

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES LABORALES INCLUIDAS EN CONVENIOS COLECTIVOS. VIEJOS Y NUEVOS INTERROGANTES A PARTIR DE LA LEY CONCURSAL

José Gustavo Quirós Hidalgo

Doctor en Derecho

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

La institución de la modificación sustancial de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos, ya de por sí controvertida por la pluralidad de cuestiones pendientes de una resolución precisa, vino a ser nuevamente fuente de interrogantes con la entrada en vigor de la Ley Concursal. En concreto, queda abierta la duda y el debate sobre si el Juez de lo Mercantil es competente para analizar el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores o, entre otras, sobre el carácter causal de la alteración, la posibilidad de predicarse también de pactos extraestatutarios, la tramitación del acuerdo novatorio y su extensión temporal o la disponibilidad del art. 41.2.3.º ET para los interlocutores sociales.

José Gustavo Quirós Hidalgo

SUMARIO

- I. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES CONTENIDAS EN CONVENIOS COLECTIVOS CUANDO NO EXISTA DECLARACIÓN CONCURSAL.
 1. Carácter causal de la modificación sustancial.
 2. Convenio colectivo estatutario o extraestatutario. Acuerdo modificativo.
 3. Disponibilidad del artículo 41.2.3.º ET.

- II. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO CUANDO CONCURRE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 64 Y 66 LC.

BREVE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

Listado de abreviaturas utilizadas:

AL	Revista Actualidad Laboral	RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
AS	Revista Aranzadi Social	RL	Revista Relaciones Laborales
CE	Constitución Española	RTSS (CEF)	Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)
CC	Código Civil	SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social
DL	Revista Documentación Laboral	STCo	Sentencia del Tribunal Constitucional
ET	Estatuto de los Trabajadores	STS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social
LC	Ley Concursal	STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial	TL	Revista Temas Laborales
LPL	Ley de Procedimiento Laboral	TS	Revista Tribunal Social
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales		
RD	Real Decreto		
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo		

La modificación sustancial de las condiciones laborales ha sido largamente estudiada por la doctrina científica en sus distintas vertientes y en sus diversas versiones. A pesar de ello, determinadas cuestiones siguen pendientes de una resolución clara o definitiva y, además, la entrada en vigor de la Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio (LC) añadió nuevos interrogantes necesitados de una rápida y certera intervención de los operadores jurídicos. Utilizando tales afirmaciones como pretexto, el presente trabajo trata de exponer los problemas aún existentes —aportando fundadamente su versión— cuando la alteración afecta a condiciones laborales contenidas en un convenio colectivo (art. 41.2.3.º ET) y parando principalmente la mirada en el papel a desempeñar por la negociación desarrollada entre los interlocutores sociales, exigua por las previsiones excepcionales (*verbi gratia*, movilidad funcional o descuelgue salarial) capaces de llevar a afirmar cómo «gran parte de la regulación... carece de un ámbito objetivo de aplicación... y corre el riesgo de convertirse en un cauce jurídico residual»⁽¹⁾. Al adoptar tal óptica, procede obviar —debido a la extensión requerida— el tratamiento de las consecuencias derivadas para el trabajador, los aspectos procesales⁽²⁾, el análisis de las cuatro materias listadas⁽³⁾, o la propia consideración de las alteraciones como «sus-

1. Además de suponer un cauce donde la modificación es especialmente resistente. RIVERO LAMAS, J.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo», *REDT*, núm. 100, t. I, 2000, p. 884.

2. Aun cuando goce igualmente del carácter de norma de procedimiento, es claro que el precepto «*constituye en primer término una norma sustantiva desde su arranque*», RIVERO LAMAS, J.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo», cit., p. 867. Para tales aspectos baste remitir a quien más y mejor ha estudiado el asunto, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1996, pp. 153 y ss.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 213 y ss., o BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 131 y ss.

3. Un estudio detallado sobre el contenido y alcance de cada una de las materias en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», *La Ley*, núm. 3779, año XVI, pp. 16-22, o BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, cit., pp. 47 y ss.

José Gustavo Quirós Hidalgo

tanciales»⁽⁴⁾, guiando el discurso a partir de una diferenciación básica (al menos *a priori*) atinente a la presencia o no de declaración concursal.

I. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES CONTENIDAS EN CONVENIOS COLECTIVOS CUANDO NO EXISTA DECLARACIÓN CONCURSAL

1. CARÁCTER CAUSAL DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

En primer lugar, aun cuando la redacción del precepto (art. 41 ET) no es todo lo clara que hubiera resultado aconsejable, parece mayoritaria —si no unánime— la opinión a favor de exigir en todo caso la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁽⁵⁾, correspondiendo al empresario la carga de la prueba sobre su concurrencia, entidad, causalidad y proporcionalidad⁽⁶⁾. En cualquier caso, el propio precepto ampara una con-

4. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», cit., pp. 14-15.

5. «Indudablemente, la prescripción inicial del artículo 41.1 ET sobre las razones que justifican la modificación sustancial de condiciones de trabajo, se refiere a todos los supuestos y procedimientos previstos en aquel artículo, aun cuando no se reitere expresamente su exigencia en cada uno de ellos» (GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», REDT, núm. 75, 1996). Por tal motivo, «y por encima de la difícil precisión de los conceptos generales utilizados, es claro que han de existir las razones y acreditarse fehacientemente» (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», cit., p. 13). En los Tribunales, por su rotundidad y claridad, «la modificación sustancial de condiciones de trabajo se configura como eminentemente causal, esto es, su viabilidad se hace depender de la concurrencia de razones económicas técnicas, organizativas o productivas», STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de octubre de 2002 (AS 2003/1012).

6. Reconociendo igualmente la necesidad de que concurren las causas para proceder a la modificación, y entre muchas otras, SSTS de 8 de enero de 2000 (RJ 394) o 4 de octubre de 2001 (RJ 2002/1417). Más en concreto, esa proporcionalidad debe ser triple: cualitativa, cuantitativa y de duración, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», cit., p. 13. En general, sobre el asunto, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial», AL, núm. 5, 1995, pp. 78 y ss., o ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», RL, núm. 8, 1995, pp. 96 y ss.

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

cepción amplia de dichas causas⁽⁷⁾, mucho más flexible a lo previsto por el art. 51 ET para efectuar extinciones⁽⁸⁾, tal vez porque la intención legal prima el mantenimiento de la empresa y su viabilidad sobre el interés privado del empresario⁽⁹⁾. En cualquier caso, la exigencia de justificación, con la complitud oportuna, juega «*un papel garantizador de la no arbitrariedad de la actuación empresarial, pero no sólo este... [pues] se convierte en un elemento esencial dirigido a una doble dirección. Esto es, deja de ser unívoco, en el sentido de guiado por la exclusiva finalidad de control de la decisión empresarial, para atender también ahora a la actuación concertada de empresario y representantes*»⁽¹⁰⁾.

En virtud de lo anterior, cabe poner en duda algún pronunciamiento afirmando, sin ni siquiera entrar a valorar si concurre o no causa alguna —ni al menos en su sentido amplio— cómo la reforma de 1994 tuvo «*por finalidad, como buena parte de las innovaciones normativas de dicha Ley, dotar a las empresas y organizaciones de trabajo de mayor flexibilidad interna o autonomía en la gestión de recursos humanos... Así las cosas, es claro que, aun en la hipótesis de admitir que el tantas veces citado acuerdo de empresa haya introducido una modificación peyorativa de lo dispuesto en el convenio colectivo,*

7. Pues «*en el mismo precepto se fijan los criterios determinantes para que se puedan considerar concurrentes las aludidas causas, al disponer que así se entenderá "cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"*», STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de octubre de 2002 (AS 2003/1012). Por tal motivo, «*no exige que la modificación se plantee como necesidad inexorable para hacer frente a una situación claramente negativa de la empresa, sino que se limita a señalar que el cambio es pertinente cuando se contente con "mejorar" la situación de la empresa*», MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menr, 2001, pp. 304-305.

8. Tal opción «*muestra claramente la mayor rigurosidad de las circunstancias impuestas para proceder a reducir personal que las impuestas para modificar sus condiciones de trabajo*», CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 504.

9. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 105-106, o RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», *DL*, núm. 53, 1997, p. 39.

10. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pp. 70-71; en efecto, respecto al último inciso, refuerza la necesidad de justa causa e «*introduce un elemento extraordinario de control judicial del acto negocial, que se corresponde con el carácter extraordinario que en estos casos tiene. Dicho más claramente, a las causas de impugnación de un convenio colectivo ex art. 90.5 ET, en los supuestos de descuelgue y modificación ex art. 41 ET hay que añadir la eventual inexistencia de causa*», ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 140.

José Gustavo Quirós Hidalgo

tal modificación es lícita y entra dentro de las competencias atribuidas a los sujetos de la negociación colectiva a nivel de empresa»⁽¹¹⁾.

2. CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO O EXTRAESTATUTARIO. ACUERDO MODIFICATIVO

En segundo término, el precepto parece tajante cuando afirma que el convenio colectivo modificado mediante acuerdo sólo podrá ser alguno de «*los regulados en el Título III de la presente Ley*», es decir, estatutario. La explícita e indubitada mención no permite, por tanto, amparar bajo criterio interpretativo alguno —y aun cuando ciertas argumentaciones en contrario no carecen de sentido⁽¹²⁾— la alteración sustancial de un pacto extraestatutario siguiendo lo dispuesto por el art. 41.2.3.º ET; en tales supuestos, el procedimiento a seguir vendrá dado por las consultas previstas para las modificaciones colectivas⁽¹³⁾.

11. STS de 11 de mayo de 2004 (RJ 5157). No obstante, el voto particular recuerda sabiamente el preceptivo carácter causal, cuando puntualiza que para proceder a tal alteración «*hubiera sido preciso que se invocasen y acreditasen razones económicas, técnicas, organizativas o productivas que justificasen la adopción de esa medida y no ha sido este el caso. El supuesto de habilitación del acuerdo de modificación del convenio colectivo que contiene el párrafo 3.º del número 2 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se encuadra, a mi juicio, en el marco general de este artículo, que está referido a la modificación de condiciones del contrato de trabajo por las causas que contempla el número 1 del precepto citado, es decir, a una modificación causal. No es, por tanto, un caso de habilitación genérica de concurrencia de convenios colectivos y el acuerdo del artículo 41.2.3.º del Estatuto de los Trabajadores no es una norma de la autonomía colectiva, sino un acto de gestión empresarial negociado colectivamente para establecer de forma no definitiva la inaplicación de una regla colectiva*».

12. Sin discutir el claro tenor legal, hay quien opina que «*la distinción entre convenios estatutarios y extraestatutarios no está en su eficacia jurídica ni en sus idénticos efectos sobre las relaciones individuales de trabajo, sino en la posición que cada uno de ellos ocupa en el sistema de fuentes jurídico-laborales. Y, en mi opinión, no puede ser ésta razón suficiente para alterar el régimen aplicable a la modificación sustancial de este segundo tipo de convenio, pues en ambos supuestos estamos en presencia de un instrumento que participa de los rasgos de fuerza vinculante e imperatividad respecto de cuantos contratos se ven afectados por él, y cuya derogación, entonces, sólo habría de venir admitida a través de una fuente caracterizada por idéntica naturaleza o eficacia jurídica*», redundando además ello en un posible comportamiento antisindical, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pp. 60 y 63.

13. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., p. 103, o BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, cit., pp. 101-102. En los Tribunales, justificando su criterio por cuanto la condición modificada «*no deriva de un derecho adquirido por virtud de la ley, ni de un convenio colectivo estatutario de los previstos en el Título III del ET (arts. 82 y ss.), con naturaleza de pacto normativo, sino de un acuerdo extraestatutario o impropio negociado por el comité de empresa y la dirección del centro, de naturaleza contractual, cuya fuerza vinculante es la propia de los contratos prevista en los arts. 1255 y concordantes del CC [SSTS de 22 de enero y 17 de octubre de 1994 (RJ 3228 y 8052); 24 de octubre de 1995 (RJ 8669) y 14 de diciembre de 1996]*», STSJ de Galicia de 6 de abril de 1999 (AS 847). En sen-

No obstante lo dicho, no conviene pasar por alto dos cuestiones tradicionalmente abonadas al debate y a las opiniones dispares: de un lado, bajo el conocido axioma latino (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) parece claro no cerrar las puertas a incluir en el ámbito del art. 41.2.3.º ET los convenios empresariales. Ciertamente es tanto que el legislador pretende favorecer la adaptación y flexibilidad en ese ámbito inferior de una norma pactada, quizá ignorante de sus específicas circunstancias, como que la admisión de los convenios empresariales podría propiciar una utilización abusiva de este instrumento en dicha sede; pero no menos veraz es, junto al propio tenor legal, que igualmente pudiera resultar necesaria la adecuación de un convenio de empresa a la cambiante coyuntura singular⁽¹⁴⁾. De otro, al aparecer beneficiados de la naturaleza y eficacia del convenio colectivo estatutario, cuantos acuerdos pongan fin a la huelga (art. 8.2 RD 17/1977), los conciliatorios (art. 154.2 LPL), los derivados de mediación y laudos arbitrales (art. 91 ET) y los mencionados en el art. 83.3 ET sobre materias concretas, siempre y cuando «*reúnan los requisitos estatutarios para la atribución de eficacia general en su ámbito de aplicación, especialmente los relativos a la legitimación para negociar (arts. 87 y 88 ET) y a las mayorías necesarias para su aprobación (art. 89.3 ET), deberán gozar de la misma eficacia general propia de los convenios “típicos” y de las mismas garantías de estos en cuanto a su eventual modificación*», por cuanto el procedimiento para modificarlos sustancialmente deberá ser el contenido en el art. 41.2.3.º ET⁽¹⁵⁾,

tido contrario, no falta quien rechaza la aplicación del art. 41 para proceder a modificar sustancialmente las condiciones contenidas en un convenio extraestatutario cuando los sujetos firmantes fueran distintos a los que pretendían alcanzar el acuerdo, considerando por tanto inoperantes tanto las consultas como la decisión unilateral; *in extenso*, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios extraestatutarios: un aspecto más de la conflictiva figura del convenio colectivo extraestatutario», *REDT*, núm. 94, 1999, pp. 218 y ss.

14. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., pp. 101-102; efectivamente, «*también podemos encontrarnos ante un convenio de ámbito empresarial cuyas condiciones necesitan ser adecuadas a las situaciones específicas de los diversos centros de trabajo, o de secciones o departamentos específicos de los diversos centros de trabajo, o incluso de un grupo o categoría profesional*», SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., p. 156. En los Tribunales, STSJ de Castilla y León/Burgos de 20 de junio de 1996 (AS 1717) o — por la vía del silencio, entrando a conocer directamente de la modificación sin plantearse tal dilema — STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de junio de 1995 (AS 2554). *Contra*, considerando que el convenio afectado debe ser supraempresarial porque sólo así cobran sentido las exigencias de adaptabilidad y flexibilidad y porque, en caso contrario, bastaría una revisión *ante tempus*, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pp. 64-67.

15. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., p. 104; también SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico*

José Gustavo Quirós Hidalgo

predicable con acierto por alguna opinión respecto del propio acuerdo novatorio⁽¹⁶⁾.

Avanzados los primeros pasos, el siguiente campo de batalla donde parar mientes pasa necesariamente por el acuerdo alcanzado entre empresa y representantes legales y exigido para proceder a la modificación de las condiciones incluidas en convenio colectivo, lo cual determina la ilicitud y nulidad de cualquier alteración operada unilateralmente por el empresario⁽¹⁷⁾. En relación con tal premisa, resulta necesario desterrar la duda existente acerca de la posibilidad de aplicar la escala contenida en el art. 41.2.4.º ET a efectos de determinar si las modificaciones, aun respecto de condiciones contenidas en un convenio colectivo estatutario, pueden ser consideradas individuales por

de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cit., pp. 156-157; CRUZ VILLALÓN, J.: «El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E., coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, p. 137; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.399 o RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», cit., pp. 22-24. Una precisa delimitación y análisis sobre tales pactos en OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos», *AL*, núm. 17, 1995, pp. 253 y ss. Por su parte, y por ejemplo, las SSTSJ de Aragón de 22 de noviembre de 1995 (AS 4260) o de Cataluña de 20 de enero de 1995 (AS 287), no apreciaron la necesidad de seguir el art. 41.2.3.º cuando se trataba de modificar simples acuerdos de organización de horarios o distribución de jornada. Finalmente, baste también remitir para profundizar acerca de los requisitos a observar para predicar su naturaleza estatutaria a RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exogidos por el Título III ET», *TS*, núm. 148, 2003, pp. 43-45.

16. Pues «*este es la manifestación de la dispositivización del producto negocial al que modifica y, por tanto, debe aplicársele el mismo procedimiento para ser posteriormente alterado en virtud del art. 41 ET. Sólo de este modo se garantiza la fuerza vinculante del instrumento modificado en primer lugar, impidiendo que el precepto estatutario sea utilizado fraudulentamente para llevar a cabo, en dos fases, un descuelgue no querido por el legislador; una modificación indirecta del convenio colectivo por decisión empresarial de carácter unilateral*», SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., p. 183; disertando también sobre tal posibilidad, LAHERA FORTEZA, J.: «La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios», *RL*, t. I, 1997, pp. 365-369.

17. Como ya había puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional (STCo 58/1985, de 30 de abril) y ordinaria (SSTS, Cont.-Admvo., de 4 de mayo de 1987 (RJ 3267) o 23 de septiembre de 1997 (RJ 6392)). Más recientemente, la jurisdicción social confirma cómo «*esta novación objetiva realizada por el empresario... ha de tacharse de nula al no estar apoyado en el acuerdo entre el mismo y los representantes de los trabajadores*», STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 4721); en el mismo sentido, SSTSJ de Galicia de 21 de febrero de 1995 (AS 602); de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 1995 (AS 2128); de la Comunidad Valenciana de 8 de junio de 1995 (AS 2554) o SAN de 12 de junio de 1995 (RJ 3689). La STCo 225/2001, de 26 de noviembre, alcanza semejante conclusión cuando declara contrario a la libertad sindical suplantar el art. 41.2.3.º ET por una aceptación masiva e individualizada de la propuesta empresarial. La unilateralidad tampoco podrá ser impuesta arguyendo la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, habida cuenta que «*esta doctrina, entendida en su estricto sentido —revisión o modificación unilateral del contrato— sólo cabe aplicarla, y de forma restrictiva, cuando se trate de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca en el caso de obligaciones pactadas en convenios colectivos, pues la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus no es aplicable a las normas*

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

no superar los umbrales allí fijados y versar sobre funciones y horario. Aun cuando atendiendo a la literalidad de la conglomerada redacción legal podría quedar amparada tal opción⁽¹⁸⁾, parece más lógica y menos «chocante» la solución contraria⁽¹⁹⁾, en tanto en cuanto no atentaría contra el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva convirtiendo la norma paccionada en derecho dispositivo para el empresario⁽²⁰⁾ y atendería fielmente a la evolución histórica del precepto no siempre pareja a su debida sistemática⁽²¹⁾. En definitiva, la modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo requieren siempre acuerdo vinculante y las denominadas colectivas período de consultas, excluyendo de estas últimas cuantas puedan incluirse en el art. 41.2.4.º, las cuales seguirán idéntico cauce a las individuales. A partir de ahí, otras y muchas son las cuestiones que se plantean, las cuales pueden quedar resumidas conforme a continuación se expone:

jurídicas, sean de origen estatal o sean fruto de la negociación colectiva, y ya se trate de un convenio colectivo estatutario o se trate de un convenio extraestatutario o de un pacto informal de empresa», BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus», REDT, núm. 96, 1999, p. 534.

18. «La exigencia cuantitativa del párrafo cuarto no constituye un régimen alternativo al del párrafo tercero, sino adicional a él, y por tanto más exigente», MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», cit., p. 308; en el mismo sentido, pero reconociendo los problemas de constitucionalidad planteados por atribuir al empresario una facultad unilateral para modificar el contenido de un convenio en vigor, PEDRAJAS MORENO, A.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., coord.): *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 375; explicando cómo puede llegarse a tal conclusión, pero defendiendo solución contraria, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., p. 94.

19. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 99; de igual opinión, disertando exclusivamente sobre el horario, MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Negociación colectiva y modificación de jornada u horario en convenio o pacto colectivo», AL, núm. 23, 2003, p. 421

20. RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», cit., p. 28. No cabe olvidar que, a su vez, determinaría la exclusión de «toda intervención de los representantes legales de los trabajadores en la modificación de algunas condiciones de trabajo pactadas en convenio estatutario», PÉREZ DE LOS COBOS, F. y RIERA VAYREDA, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales», AL, t. III, 1997, p. 118. La STCo 92/1992, de 11 de junio, consideró vulnerado el art. 37 CE al permitir la modificación de lo pactado en convenio colectivo por mera autorización administrativa, y las SSTCo 105/1992, de 1 de julio, y 208/1993, de 28 de junio, aun dictadas como la precedente bajo el régimen normativo anterior, igual conclusión alcanzaron respecto a los contratos en masa; por tal razón, menos ha de admitirse otorgar tal posibilidad unilateralmente al empresario, con lo cual no cabe aplicar en ningún caso la mentada escala y, consiguientemente, calificar las modificaciones sustanciales como individuales, LAHERA FORTEZA, J.: «La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 353.

21. Pues el «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior» aparecía ya en versiones anteriores y carentes del supuesto estudiado en el presente trabajo; al respecto, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 185-187. Dicha asistematicidad aparecería reiterada en relación con la movilidad funcional, pues supondría otorgar un tratamiento más garan-

José Gustavo Quirós Hidalgo

- El acuerdo alcanzado entre el empresario y los representantes de los trabajadores goza desde luego de un carácter autónomo y no queda condicionado —como con anterioridad a la reforma laboral del 94— a la intervención supletoria de la autoridad laboral, habida cuenta de que resulta un instrumento modificador amparado por el art. 37.1 CE. Por tal motivo —y a pesar de los posibles reparos⁽²²⁾—, reducen la eficacia de una norma paccionada en su ámbito de aplicación, convirtiéndose en una previsión más sobre articulación de convenios —más bien en una nueva excepción a la vigencia del convenio y a la prohibición de concurrencia— y gozando de un carácter predominantemente regulador⁽²³⁾. La justificación viene dada porque *«responden a una política legislativa de descentralización de la negociación colectiva y de adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y productivas de cada empresa»*⁽²⁴⁾. Más allá de lo dicho, las mayores divergencias surgen al definir la eficacia de dicho acuerdo. Al respecto, unos consideran que será típico o estatutario⁽²⁵⁾, mientras que otros —en criterio aquí compartido— reconocen la posibilidad de que resulte extraestatutario o de eficacia limitada, habida cuenta de que *«el legislador no exige en ningún momento, ni directamente ni por remisión, que la sustanciación de los acuerdos entre empresario y representantes de los trabajadores se lleve a cabo cumpliendo los requi-*

tista a la versión menos gravosa, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., pp. 94-96.

22. Para algunos autores admitir la afectación de un convenio por acuerdo de empresa *«choca frontalmente con el modelo legal de convenio colectivo de eficacia general acogido por el Estatuto, como ya lo advirtió, por cierto, la STCo 92/1992»*, MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», cit., p. 308.

23. En cuanto *«no prescribe necesariamente obligaciones para las partes firmantes»*, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., pp. 98-100.

24. LAHERA FORTEZA, J.: «La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 358, quien también lo considera —como se precisa en el texto— una excepción a la prohibición de concurrencia, similar a la prevista por el art. 84, párrafo 2.º ET, y una excepción al deber de negociar (en tanto en cuanto vigente un convenio no existe tal obligación).

25. En tanto en cuanto el acuerdo modificativo exige negociación de buena fe, legitimación, mayorías... en términos semejantes a lo previsto para la negociación colectiva estatutaria (GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., pp. 98-100) y *«participa de la naturaleza y eficacia del convenio estatutario, al cual completa o subsidia. Por tal razón, no cabe considerar que se degrade el rango y la fuerza vinculante de verdadera norma jurídica del acuerdo sustitutorio hasta convertirse en un tipo más de los acuerdos o pactos colectivos a los que se refiere el número 2 del artículo 41»* (RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en con-

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

sitos establecidos en el Título III ET»⁽²⁶⁾. Junto a lo dicho, determinados argumentos convierten la opinión en más lógica: en primer lugar, puede ocurrir que el acuerdo modificativo —pese a ser «estatutario»— no tenga un ámbito coincidente con la empresa, sino limitarse a unidades inferiores⁽²⁷⁾ (por ejemplo, a uno o varios centros de trabajo⁽²⁸⁾ o de franja⁽²⁹⁾) a partir del propio art. 87.1 ET; en segundo término, el silencio del precepto no debe impedir la posibilidad de alcanzar acuerdos sin alcanzar las mayorías exigidas (por ejemplo, con un sindicato minoritario, por tener reconocido el derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE) o con los propios trabajadores (si no existieran representantes unitarios ni sindicales)⁽³⁰⁾; en fin, si las medidas o modificaciones acometidas han de ser adecuadas y proporcionales a las causas justificativas puede bastar adoptarlas respecto de un centro, respecto de un grupo o franja de empleados o genéricamente respecto de un grupo de trabajadores sin determinar ni cuantificar. En definitiva, se admita o no el carácter extraestatutario del acuerdo modificador, lo cierto es que podrá aplicarse bien a toda la unidad productiva, bien a parte de ella, y ya sea por manifestarse la crisis en un ámbito más reducido, ya por no cumplir los requisitos de legitimación, mayoría representativa y demás fijados por el Título III ET⁽³¹⁾, los cuales «*permiten reco-*

venio colectivo», cit., p. 24). En el mismo sentido, CASAS BAAMONDE, M.E.: «¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?», *RL*, núm. 4, 1997, p. 2.

26. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., p. 153.

27. Como afirma incluso quien defiende su carácter estatutario, «*en estos términos, parece que el propio acuerdo será el que determine el carácter de su mandato y sus destinatarios, su ámbito de aplicación, y con ello su eventual fuerza normativa y su eficacia personal*», GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., p. 116.

28. Posibilidad expresamente admitida por la jurisprudencia sin que ello implique discriminación prohibida, STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999/1682).

29. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pp. 116-125.

30. «*No parece que en estos supuestos se deba entender que no es posible llevar a cabo la modificación... o considerar que ante tal carencia el empresario está facultado para actuar de forma unilateral, presumiendo que no le es imputable la circunstancia de que no se haya constituido tal representación. En mi opinión, la falta de representación de los trabajadores en estos supuestos se puede suplir recurriendo a la asamblea de trabajadores y adoptando una votación conforme a los requisitos previstos en el art. 80 ET*», RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», cit., p. 43.

31. Si bien tanto la doctrina científica [por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Los convenios colectivos extraestatutarios. Una construcción teórica», en AA.VV. (Berreiro González, G. y Fernández Domínguez, J.J., dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, MTAS, Madrid, 2004, p. 32 o

José Gustavo Quirós Hidalgo

nocer la naturaleza normativa de los convenios colectivos... Si los mismos se cumplen, el instrumento modificativo tendrá, en efecto, naturaleza normativa, mas tal cosa no sucederá en caso contrario» ⁽³²⁾.

- Nada dice el art. 41.2.3.^o sobre el procedimiento a seguir para la obtención del acuerdo ⁽³³⁾. Por tal motivo, y a partir de lo defendido en el punto anterior, ese procedimiento podrá ajustarse o no a lo previsto por el Título III ET, según se pretenda dotarle de eficacia general y naturaleza estatutaria o no, pero no resulta nunca preceptivo seguir el cauce estatutario ⁽³⁴⁾. No obstante, alguno de ellos como el registro, depósito y publicación resultan en cualquier caso sumamente convenientes tanto como mecanismo de seguridad jurídica ⁽³⁵⁾ como —y más bien— vía de un posible control judicial ⁽³⁶⁾.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La contractualización del convenio colectivo», *AL*, núm. 2, 1998, p. 4] como la legal [STS de 25 de enero de 1999 (RJ 896)] parecen en gran parte reducir tales requisitos a la legitimación [inicial, sucesiva y de adopción de acuerdos, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, 19.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 816 y ss.] no huelga recordar cómo *strictu sensu* cualquier irregularidad o inobservancia del Título III ET puede determinar el carácter extraestatutario del convenio; al respecto, RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exigidos por el Título III ET», cit., pp. 42-53.

32. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 159-163.

33. «Seguramente este incompleto marco regulador tiene por objeto permitir un mayor grado de informalidad en la negociación del acuerdo y con ello favorecer su adopción», GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., p. 109.

34. «Extender mecánicamente tales reglas para otro tipo de instrumentos colectivos aun con idéntico valor jurídico podría ir más allá de las pretensiones del legislador», VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pp. 133-134. *Contra*, argumentando cómo «la base jurídica debe ser la conexión del art. 41.2 ET con las reglas de legitimación y toma de acuerdos de los arts. 87-89 ET, al estar ante un acto negocial que afecta a un convenio regulado en el Título III ET», LAHERA FORTEZA, J.: «La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 363.

35. «Ya sea a través de circulares internas o mediante la oportuna difusión a través de los tablones de anuncios del centro de trabajo, so pena de convertir este acuerdo en instrumento oculto de las empresas en aras a lograr una mayor competitividad», y dando por hecho su constancia por escrito, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.^o del Estatuto de los Trabajadores», cit., p. 23. En parecido sentido, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 133.

36. Sobre, por ejemplo, la concurrencia de la causa justificativa o la extralimitación de materias, LAHERA FORTEZA, J.: «La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 364. De hecho, cuando el art. 2 del RD 1040/1981, de 22 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos ordena la incorporación «de cualquier otro acuerdo, laudo arbitral o pacto que legalmente tenga reconocida eficacia de convenio» podría llevar a convertir la posibilidad en obligación; no obstante, «en la

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

Así las cosas, será normalmente el empresario quien ejerza la iniciativa (pues es quien pretende la modificación para superar la situación de crisis acreditada), la cual «*se presenta, no como manifestación de una pura libertad de negociación colectiva, sino como expresión de un derecho que para la contraparte es determinante de un deber de negociar de buena fe*»⁽³⁷⁾. Sin embargo, nada impide —tampoco el tenor legal— que sean los propios trabajadores quienes promuevan las negociaciones para asegurar por sí mismos la viabilidad de la empresa ante la pasividad de la dirección, como mejor solución que la de esperar irremediamente la crisis total y afrontar no ya una modificación, sino la extinción contractual y la pérdida de su sostenimiento. A pesar de lo descrito como situación extrema, es cierto que en la práctica totalidad de los supuestos son los representantes quienes aparecen como receptores de la comunicación; dado el doble canal existente, podrá ir dirigida tanto a los unitarios como a los sindicales⁽³⁸⁾ —pero sólo a alguno de ellos⁽³⁹⁾ o, a lo sumo, a ambos sucesivamente a modo de refrendo⁽⁴⁰⁾—, quedando a voluntad del empleador cuando existieran ambas formas⁽⁴¹⁾. Si no existiera ni una ni otra, y en consonancia con la posibilidad defendida del carácter extraestatutario del

práctica tan sólo se inscriben aquellos acuerdos colectivos que llevan a cabo la revisión ante tempus de un convenio colectivo de empresa», RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», cit., p. 45, añadiendo el autor como motivo para no ser tan exigentes como para exigir su registro la eliminación de la autorización administrativa operada por la reforma del 94.

37. RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», cit., p. 37 o ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.402; en general, sobre el deber de buena fe en la negociación de este tipo de acuerdos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», cit., pp. 3 y ss.

38. RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», cit., p. 43.

39. Es decir, referida a una u otra, pero no a ambas, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 140; justificando ampliamente la doble legitimación y ahondando en las múltiples cuestiones necesitadas de precisión, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pp. 110-116.

40. Como en el supuesto contemplado por la STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999/1682).

41. «Ya que es quien tiene interés en proceder a modificar las condiciones», SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., p. 171. No obstante, no falta quien defiende que el empresario debe comunicarlo a ambas representaciones y ser estas quienes acuerden expresa o tácitamente, e incluso otorgando preferencia a las sindicales por la sabia fundamentación constitucional, CRUZ VILLALÓN, J.: «El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994», cit., pp. 147 y ss.

José Gustavo Quirós Hidalgo

acuerdo, podrán ser los propios trabajadores quienes reciban la comunicación y negocien, siempre en aras a permitir un acuerdo que garantice la viabilidad de la empresa y que, de efectuar una interpretación contraria, nunca existiría⁽⁴²⁾.

Por lo demás, no debe resultar aplicable estrictamente y en todo caso en esta sede el período de consultas durante un período no inferior a quince días previsto en el art. 41.4 ET para la modificación de condiciones colectivas, porque ni el propio apartado dedicado a la alteración de las condiciones laborales pactadas en convenio colectivo lo exige, ni la adopción del acuerdo final podría derivar en muchos casos de unas simples consultas o, al contrario, podría producirse en un plazo menor, dilatando innecesariamente la efectiva implementación de lo acordado. El proceso se asemeja más bien a una verdadera negociación como aquélla de la cual, por cierto, constituye un segundo nivel, lo cual justifica no vincularla a unas simples consultas; no obstante, nada impide considerar, ante el silencio legal, análogamente aplicables las reglas impuestas por aquel precepto, pero sólo cuando así fuera posible o convenido por ambas partes⁽⁴³⁾.

- La incuestionable relación existente entre el convenio colectivo afectado y el acuerdo novatorio determina naturalmente, y en principio, su duración o vigencia temporal, la cual «se subordina a la propia de aquél cuyas estipulaciones modifica»⁽⁴⁴⁾. Por lo tanto, seguirá resultando aplicable mientras lo haga el principal del cual trae causa, pero no más allá⁽⁴⁵⁾. A pesar de lo dicho, cabe hacer tres precisiones: en primer lugar, nada impide pac-

42. *Contra*, aun admitiendo expresamente tan nefasta consecuencia, LAHERA FORTEZA, J.: «La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 363 y ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.402.

43. Considerando equivalentes ambos procedimientos, a excepción de la obligatoriedad en el caso de convenios colectivos, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., p. 109; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., p. 163; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 113 o ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., pp. 98 y ss.

44. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 162-163.

45. «No se muestra adecuado en buena técnica jurídica mantener una eficacia temporal del acuerdo modificativo más allá de la del convenio modificado, porque en tal caso desaparece el presupuesto que da razón de ser al primero», VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pacta-*

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

tar directamente para el acuerdo una duración menor o supeditar su vigencia al mantenimiento de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justificaron su adopción. De esta manera, el cumplimiento del término final anterior al del convenio (en el primer caso) o la consumación de la condición resolutoria (en el segundo) determinarían la pérdida de vigencia del pacto novatorio y la recuperación de la eficacia interrumpida de lo previsto en el convenio ⁽⁴⁶⁾; como segunda precisión, cuando el convenio estuviera en situación de prórroga o ultraactividad, y aun cuando exista o no vigencia en sentido estricto, su contenido normativo seguirá siendo de aplicación, motivo por el cual las previsiones también normativas del acuerdo sustitutivo deberían seguir igual suerte —y a salvo del supuesto anterior—; finalmente, si la norma paccionada desplazada fuera sustituida por una posterior «*el acuerdo que se vincula a la existencia del primero decae en su aplicación. En tal caso, será necesario reiniciar el procedimiento del art. 41 ET para llegar a un nuevo acuerdo, sin perjuicio de que pueda configurarse como una prórroga del anterior si se da la circunstancia de que las condiciones que regula reciben el mismo tratamiento en los sucesivos convenios y sigue existiendo causa que lo justifique*» ⁽⁴⁷⁾.

3. DISPONIBILIDAD DEL ARTÍCULO 41.2.3.º ET

Para alcanzar el punto de arribada en el presente apartado resta únicamente por examinar si los protagonistas de la negociación colectiva tienen facul-

das en convenio colectivo, cit., p. 136. *Contra*, opinando cómo «*por comparación con el ius variandi, necesariamente temporal, se produce la tendencia natural a relacionar el artículo 41 ET con las modificaciones definitivas, lo que es cierto en cuanto a la práctica totalidad de los cambios producidos a través de esta disposición; incluso se comprueba que su regulación global se adapta mejor a los cambios definitivos que a otros temporales, en cuanto que el art. 41 ET no restringe la decisión empresarial a cambios de carácter definitivo*», CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, cit., p. 503.

46. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 136, y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 162-163.

47. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 162-163, y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 137. Solución lógica por «*la propia configuración del acuerdo como prolongación descentralizada del convenio colectivo estatutario... Así, un nuevo convenio colectivo deroga al anterior, art. 86.4 ET y, por ello, deroga también al acuerdo modificativo de empresa*», LAHERA FORTEZA, J.: «*La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios*», cit., p. 365.

dad para alterar, eliminar o completar las previsiones del art. 41.2.3.º ET a tener en cuenta a la hora de modificar las condiciones contenidas en el propio documento firmado. En principio, tal posibilidad podría quedar rechazada con lógica predicando del precepto un carácter de orden público (y por tanto de obligado cumplimiento en sus justos términos), máxime cuando el legislador no ha previsto expresamente alternativas, a diferencia de cuanto ocurre con el descuelgue salarial o la movilidad funcional más allá del art. 39 ET⁽⁴⁸⁾, sin perjuicio —claro está— de admitir los oportunos «*mecanismos de articulación de convenios que prevén la disponibilidad parcial en ámbitos inferiores de la regulación pactada en determinadas unidades negociales (ex arts. 83.2 y 84, párrafo primero, ET)*»⁽⁴⁹⁾.

Sin embargo, los pronunciamientos del Alto Tribunal parecen optar por solución contraria, argumentando cómo «*la finalidad manifiesta del art. 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo derivadas de convenio colectivo, pero no la de establecer limitaciones a los negociadores de estos convenios. Por lo tanto, el art. 41 ET podrá ser infringido por el empleador que intente modificar aquellas condiciones de trabajo sin seguir el procedimiento previsto en dicho precepto legal o en aspectos no permitidos por él, pero no por quienes hacen uso de la autonomía colectiva que les confiere el art. 28 de la Constitución. En tal sentido el art. 41.2 ET se constituye como norma garantizadora de que lo pactado en convenio había de ser respetado en su integridad por el empresario, a salvo que llegue al acuerdo modificador por él autorizado, pero no como norma limitadora de las posibilidades de la autonomía negociadora de las partes. La posibilidad de que por medio de la negociación colectiva se establezcan otros procedimien-*

48. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., p. 123. Por tal motivo, «*sería así una norma que, por razones de orden público, posee naturaleza de norma imperativa absoluta, limitativa por tanto de la autonomía colectiva en punto a la modificación de las condiciones convencionales*», y ello por la literalidad del precepto («*por falta de la apostilla "salvo pacto en contrario"*»), su finalidad intrínseca (flexibilidad del convenio y garantías para los trabajadores) y porque admitir lo contrario supondría vaciar de contenido la previsión normativa al dejar el cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes (prohibido por el art. 1.256 CC), SALA FRANCO, T.: «Acercas de la modificación del tiempo de trabajo pactado en un Convenio Colectivo y de la dispositivización de los preceptos legales», *Revista del Poder Judicial*, núm. 72, 2003, p. 218.

49. «*Pero incluso esta posibilidad debe medirse con cautela, en la medida en que en último término está en juego el estatuto laboral progresivamente adquirido por los trabajadores*», GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», cit., pp. 124-125.

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

tos de modificación distintos de los previstos en el art. 41 ET se ha aceptado por esta Sala al admitir la aplicación empresarial de modificaciones previstas en convenio, distintas de las previstas por el citado precepto» ⁽⁵⁰⁾.

Lo anterior —respetando los efectos propios de la modificación ⁽⁵¹⁾ y evitando incluir «*cualquier impedimento, limitación o condicionamiento restrictivo en general al ejercicio de aquella facultad*» ⁽⁵²⁾— podría conferir a la negociación colectiva, entre otras, las siguientes prerrogativas: en primer lugar, «*especificar y enriquecer el régimen legal de modificaciones sustanciales, pudiendo abordar así la regulación de aspectos que no supongan una quiebra de la estructura legal de deberes y derechos indisponibles que recoge la regulación del instituto legal, con el fin de mejorar su contenido y facilitar su aplicación*» ⁽⁵³⁾; en segundo término, eliminar la necesaria concurrencia de causa justificativa y permitir la alteración por simple acuerdo ⁽⁵⁴⁾; como tercera concesión, imponer su consecución recurriendo en su caso a procedimientos de arbitraje o mediación obligatorios ⁽⁵⁵⁾, lo cual —por cierto— podrá evitar consecuencias

50. STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 4499), comentada en SALA FRANCO, T.: «Acerca de la modificación del tiempo de trabajo pactado en un Convenio Colectivo y de la dispositivización de los preceptos legales», cit., pp. 213 y ss. Criterio ya presente en otras resoluciones anteriores, tales como la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1999 (AS 385) o las SSTS de 9 de noviembre de 1998 (RJ 8918) y 5 de junio de 2002 (RJ 6922) (glosada esta última en MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Negociación colectiva y modificación de jornada u horario en convenio o pacto colectivo», cit., pp. 417 y ss.).

51. Como pudieran ser la posibilidad de impugnación, extinción y correspondientes indemnizaciones, pero teniendo estas últimas carácter de mínimos en sus cuantías, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.405.

52. A diferencia de lo que prevé expresamente el art. 82.3 para el descuelgue; si así fuera, las cláusulas convencionales subsumibles en lo descrito habrían de reputarse como nulas y sin efectos, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 140.

53. «Entre otros aspectos cabe mencionar las materias y supuestos que tienen la consideración de modificaciones sustanciales para la aplicación del procedimiento legal; la concreción de las causas para su alegación y prueba por el empresario; la regulación de un período de prueba destinado a verificar la funcionalidad y las consecuencias reales de modificación, iniciándose cuando finalice la prueba el procedimiento legal para la introducción de las modificaciones, etc... Se trata, no obstante, de posibilidades hasta el momento escasamente ensayadas en la práctica de nuestra negociación colectiva», RIVERO LAMAS, J.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo», cit, pp. 877 y 878. En el mismo sentido, admitiendo —por ejemplo— el aumento de las indemnizaciones, reglas de procedimiento de negociación tendentes a formalizarlo y dotarlo de mayor legitimidad y razonabilidad o ampliación de las causas legitimadoras VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 146.

54. ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.404.

55. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., p. 167; al respecto, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modifi-

José Gustavo Quirós Hidalgo

peores⁽⁵⁶⁾, lo que a su vez hace desechar el extremo contrario para vetar las modificaciones sustanciales⁽⁵⁷⁾ o someterla «a un régimen tan restrictivo que impida de hecho su ejercicio»⁽⁵⁸⁾; en fin, mención especial merece la posibilidad de proceder a la modificación sustancial de materias distintas a las listadas: horario⁽⁵⁹⁾, régimen de turnos⁽⁶⁰⁾, sistema de remuneración⁽⁶¹⁾ y trabajo y rendimiento⁽⁶²⁾. Para estas cuatro, si estuvieran previstas en convenio, será

cación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», cit., pp. 23-25, o VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., pp. 148-151.

56. Como propone el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 30 de enero de 2003 para evitar despidos.

57. Pues «*dada la subordinación jerárquica del convenio a la ley, el reconocimiento legal de la facultad modificativa del convenio colectivo siempre que concurren los motivos tasados y se siga el procedimiento especificado en el art. 41.2 ET determina la invalidez de toda estipulación convencional que niegue tal facultad estableciendo la inmodificabilidad del instrumento colectivo*», SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., p. 81. *Contra*, admitiendo la validez de tales cláusulas, GALA DURÁN, C.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial», AS, núm. 7, 1996, pp. 30 y ss., o CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 178.

58. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 146.

59. Concepto en el cual tiende a incluirse lo relativo a la jornada, STS de 9 de noviembre de 1998 (RJ 8918) y, entre otras, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 14 de octubre de 2002 (AS 3218); en la doctrina, MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Negociación colectiva y modificación de jornada u horario en convenio o pacto colectivo», cit., pp. 422 y ss. o ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.401; en sentido similar para los descansos, CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, cit., p. 507.

60. Término extensivo a toda intención de modificar cualquier aspecto del régimen de turnos, STSJ de Galicia de 21 de febrero de 1995 (AS 602). Por supuesto, si tal materia no aparece regulada en convenio colectivo no será preceptivo el acuerdo [STSJ de Navarra de 29 de marzo de 1996 (AS 499)], sin perjuicio de observar lo dispuesto para otras modalidades modificativas del art. 41 [STSJ de La Rioja de 15 de noviembre de 1995 (AS 4246) o Cataluña de 30 de diciembre de 1995 (AS 4957)].

61. Supuestos incluidos serían la conversión de un complemento fijo en parcialmente variable [STS de 6 de mayo de 1996 (RJ 4379)], eliminación de un economato [STSJ de Cataluña de 25 de junio de 1998 (AS 3166)] o cualquier otra atinente a la forma de percepción [más ejemplos en SSTSJ de Cataluña de 3 de abril de 1995 (AS 1555), Canarias/Las Palmas de 29 de septiembre de 1994 (AS 3367), Cataluña de 22 de junio de 1994 (AS 2596) o Andalucía/Málaga de 30 de enero de 1995 (AS 194)]. Recuérdese cómo si la finalidad fuera minorar su cuantía habrá que acudir a lo previsto sobre descuelgue salarial, aun cuando ambos supuestos pueden encontrar límites confusos, pues en definitiva cualquier cambio —por mínimo que sea— del sistema de remuneración repercute en la cantidad a percibir mensualmente, ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.401, reconociendo cómo en cualquier caso no cabrá admitir reducción salarial por esta vía, citando a CRUZ VILLALÓN, J.: «El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994», cit., p. 127; sobre la difícil relación entre ambas figuras, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 187-200.

62. STSJ de Castilla y León/Burgos de 23 de febrero de 1996 (AS 355).

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

siempre preceptiva la consecución del oportuno acuerdo, actuando la norma a modo de enumeración cerrada⁽⁶³⁾. Lo anterior no significa, empero, que el resto de materias no listadas y reguladas convencionalmente no resulten susceptibles de modificación: podrán serlo por otras vías, en ejercicio del *ius variandi* si el cambio no es sustancial o, de serlo, mediante el período de consultas establecido por el art. 41 para el resto de condiciones colectivas⁽⁶⁴⁾ y, finalmente, a través de mecanismos articulados por el propio convenio, bien remitiendo al procedimiento estatutario, bien implementando uno específico⁽⁶⁵⁾. A partir de tal premisa, el art. 41.2.3.º ET supondría un listado de mínimos por dispositivo⁽⁶⁶⁾, e incluso supondría un refuerzo garantista para los trabajadores para eliminar la unilateralidad empresarial; el propio Tribunal Supremo impide colegir que cualquier «*variación sustancial de condiciones de trabajo, no subsumibles en el catálogo legal antes mencionado y que, por lo tanto, se sitúan fuera del radio de acción del artículo 41 ET, hayan de ser declaradas automáticamente nulas*»⁽⁶⁷⁾. Es más, la alteración de determinadas condiciones podría encontrar oportuno resquicio a través de la revisión *ante tempus* del convenio «*por mutuo acuerdo de las partes negociadoras*»⁽⁶⁸⁾ —lo cual será más factible en el ámbito empresarial—, habida cuenta de que el convenio posterior deroga al anterior, «*salvo los aspectos que expresamente se man-*

63. SSTSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 1995 (AS 2128), del País Vasco de 28 de marzo de 1996 (AS 484) o de Andalucía/Málaga de 24 de enero de 1997 (AS 250).

64. «*Únicamente las materias indicadas pueden ser modificadas por acuerdo, el resto de materias... pueden igualmente ser modificadas aunque no se consiga el acuerdo*» [STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 1998 (AS 579)], y a tal efecto «*seguirán el cauce previsto para las restantes modificaciones de carácter colectivo*» [STSJ de Navarra de 21 de diciembre de 1998 (AS 4673)].

65. «*Que son, de ordinario, menos rígidos que el previsto en la Ley*», RIVERO LAMAS, J.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo», cit., p. 877.

66. ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», cit., p. 1.404 o SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pp. 157-158. *Contra*, «*el acuerdo de empresa derogatorio del régimen previsto en convenio colectivo tiene cegada toda posibilidad de extender su radio de acción a cualquier otra condición no subsumible en las materias recién enunciadas, aun para el supuesto de que existiera un eventual acuerdo con las instancias representativas y concurrieran las causas*», VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, cit., p. 93.

67. STS de 27 de enero de 2003 (RJ 3626).

68. SALA FRANCO, T.: «Acerca de la modificación del tiempo de trabajo pactado en un Convenio Colectivo y de la dispositivización de los preceptos legales», cit., p. 217. Cabe recordar que ningún impedimento obsta a modificar o alterar el término inicial de vigencia, STS de 30 de junio de 1998 (RJ 5793).

José Gustavo Quirós Hidalgo

tengan», pudiendo disponer este último de los derechos reconocidos en aquél (arts. 82.4 y 86.4 ET) ⁽⁶⁹⁾.

II. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO CUANDO CONCORRE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 64 Y 66 LC

La promulgación de la Ley 22/2003, Concursal, ha incidido en la institución de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. En cuanto aquí importa, el actual art. 66 LC dispone que «*la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores*», lo cual supone una remisión —más bien, una mera reproducción— al art. 41.2.3.º ET. La cuestión de mayor enjundia pasa por determinar si el precepto citado, como especificidad del 64 LC —encargado de regular las alteraciones colectivas en sede concursal—, constituye una regla adicional o autónoma; es decir, si basta el acuerdo en términos similares a los expuestos en el apartado anterior (luego precisados) o si, además, debe observarse también la tramitación del art. 64 LC. El tenor legal no ofrece solución al dilema, y el estudio de los expertos hasta el momento, de posicionarse, hablan de una «*deducible interacción entre los arts. 64 y 66*» ⁽⁷⁰⁾ o, por el contrario, aluden a una «*reconducción de los supuestos*

69. Considerándola como única posibilidad para proceder al cambio, MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», cit., p. 308, o BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, cit., p. 104.

70. SALIDO BANÚS, J.L. y MATEO SIERRA, J.M.: «Efectos de los arts. 64 y 66 de la Ley Concursal sobre las relaciones laborales», en AA.VV. (Fernández de la Gándara, L. y Sánchez Álvarez, M.M., coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004, p. 305. También parecen inclinarse por tal interpretación RÍOS SALMERÓN, B.: «La nueva Ley Concursal y los trabajadores», *AL*, núm. 2, 2004, p. 149; ALAMEDA CASTILLO, M.T.: «La relación de trabajo en la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio», *TL*, núm. 73, 2004, p. 41, o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *RL*, núms. 23 y 24, 2003, p. 94; al imponer el art. 66 LC dos requisitos adicionales, «*estamos, en definitiva, ante una restricción o reserva, a insertar en el "expediente" o procedimiento más general, que contempla el art. 64*», aunque afirmando el primero de los

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

de modificación de las condiciones pactadas en convenios colectivos estatutarios al régimen laboral previsto con carácter general —preconcurso—» (71).

La controversia podría desaparecer de atender al claro paralelismo entre las previsiones laborales y las mercantiles. Si el art. 41 ET regula separadamente los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo individuales, derivadas de acuerdos o pactos colectivos y de convenios, la LC hace lo propio, al distinguir entre los artículos 64 —manteniendo cierta similitud con el proceso estatutario de consultas— y 66 —idéntico en su contenido a su homónimo social—. Si la intención fuera distinta, hubiera bastado con incluir el segundo como un inciso o apartado más del primero o, directamente, eliminarlo, en cuyo caso aquél resultaría operativo en cualquier modificación sustancial, cualquiera que fuese la fuente de esas condiciones, y una vez celebrado el acuerdo impuesto por el art. 41.2.3.º ET; en paralelo, aquél se refiere exclusivamente a modificación, mientras que este abarca —además— tanto suspensiones como extinciones, por lo que es lógico imponer mayores cautelas y dar entrada a un instrumento fiscalizador allá donde no alcanza la negociación. Tal solución permitiría evitar una calificación del precepto como «*figura extrasistemática*» (72).

A mayor abundamiento, ninguna norma competencial atribuye expresamente al Juez de lo Mercantil la tarea de aprobar el acuerdo mencionado en el art.

autores cómo «*cabría preguntarse si era necesario un precepto autónomo —el art. 66 LC—, que se limita a reproducir el segundo inciso del párrafo tercero del art. 41.2 ET, cuando la previsión del art. 66 LC se podría haber incluido en el propio art. 64 LC, al estilo de las previsiones específicas contenidas en su apartado 9 relativas a modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica. Pero probablemente se ha querido enfatizar la singularidad y limitaciones de las modificaciones de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos del Título III ET*», GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», *AL*, núm. 10, 2004, p. 1.179.

71. MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal», *RTSS (CEF)*, núm. 248, 2003, p. 122. Tal es el sentido a extraer igualmente de las afirmaciones contenidas en ARETA MARTÍNEZ, M.: «La Ley Concursal y los aspectos sociolaborales: visión panorámica», en AA.VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A.V., dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Laborum, Murcia, 2004, p. 423; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A.I., en AA.VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A.V., dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, cit., p. 360 o LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», en AA.VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A.V., dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, cit., p. 393.

72. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», cit., p. 94.

José Gustavo Quirós Hidalgo

66. De hecho, la primera versión del precepto (entonces 65) le otorgaba facultad para, a iniciativa del deudor o de la administración judicial, acordar «*la suspensión, por tiempo determinado o por plazo referido a una fase del procedimiento concursal de la eficacia de los convenios colectivos de trabajo en la parte relativa a las obligaciones de contenido económico a cargo del concursado empleador que no se hallaren consolidadas a la fecha de la resolución judicial*»⁽⁷³⁾. Frente a la «*sorprendente afirmación*»⁽⁷⁴⁾, la redacción actual atendió a las sucesivas enmiendas y reformas, celosas en el respeto a la fuerza vinculante reconocida por el art. 37.1 CE a las normas paccionadas⁽⁷⁵⁾ para suprimir tal facultad. Actualmente, los arts. 86 ter.1.2.º LOPJ y 8.2 LC otorgan genéricamente jurisdicción al especialista para conocer en «*las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores*». Pues bien, no sólo es que el último inciso actúe como excepción a los dos supuestos enunciados (haciendo el primero de ellos referencia únicamente a modificaciones «*colectivas*»), sino que a lo largo de la norma concursal se van especificando las competencias concretas y, mientras el art. 64 LC atribuye un papel relevante al Juez, el art. 66 LC omite cualquier referencia y, por lo tanto, cualquier inmiscusión ajena a los negociadores para alcanzar y dar efectividad a lo acordado. En efecto, cuando las normas adjetivas citadas obligan a tomar en consideración «*los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral*», tal vez persigan mantener intacta la autonomía negocial, vetando la intervención del Juez donde antes se impedía actuar a la autoridad laboral, lo cual no puede ser tachado —como no lo debe ser el art. 41.2.3.º ET— de «*inoperante e ineficaz*»⁽⁷⁶⁾.

73. Al respecto, GUALDA ALCALÁ, F.J. y LILLO PÉREZ, E.: «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *RL*, núm. 22, 2001, p. 129.

74. ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 62.

75. Al respecto, por todos, FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», en AA.VV. (García Villaverde, R. et alii, dirs.): *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, p. 417.

76. «*Si el papel a desempeñar por el Juez del concurso es nulo, además de ser inoperante e ineficaz, ante una situación de crisis empresarial, puede favorecer, en determinados casos y circunstancias, el desarrollo de*

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

En definitiva, y bajo la interpretación propuesta, no existiría aprobación judicial del acuerdo de modificación sustancial de condiciones contenidas en convenio en sede concursal⁽⁷⁷⁾ —como, por otra parte, tampoco tiene intervención alguna en las alteraciones individuales mediando tal declaración⁽⁷⁸⁾—, motivo por el cual «*el texto final del art. 66 LC pudiera considerarse una simple cláusula de estilo, probablemente prescindible, dada la remisión que hace a los supuestos en que la legislación laboral admite acuerdos de empresa, de modo que no haría falta ese precepto para establecerlos, sino simplemente... seguir la regulación laboral sobre la materia*»⁽⁷⁹⁾.

Zanjado lo anterior, acertadamente o no, cabe traer a colación ciertas reflexiones hechas en la primera parte del estudio para predicarlas con idéntico alcance cuando en la modificación de las condiciones previstas en convenio media declaración concursal: en concreto, las realizadas aceptando el carácter empresarial o supraempresarial del pacto novado; admitiendo también como referente un acuerdo de fin de huelga (art. 8.2 RD 17/1977), conciliatorio (art. 154.2 LPL), derivado de mediación y arbitraje (art. 91 ET) o alguno de

negociaciones y acuerdos no suficientemente valorados (con quid pro quos inacceptables) cuyos efectos pudieran ser extremadamente perversos para la viabilidad de la empresa o el mantenimiento de los puestos de trabajo», SALIDO BANÚS, J.L. y MATEO SIERRA, J.M.: «Efectos de los arts. 64 y 66 de la Ley Concursal sobre las relaciones laborales», cit., p. 306.

77. «*A la autoridad mercantil se le veda la decisión sobre la alteración convencional, quedando supeditada la eventual modificación para que pueda llevarse a cabo en todo caso al pacto entre administración concursal y la representación de los trabajadores, de conformidad con la fuerza vinculante que se predica del derecho constitucional a la negociación colectiva*». MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «Sobre la delimitación de competencias entre los Juzgados de lo Mercantil y los Juzgados de lo Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 12, 2006, p. 12. Opinando lo contrario: «*una lectura sistemática de los arts. 64 y 66 LC permite llegar a una conclusión en este sentido (competencia del Juez para aprobar el acuerdo) en la medida en que ambos preceptos regulan el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo, especificando, el segundo de ellos, requisitos específicos cuando la condición a modificar se recoge en un convenio colectivo*», ALAMEDA CASTILLO, M.T.: «La relación de trabajo en la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio», cit., p. 41; «*poniendo en relación el art. 66 con el 64 LC, no basta ese mero acuerdo para alcanzar la modificación propuesta, sino que la adopción de esta pende de la resolución del juez del concurso*», MONTOYA MELGAR, A.: «Crisis de empresa y contrato de trabajo», *REDT*, núm. 122, 2004, p. 215; «*en todo caso, la aprobación del acuerdo alcanzado compete al Juez del concurso, como se deduce con claridad de lo establecido en los arts. 8.2 LC y 86.ter LOPJ*», GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», cit., p. 94, en opinión compartida por cuantos, ya citados, abogan por la interacción de ambos preceptos.

78. Por no gozar de especialidad alguna en sede concursal las modificaciones individuales; al respecto, resolviendo las dudas que la norma pudiera plantear, MONTOYA MELGAR, A.: «Crisis de empresa y contrato de trabajo», cit., 2004, p. 210 o MELÉNDEZ MORRILO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A.I., cit., p. 359.

79. RABANAL CARBAJO, P.: «Las competencias laborales del juez mercantil», en AA.VV. (Borrajó Dacruz, E., dir.): *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Las Rozas, 2004.

José Gustavo Quirós Hidalgo

los mencionados en el art. 83.3 ET sobre materias concretas; contemplando una posible eficacia limitada y/o naturaleza extraestatutaria del acuerdo⁽⁸⁰⁾; negando la aplicación de la escala contenida en el art. 41.2.4 ET a efectos de calificar la alteración como individual, o, en fin, precisando el procedimiento a observar para la consecución de la transacción.

Por el contrario, otras de aquellas interpretaciones han de ser necesariamente precisadas por las particularidades que presenta el proceso concursal:

- En primer término, el «*acuerdo de los representantes*» (mejor, «con» los representantes) obliga a identificar los sujetos intervinientes: de un lado, por los trabajadores, la negociación corresponderá —al igual que si no mediara declaración concursal— tanto a los unitarios como a los sindicales⁽⁸¹⁾ y, de no existir, al conjunto de los trabajadores, pues aun cuando el art. 66 LC no lo permita expresamente, podrá evitar —como se defendió en su momento— males mayores; por otro, el empresario deudor será sustituido en el proceso por la administración laboral⁽⁸²⁾, toda vez que se ha defendido la no intervención del Juez de lo Mercantil en estos supuestos.
- Aun cuando los arts. 8.2 LC y 86 ter.1.2.º LOPJ aluden al acuerdo para toda modificación «*de las condiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable*», sin distinguir entre los productos negociales por su naturaleza y eficacia, el desajuste —interpretado como falta de coherencia—

80. Avalado por quien mejor ha estudiado la materia: «*por lo general se sostiene que su eficacia es general. Es importante subrayar que esto será así cuando la modificación tenga una proyección general sobre toda la empresa o centro de trabajo. Ello no obstante, en la medida que lo que constituye el objeto normal de la modificación son las condiciones y no los convenios, la modificación podría tener un campo de aplicación personalmente limitado. En este caso, resultaría cuestionable el valor normativo del acuerdo novatorio, que quedaría convertido en una mera autorización de exclusión singular de una regla general, en una excepción que, por razones de garantía, se somete a la decisión de un poder normativo colectivo*», GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», cit., p. 95.

81. En el mismo sentido, por todos, LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», cit., p. 407. En tal caso, «*si la acción se promoviera por los propios representantes de los trabajadores, es obvio que la propia demanda implicaría el acuerdo de estos con la medida propuesta*», MONTOYA MELGAR, A.: «Crisis de empresa y contrato de trabajo», cit., p. 215.

82. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», cit., pp. 1.178-1.179; LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», cit., p. 408, para quien el Juez «*decide pero no negocia*»; encomendando la negociación a la administración concursal y el empresario deudor, extrañando la ausencia de referencias expresas «*en un texto plagado de legitimaciones*», FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», cit., p. 419.

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

ha sido resuelto primando el más específico art. 66 LC ⁽⁸³⁾, garantizando así la armonía con el art. 41.2.3.º ET.

- Nada obsta, en principio, para asumir en caso de concurso las facultades atribuidas a los interlocutores sociales para disponer del procedimiento, requisitos y materias previstos en el art. 41.2.3.º ET en los términos expuestos en el apartado anterior. Sin embargo, la traslación parece poco recomendable, habida cuenta de que lo salvaguardado por los pronunciamientos del Tribunal Supremo venía dado por la autonomía colectiva de los negociadores «normales» (en el sentido del art. 87 ET). Si realmente las hubieran ejercido, dichas cláusulas convencionales no irían dirigidas a guiar la actuación de un sujeto «atípico» como es la administración judicial y su participación debería quedar limitada a convenir en los términos de las modificaciones en los límites del art. 66 LC ⁽⁸⁴⁾.
- No sufren alteración las causas justificadoras de la modificación, mas sí su apreciación o interpretación, en tanto en cuanto la mera declaración del concurso e insolvencia del empresario se erige en muestra irrefutable y objetiva de la concurrencia de motivos —al menos— económicos, y —seguramente también— técnicos, organizativos o de producción ⁽⁸⁵⁾.
- Finalmente, y respecto a la extensión temporal del acuerdo alcanzado —sin perjuicio de los comentarios vertidos en su momento—, el art. 112 LC dispone cómo, «*declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación, seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso en el Título III de esta Ley*» (entre las cuales se encuentra la aquí estudiada), lo cual no debe significar necesariamente una forzada coincidencia entre las medidas adoptadas y la duración del proceso concursal. Antes al contrario, podrían condicionarse a un concreto término o a una determinada condición resolutoria, si bien la gravedad de la propia situación concursal permite adivinar aquel solapa-

83. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», cit., p. 1.180.

84. Negando la posibilidad de ampliar el elenco de materias objeto de modificación mediante acuerdo, FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», cit., p. 416, o MONTOYA MELGAR, A.: «Crisis de empresa y contrato de trabajo», cit., p. 214.

85. Al respecto, en el mismo sentido, pero sobre el art. 64 LC, MONTOYA MELGAR, A.: «Crisis de empresa y contrato de trabajo», cit., p. 207, o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», cit., p. 85.

José Gustavo Quirós Hidalgo

miento o incluso una desaparición de sus efectos por, en el peor de los casos, la finalización del procedimiento ante la inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.4.º LC).

BREVE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Cizur Menor-Aranzadi, 2002.

— «La relación de trabajo en la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio», *TL*, núm. 73, 2004.

ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», *RL*, núm. 8, 1995.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, 19.ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

ARETA MARTÍNEZ, M.: «La Ley Concursal y los aspectos sociolaborales: visión panorámica», en AA.VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A.V., dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Laborum, Murcia, 2004.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*», *REDT*, núm. 96, 1999.

— *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, Madrid, 2000.

CASAS BAAMONDE, M.E.: «¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?», *RL*, núm. 4, 1997.

CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

CRUZ VILLALÓN, J.: «El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E., coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994.

— *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Los convenios colectivos extraestatutarios. Una construcción teórica», en AA.VV. (Berreiro González, G. y Fernández Domínguez, J.J., dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, MTAS, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores», *La Ley*, núm. 3779, año XVI.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», en AA.VV. (García Villaverde, R. *et alii*, dirs.): *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003.

GALA DURÁN, C.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial», *AS*, núm. 7, 1996.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial», *AL*, núm. 5, 1995.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», *AL*, núm. 10, 2004.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *RL*, núms. 23 y 24, 2003.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», *REDT*, núm. 75, 1996.

GUALDA ALCALÁ, F.J. y LILLO PÉREZ, E.: «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *RL*, núm. 22, 2001.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios extraestatutarios: un aspecto más de la conflictiva figura del convenio colectivo extraestatutario», *REDT*, núm. 94, 1999.

José Gustavo Quirós Hidalgo

LAHERA FORTEZA, J.: «La modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios», *RL*, t. I, 1997.

LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», en AA.VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A.V., dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Laborum, Murcia, 2004.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A.I., en AA.VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A.V., dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Laborum, Murcia, 2004.

MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «Sobre la delimitación de competencias entre los Juzgados de lo Mercantil y los Juzgados de lo Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 12, 2006.

MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal», *RTSS (CEF)*, núm. 248, 2003.

MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Negociación colectiva y modificación de jornada u horario en convenio o pacto colectivo», *AL*, núm. 23, 2003.

MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 41. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2001.

— «Crisis de empresa y contrato de trabajo», *REDT*, núm. 122, 2004.

PEDRAJAS MORENO, A.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., coord.): *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

PÉREZ DE LOS COBOS, F. y RIERA VAYREDA, C.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales», *AL*, t. III, 1997.

RABANAL CARBAJO, P.: «Las competencias laborales del juez mercantil», en AA.VV. (Borrajo Dacruz, E., dir.): *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley Actualidad, Las Rozas, 2004.

RÍOS SALMERÓN, B.: «La nueva Ley Concursal y los trabajadores», *AL*, núm. 2, 2004.

El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales...

RIVERO LAMAS, J.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo», *REDT*, núm. 100, t. I, 2000.

— «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», *DL*, núm. 53, 1997.

RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exigidos por el Título III ET», *TS*, núm. 148, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La contractualización del convenio colectivo», *AL*, núm. 2, 1998.

SALA FRANCO, T.: «Acerca de la modificación del tiempo de trabajo pactado en un Convenio Colectivo y de la dispositivización de los preceptos legales», *Revista del Poder Judicial*, núm. 72, 2003.

SALIDO BANÚS, J.L. y MATEO SIERRA, J.M.: «Efectos de los arts. 64 y 66 de la Ley Concursal sobre las relaciones laborales», en AA.VV. (Fernández de la Gándara, L. y Sánchez Álvarez, M.M., coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2004.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1996.

