y, sobre todo, el carácter fundamentador y básico de la propia clasificación profesional respecto del resto de cuestiones, hace pensar que el único referente ahora en todas las cuestiones es el grupo profesional.

* Tal y como ya hemos señalado en el supuesto de los trabajadores con discapacidad, esta medida avala tanto el traslado de la víctima como el simple cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia, en este último caso ya sea en la misma localidad o en otra localidad más o menos cercana.

* La empresa, como en el supuesto de los trabajadores con discapacidad debe informar, de forma periódica, a la víctima del terrorismo de la existencia de vacantes presentes y futuras en cualquiera de sus centros de trabajo, con independencia de dónde se hallen ubicados éstos, incluido el extranjero.

* Y, en fin, como ya vimos páginas atrás, se trata de una medida inicialmente temporal pero que se puede convertir en permanente, lo que depende, exclusivamente, de la voluntad del trabajador afectado.

e) Cabe recordar que la Ley 3/2012 no ha modificado el artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores y, por consiguiente, si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si es trabajador de la misma empresa, tiene derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera un puesto de trabajo vacante.

Y, f) por último, surge la duda de cómo se resolverá la cuestión cuando la preferencia recogida en el artículo 40.3.bis y ter pretendan ejercerla simultáneamente varios beneficiarios, por ejemplo, una víctima del terrorismo y una persona con discapacidad.

IV. LAS MODIFICACIONES EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: LA AMPLIACIÓN DEL MARGEN DE ACTUACIÓN EMPRESARIAL

Entrando ya en los cambios incorporados por la reforma laboral de 2012 en el marco de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cabe realizar algunas consideraciones generales y otras más específicas.

Empezando por las primeras, cabe señalar, en primer lugar, que la reforma laboral ha dado un paso más en el proceso de homogeneización y acercamiento entre los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, entre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación o descuelgue de determinadas condiciones de trabajo. En efecto, se han reordenado ambas figuras, se han ampliado las similitudes entre ellas, especialmente desde la perspectiva de las materias susceptibles de afectación, pero se mantienen diferencias importantes entre ambas vías modificativas desde las perspectivas procedimental y causal.

Esta reordenación implica que la vía del artículo 41 se limita a las condiciones de trabajo recogidas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o derivadas de una decisión empresarial de efectos colectivos, mientras que las condiciones de trabajo cuyo origen se encuentra en un convenio colectivo estatutario sólo pueden modificarse por la vía de la inaplicación o descuelgue del artículo 82.3²².

A lo que cabe añadir que es más fácil, desde la perspectiva empresarial, acudir con éxito a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 que a la inaplicación o descuelgue del artículo 82.3, ya que, en el primer supuesto, aun previéndose la necesaria celebración de un período de consultas si se trata de una modificación sustancial de carácter colectivo, el margen de decisión unilateral de la empresa es muy amplio.

En segundo lugar, en relación con las causas justificativas, el nuevo artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se refiere inicialmente a “razones” y no a “causas”, lo que podría llevar a plantearse qué se persigue utilizando dicho término y si se ha hecho a propósito. Sin embargo, más adelante el precepto habla de causas por lo que tal debate parece inútil. Lo que sí resulta claro es que las causas justificativas no se definen de la misma manera en el artículo 41 que en el artículo 82.3, y que, como apuntábamos páginas atrás, ahora las causas justificativas de los artículos 40 y 41 coinciden²³, lo que nos lleva a realizar dos consideraciones: por un lado, que el artículo 82.3, con algún matiz, recoge la definición de las causas del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en materia de despido colectivo, y, por otro lado, que la definición de las causas de los artículos 40 y 41 resulta mucho más amplia, recogiendo unas causas justificativas definidas de una forma muy etérea e indeterminada, lo que otorga, sin duda, un amplio margen de actuación a las empresas²⁴. Asimismo, parece desprenderse de la nueva redacción una falta de gravedad en las causas, lo que reduce las garantías del trabajador. Nueva definición de las

²² En el propio artículo 41.6 del Estatuto de los Trabajadores se establece que la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.

²³ Salvo, como ya hemos señalado, en la referencia a las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

²⁴ Para CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS, el criterio anterior en este ámbito ha sido sustituido “por un criterio enormemente difuso, en buena parte vinculado a factores económicos genéricos, de carácter eminentemente exógenos a la actividad productiva y por tanto al abrigo de controles rigurosos, y dotados de un potencial aplicativo favorable a los intereses de la empresa; esto es, a la validación jurídica del ejercicio por el empresario de los poderes extraordinarios que se le han concedido...”, en “La nueva...”, ob.cit. págs.. 27-28.

causas, que, además, plantea problemas y que, de no modificarse, dará pie, como ya hemos señalado, a un amplio margen de intervención judicial, como ya está ocurriendo en el caso de los despidos colectivos.

En efecto, como ya ocurre en el artículo 40.1, en el artículo 41.1 se prevé ahora que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se podrá llevar a cabo cuando se hallen presentes probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; añadiéndose a ello que se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa (no tratándose ya, como ocurría con la regulación anterior, de contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar la situación y perspectivas de la empresa).

Es fácil constatar que cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, especialmente las vinculadas con el tiempo de trabajo y/o la cuantía salarial, pueden ayudar a la competitividad o productividad de una empresa. Por poner un ejemplo, no hay duda que ahora que lo permite el artículo 41, una rebaja salarial con el límite del salario convenio hará más competitiva a una empresa frente a sus competidores en su ámbito de actividad y justifica el recurso a lo dispuesto en dicho precepto. Puede entenderse, pues, que existirá una causa económica no sólo cuando se constaten pérdidas en la empresa o una disminución persistente de los beneficios sino también cuando se pretende mejorar su posición competitiva o su productividad, y causas técnicas u organizativas cuando se hayan producido cambios en los medios o instrumentos de producción o en los sistemas y métodos de trabajo del personal²⁵.

No obstante, aquí también cabe entender que no todo puede ser admisible, o, en otras palabras, no todo lo van a admitir los Tribunales. Se mantiene en sus manos valorar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida modificativa adoptada, aunque no se den indicaciones legales claras sobre cómo hacerlo.

En tercer lugar, cabe tener presente que las vías del artículo 41 y del 82.3 son compatibles entre sí, y, en consecuencia y volviendo nuevamente al ejemplo de la rebaja de la cuantía salarial que perciben los trabajadores, si bien no podemos rebasar el límite del salario convenio por la vía del artículo 41 sí podemos recurrir primero a la inaplicación o descuelgue salarial del artículo 82.3 y, posteriormente, a lo dispuesto en el artículo 41. El marco de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo “combinada” es, por tanto, muy amplio.

En cuarto lugar, en relación con las materias modificables existe ahora, como ya hemos adelantado, una importante homogeneidad en lo dispuesto en los artículos 41 y 82.3, al recogerse las mismas materias con la única excepción de la inclusión en el último de ellos de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social². Asimismo, se mantiene el carácter de lista abierta de materias en el artículo 41.1 y se incorpora, como una importante (y polémica) novedad, la cuantía salarial. Y precisamente para valorar el alcance real de esta novedad, aunque algo ya hemos apuntado anteriormente, cabe realizar algunas consideraciones:

1^a) Se ha zanjado definitivamente el debate sobre si la referencia en el artículo 41.1 al sistema de remuneración, como materia susceptible de modificación sustancial, incluye o no la concreta cuantía salarial recibida por los trabajadores. Es cierto que judicialmente ya se había admitido, en algunas sentencias, tal posibilidad bajo la redacción anterior del artículo 41, pero ahora ya no quedan dudas.

2^a) Cabe preguntarse qué se puede entender aquí por cuantía salarial y, por tanto, qué es lo que podría modificarse: en esta cuestión caben varias interpretaciones, máxime si tenemos en cuenta que el artículo 82.3, que, como ya hemos señalado, recoge una enumeración de materias modificables muy semejante a la del artículo 41, separa expresamente la cuantía salarial de las mejoras voluntarias.

²⁵ ROQUETA BUJ., R., “La flexibilidad...”, ob.cit. pág. 116.

²⁶ Letra g) del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

A nuestro entender, a pesar de que la norma se refiera expresamente a la cuantía salarial, dado el carácter abierto de la lista de materias del artículo 41.1, las percepciones extrasalariales también son susceptibles de modificación por esta vía, especialmente las mejoras voluntarias. Por tanto, las vías del artículo 41 y del 82.3 permiten modificar las mismas materias pero con la importante diferencia de que mientras que el artículo 41.1 recoge, como venimos afirmando, una lista abierta de materias y, por consiguiente, susceptible de ampliación, la lista del artículo 82.3 es cerrada y, en consecuencia, no admite ningún tipo de ampliación. La razón de esto último se debe, sin duda, al hecho de que, como hemos afirmado, en el artículo 82.3 lo que se modifica son condiciones de trabajo reguladas en un convenio colectivo estatutario.

A lo que cabe añadir que cualquier modificación en la cuantía salarial, por escasa que sea, va a tener un carácter sustancial y deberá recurrirse necesariamente a lo previsto en el artículo 41, por cuanto, no podemos olvidarlo, estamos modificando un elemento esencial del contrato de trabajo, como es la contraprestación económica percibida por el trabajador a cambio de su prestación de servicios.

3ª) Es fácil constatar que la modificación de la cuantía salarial implicará siempre, a diferencia de los cambios que pueden introducirse en el sistema de remuneración, una reducción salarial –de mayor o menor cuantía–; tratándose de una medida “estable” en el tiempo cuya reversión queda previsiblemente en manos del convenio colectivo estatutario –que puede tardar más o menos en decidirla, en función de las circunstancias presentes en cada caso, especialmente en estos momentos de grave crisis económica.

4ª) Como ya hemos señalado, la reforma laboral de 2012 ha abierto el camino para que una empresa reduzca (otra cosa es que no lo haga por motivos estratégicos o de otra índole) la cuantía salarial que paga a sus trabajadores por causas económicas y con el objetivo de ser más competitiva y/o productiva en el mercado en el que se mueve. Pero esta posibilidad, que responde más a una lógica económica que jurídica, puede llevar a utilizar la rebaja salarial (por sí sola o junto con la eventual modificación de otras condiciones de trabajo, especialmente las vinculadas con la ordenación del tiempo de trabajo) como un elemento de competencia entre las empresas, por ejemplo, a la hora de acceder a contrataciones y subcontratas u ofrecer obras, servicios o productos a un precio más asequible, lo que abre un escenario, como poco, preocupante.

A lo que cabe añadir que este mecanismo modificativo (en relación tanto con la cuantía salarial como con otras condiciones de trabajo) puede ofrecer más ventajas en las empresas que tengan ciertas dimensiones –donde existen mayores posibilidades de adaptación respecto a su plantilla– que en el caso de las pequeñas y medianas empresas, donde el camino a recorrer por esta vía puede ser bastante corto.

5ª) En todo caso, la decisión empresarial de modificar la cuantía salarial, que, obviamente, no puede tener efectos retroactivos, posee como límite el salario previsto en el convenio colectivo estatutario aplicable, salvo que la empresa haya procedido previamente, como señalábamos páginas atrás, a la inaplicación o descuelgue salarial vía artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y, a todos los efectos, y si no existe convenio, actuará como límite el salario mínimo interprofesional.

6ª) Al haberse modificado, como veremos a continuación, la forma de distinguir entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas, ahora es posible –siguiendo el ejemplo puesto por CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS²⁷– que una empresa con 11 trabajadores, de los que dos son ejecutivos, reduzca la cuantía salarial a 9 de ellos con el único re-

²⁷ “La nueva...”, ob.cit. pág. 26.

quisito de notificarlo al delegado de personal y a los trabajadores afectados. La ampliación del poder empresarial en esta cuestión resulta evidente.

Y, 7ª) finalmente y aunque se trate de un riesgo común a todas las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, la posibilidad de reducir la cuantía salarial puede utilizarse, con mayor facilidad, como un “arma” para lograr rebajar los costes laborales no sólo rebajando efectivamente lo que se paga a los trabajadores sino también reduciendo la propia plantilla de la empresa con un importe indemnizatorio menor al previsto para el despido improcedente. En efecto, tal y como ha aparecido recientemente en la prensa, algunas empresas están “informando” a sus trabajadores de que les reduce el salario en un 15 o 20 por 100 y les modifica la jornada de trabajo con el objetivo de que aquéllos recurran a la extinción indemnizada del contrato por la vía del artículo 41.3, con un coste indemnizatorio de sólo 20 días de salario por año de servicio. Y también se está recurriendo a otra fórmula con el mismo efecto: informar de que se traslada a los trabajadores de centro de trabajo con el consiguiente cambio de residencia y que se les rebaja el salario.

A nuestro entender, es posible que la reforma laboral de 2012 no persiga precisamente ese objetivo, pero es evidente que si hubiera querido evitarlo hubiera debido arbitrar una vía que permitiese, en estos casos, el incremento del importe de la correspondiente indemnización, equiparándola a la prevista para el despido improcedente.

En quinto lugar, la reforma laboral de 2012 ha modificado, de manera importante, la forma como se distingue entre las modificaciones sustanciales individuales y las modificaciones sustanciales colectivas, basándose ahora dicha distinción no en la fuente que reconoce la condición de trabajo sino exclusivamente en el número de trabajadores afectados por la modificación dentro de un período de 90 días; utilizándose, como parámetro, en el nuevo artículo 41.2, los mismos umbrales recogidos en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores para el despido colectivo: a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; b) el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores; y, c) 30 trabajadores en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores. La modificación sustancial es de carácter individual si, en el período de 90 días de referencia, la modificación no alcanza esos umbrales.

Esta nueva solución, aun siendo clarificadora y de aplicación sencilla, tiene como efecto querido (y conseguido) el ampliar de una forma relevante el campo de aplicación de las modificaciones sustanciales individuales, mucho más fáciles, desde la perspectiva procedimental, para la empresa, limitándose el control colectivo de la modificación y permitiéndose alterar unilateralmente incluso una condición de trabajo fijada a través de un acuerdo o pacto colectivo.

En sexto lugar, si, conforme a los citados umbrales del artículo 41.2, nos encontráramos ante una modificación sustancial individual, el procedimiento a seguir es muy sencillo, consistiendo simplemente en la notificación escrita a los trabajadores afectados y a sus representantes con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad (antes de la reforma eran 30 días). El incumplimiento de este procedimiento no afectaría a la validez de la decisión modificativa, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.6 de la LISOS, donde se califica como falta grave la modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario sin acudir al procedimiento establecido en el artículo 41.

Por otra parte, si el trabajador resulta perjudicado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo tiene derecho a rescindir su contrato de trabajo y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades. Esta vía de extinción del contrato, que, como novedad, ahora también resulta aplicable en el caso de la modificación de la cuantía salarial, ha planteado y seguirá planteando la duda de cómo interpretar el requisito de que el trabajador resulte “perjudicado” (y, en concreto, en materia

salarial, la pérdida retributiva no siempre comportará un perjuicio grave para el trabajador que dé lugar a la rescisión del contrato de trabajo). Sorprende, no obstante, por cuanto resulta difícil adivinar el motivo, que el único caso de los citados en el artículo 41.1 en que, actualmente, no puede recurrirse a esta vía extintiva indemnizada es cuando la modificación sustancial afecta al sistema de trabajo y rendimiento aplicable en la empresa.

Asimismo, tal y como reconoce el artículo 41.3, sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación, el trabajador que no opte por la rescisión de su contrato puede impugnarla ante la jurisdicción social por la vía del artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y la correspondiente sentencia declarará la modificación sustancial justificada o injustificada y, en este último supuesto, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus condiciones laborales anteriores, así como al abono de los correspondientes daños y perjuicios. Aquí se plantea un doble y trascendente problema:

a) Por un lado, delimitar cómo acreditará la empresa la causa que justifica la modificación sustancial, y, en correlación con ello, qué argumentos o factores ayudarán al Juez de lo Social a adoptar una decisión sobre el carácter justificado o no de la decisión empresarial, especialmente, cuando la razón principal que fundamenta esa decisión es, por ejemplo, ganar competitividad o productividad (¿qué valorará en este caso el Juez y cómo lo hará?). En esta cuestión cabe entender que el Juez tiene competencia para pronunciarse sobre la existencia de la causa justificativa así como para hacer un juicio de razonabilidad en relación con la medida modificativa adoptada.

Y, b) por otro lado, persiste un problema ya presente en la regulación anterior: cuando la sentencia declara injustificada la modificación sustancial y la empresa no reintegra al trabajador en la situación anterior o lo hace de forma irregular, éste puede solicitar, conforme al artículo 138.8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por la vía del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores²⁸, lo que implica, de hecho, acabar despedido, y tras la reforma laboral de 2012, con una indemnización inferior. A nuestro entender, dicho precepto debe ser reinterpretado en el sentido de que el trabajador tiene la opción de solicitar que se le reintegre en sus condiciones anteriores “o” (no “y”) solicitar la rescisión de su contrato por la vía del artículo 50.1.c).

Cabe recordar también aquí que, tal y como prevé el artículo 138.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el Juzgado de lo Social puede solicitar un informe urgente a la Inspección de Trabajo que se referirá a los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes. No cabe ignorar, por una parte, la dificultad que plantea para la Inspección de Trabajo llevar a cabo este informe y, en concordancia con ello, cabe preguntarse por el papel real que este informe puede jugar en el marco de este concreto procedimiento judicial.

En séptimo lugar, cuando se trate de una modificación sustancial de carácter colectivo, la decisión empresarial debe ir precedida por un período de consultas de una duración no superior a 15 días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Estas consultas se llevarán a cabo con los representantes de los trabajadores, con dos matices: 1) la intervención como interlocutores corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden y tengan la mayoría de los miembros del comité de empresa

²⁸ Artículos 279 a 281 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

o entre los delegados de personal; y, 2) en las empresas en las que no exista representación de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación a una comisión específica, conformada por ellos mismos (elegidos sus miembros democráticamente) o por representantes de los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma²⁹.

Asimismo, el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación, que debe desarrollarse dentro del plazo máximo de 15 días señalado para el período de consultas.

Cabe tener muy presente que durante ese período de consultas, las partes deben negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, que requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos. De negociarse con la comisión específica antes citada, se requerirá el voto favorable de la mayoría de sus miembros.

En este ámbito cabe realizar algunas consideraciones:

1ª) Se mantiene la posibilidad, acertada, de que el período de consultas se lleve a cabo con los representantes de los trabajadores o con una comisión específica en las empresas en que aquéllos no existan.

2ª) Como hemos visto, el período de consultas versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. El contenido y desarrollo del período de consultas presentarán caracteres propios y bastante más particulares cuando se trata de rebajar la cuantía salarial que perciben los trabajadores que cuando se pretende, por ejemplo, modificar el sistema de trabajo y rendimiento aplicable en la empresa, al afectar el primer caso a una condición esencial del contrato de trabajo.

3ª) Es importante destacar que, durante el período de consultas, las partes deben negociar de “buena fe”, concepto relevante pero difuso, que exige no sólo que ese período de consultas se desarrolle efectivamente sino también que, durante el mismo, se dé la información necesaria y se entregue la documentación justificativa requerida, exista un intercambio de impresiones entre las partes, se intenten acercar las posiciones, etc. Deber de buena fe que comporta también un deber de información, pero cuyas fronteras no son del todo nítidas, aun cuando, lo que sí está claro es que, conforme al artículo 138.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se declarará nula la decisión modificativa en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al período de consultas establecido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Ello supone, en definitiva, que un período de consultas donde no se cumpla con ese deber de buena fe dará lugar a la nulidad de la decisión modificativa.

Y, 4ª) también para evitar el fraude, cuando con el objetivo de eludir tener que recurrir al período de consultas, la empresa realice modificaciones sustanciales en períodos sucesi-

²⁹ En este caso, tal y como se establece el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

vos de 90 días en número inferior a los umbrales previstos en el artículo 41.2, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, esas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efectos.

Lógicamente, el período de consultas puede acabar con un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores o sin acuerdo. Acuerdo que, obviamente, sería válido aunque ya hubieran transcurrido los 15 días previstos legalmente para el período de consultas (así, un acuerdo en el día 19 sería aceptable).

Si existe acuerdo, se presume que concurren las causas justificativas para proceder a la modificación sustancial y el acuerdo sólo puede ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Se da aquí una presunción a favor de la validez del acuerdo que admite muy pocas causas de impugnación, además, de una especial dificultad de prueba y gravedad. En fin, de existir un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, va a ser muy difícil en la práctica que exista un resquicio que permita su impugnación por parte de los trabajadores afectados. Obviamente, un acuerdo de tales características sólo es posible cuando se trata verdaderamente de una modificación sustancial de carácter colectivo, no, por tanto, cuando se trata de modificaciones individuales, aunque sean plurales. Y, en todo caso, y como vimos anteriormente, el trabajador afectado tiene derecho, si resulta perjudicado, a extinguir su contrato de trabajo, de forma indemnizada, por la vía del artículo 41.3.

En caso de desacuerdo durante el período de consultas, la empresa comunicará su decisión modificativa a los trabajadores una vez finalizado dicho período y ésta surtirá efectos en el plazo de los 7 días siguientes a su notificación (se ha producido aquí una reducción sustancial del plazo, con la finalidad de agilizar el procedimiento). Notificación que debe realizarse por escrito a cada uno de los trabajadores afectados por la modificación.

Contra las decisiones modificativas de carácter colectivo se puede reclamar por la vía del procedimiento de conflicto colectivo³⁰, sin perjuicio de la acción impugnatoria individual que pueden plantear los trabajadores afectados ante la jurisdicción social (que no impide, como vimos antes, la ejecutividad de la medida) en un plazo de 20 días. No obstante, la interposición del conflicto colectivo paraliza la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

En octavo lugar, cabe recordar que esta vía modificativa resulta aplicable en los supuestos en que se modifican condiciones de trabajo recogidas en un convenio colectivo extraestatutario o en un pacto de empresa, lo que podría plantear ciertos interrogantes en relación con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Constitución y la fuerza vinculante de los convenios, si bien, también cabe recordar que, hasta el momento, el Tribunal Supremo no ha visto problemas a este respecto. Sin duda, los acuerdos colectivos y los pactos de empresa son uno de los claros damnificados de la reforma laboral de 2012, ya que ahora se permite incluso su modificación unilateral por parte de la empresa cuando no se alcanzan los umbrales del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores³¹.

Por último, cabe señalar que, tras la reforma laboral de 2012 y la nueva redacción dada al artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, una modificación sustancial que se

³⁰ Artículo 153 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

³¹ Para ROQUETA BUJ, en este caso, el empresario deberá acreditar, no sólo la concurrencia de un sustrato nuevo o diferente, desde la perspectiva económica, técnica, organizativa o productiva, sino también que la medida adoptada cuenta con una justificación objetiva y razonable, en "La flexibilidad...", ob.cit. pág. 119. Para dicha autora la reforma laboral de 2012 ha venido a acentuar la valoración contractualista de los convenios colectivos no estatutarios, pág. 122.

ajuste —en el fondo y la forma— a lo previsto en el artículo 41 no justifica la resolución del contrato de trabajo por tal vía, que cuenta, como sabemos, con una indemnización más alta.

Tras esta reforma legal, con un efecto desfavorable evidente para los trabajadores, las modificaciones sustanciales que permiten esa extinción son sólo aquellas llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que, además, redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador (concepto difícil de precisar: ¿se trata de la dignidad profesional del trabajador?, ¿de la dignidad personal protegida constitucionalmente?). Asimismo, tal y como ya hemos señalado, ha desaparecido del artículo 50.1.a) la referencia al perjuicio en la formación profesional del trabajador, a la vez que se ha eliminado la remisión que antes se hacía en el artículo 41.3 al artículo 50.1.a). Por tanto, la mera existencia de un perjuicio en la formación profesional no es ahora motivo suficiente para que el trabajador pueda recurrir al artículo 50 del Estatuto, requiriéndose que la decisión modificativa empresarial sea declarada injustificada y que, además, redunde en menoscabo de la dignidad del trabajador³². En fin, con todos esos cambios se restringe mucho, sin duda, el posible uso de esta vía extintiva por parte de los trabajadores.

³² ROQUETA BUJ, R., “La flexibilidad...”, ob.cit. pág. 125.