

MECANISMOS E INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Informe de síntesis

Dirección

José Luis Monereo Pérez
Francisco Vila Tierno

Coordinación

Belén del Mar López Insua



INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES



GOBIERNO
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO
MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones**

RET: 24-2.417

Mecanismos e instrumentos
de flexibilidad interna
en la negociación colectiva
Informe de síntesis

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS

Serie Relaciones Laborales Núm. 135

Mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva

Informe de síntesis

Dirección

José Luis Monereo Pérez
Francisco Vila Tierno

Coordinación

Belén del Mar López Insua

Autores

Carlos Luis Alfonso Mellado, Belén del Mar López Insua, Francisco Vila Tierno, Gemma Fabregat Monfort, Gloria Montes Adalid, Inmaculada Marín Alonso, José Luis Monereo Pérez, José Luis Ruiz Santamaría, José Luis Sánchez Ollero, Juan Gorelli Hernández, María Desamparados Bohígues, María Nieves Moreno Vida, Mercedes Rodríguez Fernández, Miguel Ángel Almendros González, Miguel Ángel Gómez Salado, Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, Raquel Castro Medina, Sara Guindo Morales

Colaboradores

Aida Cabello Roldán, José Iván Pérez López, Alejandro Muros Polo, Sheila López Vico

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo y Economía Social

Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mites.gob.es

Internet: www.mites.gob.es

NIPO Papel: 117-24-025-6

NIPO Pdf: 117-24-029-8

NIPO Epub: 11-24-028-2

ISBN Papel: 978-84-8417-630-5

ISBN Pdf: 978-84-8417-631-2

Depósito legal: M-14150-2024

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

Imprime: Artesa, S. L.



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	9
A. MARCO GENERAL PARA LA REGULACIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA. ENTRE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR, LA GARANTÍA DE UN DERECHO AL TRABAJO DECENTE Y LAS EXIGENCIAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA	17
B. LA PUESTA EN ESCENA DE LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA	21
C. DESARROLLO DE LOS DISTINTOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA. LOS NUEVOS RETOS DE LA ERA POST-COVID 19 Y DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA....	25
C.1. MOVILIDAD FUNCIONAL.....	25
C.2 Y C.3. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA. TRASLADO INDIVIDUAL Y OTROS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD (ART. 40 ET). TRASLADOS COLECTIVOS Y DESPLAZAMIENTOS	29
C.4. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO (INDIVIDUAL Y COLECTIVA).....	33
C.5. FLEXIBILIDAD SALARIAL	37
C.6. TIEMPO DE TRABAJO Y ADAPTACIÓN DE LA JORNADA.....	39
C.7. TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO.....	42
C.8. EL MECANISMO RED	44

	<u>Pág.</u>
D. ELEMENTOS CLAVES DE FLEXIBILIDAD INTERNA: LA CONFIGURACIÓN FLEXIBLE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CONSTANTE REFORMA. UNA HISTORIA LLEVA DE ALTIBAJOS: EL PAPEL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA COMO ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS. LA ARTICULACIÓN GENERAL O LAS REGLAS DE CONCURRENCIA EN UN PROCESO DE REFORMAS.....	45
D.1. EL SISTEMA DE ARTICULACIÓN GENERAL COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA.....	45
D.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS COLECTIVOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES: LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.....	46
D.3. LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO	49
D.4. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA.....	50
D.5. EL DESCUELGO EMPRESARIAL.....	51
E. CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN DURANTE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y CRISIS EMPRESARIALES: EL ROL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA COMO ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS	55
E.1. COLECTIVOS VULNERABLES Y BRECHA DIGITAL	55
E.2. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN SUPUESTOS DE DESPIDOS COLECTIVOS EN REESTRUCTURACIONES ORDINARIAS EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA EXTRA CONCURSAL (ET) Y CONCURSO DE ACREEDORES EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA CONCURSAL (LC)	57
F. IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DEL PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO Y DOCTRINA JUDICIAL.....	59
G. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA: UNA BREVE APROXIMACIÓN.....	63
H. BALANCE Y CONCLUSIONES.....	67
H.1. EN SENTIDO GENERAL	67
H.2. DE MANERA PARTICULAR	70

PRESENTACIÓN

Jesús Cruz Villalón

*Presidente de la Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos*

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), a través de su observatorio de negociación colectiva, le ha prestado una destacada atención a los mecanismos de flexibilidad interna introducidos o desarrollados a través de la negociación colectiva. Prácticamente todos los estudios sectoriales sobre los diversos ámbitos funcionales de los convenios colectivos han analizado con cierto detenimiento la regulación en los mismos de las instituciones típicas a través de las cuales se canaliza la adaptación de las condiciones de trabajo a los cambios empresariales que se producen a lo largo de su vigencia. Más aún, en el año 2012 se publicó un estudio monográfico sobre la materia, dirigido por el profesor Santos Ruesga de Benito, con el título de «Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva». Transcurridos más de diez años desde la edición del libro anterior, la CCNCC por unanimidad consideró oportuno efectuar una convocatoria de un nuevo estudio sobre la materia, ahora con el título de «mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva». A la vista de las importantes transformaciones empresariales que se han producido en el último período, así como de las reformas legislativas que han apuntado a un papel cada vez más relevante de la negociación colectiva resultaba necesario conocer el estado de la cuestión en los vigentes convenios colectivos. En particular, resulta relevante tener en cuenta que las medidas adoptadas en el marco de la pandemia se han enfocado a la búsqueda del mantenimiento del empleo por la vía de implementar al máximo las medidas en el ámbito de la flexibilidad interna, donde lo más conocido es lo referido al intenso uso de los ERTES, pero que ha tenido manifestaciones que van más allá de ello; por tal motivo, resultaba preciso tomar nota de lo que había supuesto el período COVID, pero no sólo como actuación coyuntural ante una situación de notable complejidad en el mercado de trabajo, sino especialmente como experiencia para incorporar una política de reacción frente a cambios sobrevenidos en el futuro y, por tanto, de una política permanente dentro de nuestro sistema de relaciones laborales. Igualmente, por unanimidad la Comisión Permanente de la CCNCC acordó encomendar dicho estudio a un prestigioso equipo de investigación, dirigido por los profesores José Luís Monereo Pérez y Francisco Vila Tierno y coordinado por la profesora Belén del Mar López Insua. El resultado de la investigación fue concluido en la fecha programada, a finales del 2023, siendo ahora cuando tenemos la oportunidad de publicarlo en doble formato, en papel y en versión digitalizada.

Aunque el estudio se centra en el diagnóstico del papel de la negociación colectiva en el desarrollo de la flexibilidad interna, se lleva a cabo a partir de un análisis del marco en el que se desarrolla y ello lo hace desde una doble perspectiva. De un lado, sitúa el lugar de la flexibilidad interna en conexión con los otros instrumentos de flexibilidad, en particular la relacionada con las mayores o menores facilidades para la contratación temporal y el régimen más o menos permisivo del despido, en cuanto que funcionan como vasos comunicantes la capacidad de reducción cuantitativa del empleo en la empresa con las mayores o menores necesidades de adaptación de las condiciones de trabajo a los cambios empresariales. De otro lado, por cuanto que el espacio de actuación de la negociación colectiva se encuentra estrechamente relacionado con la normativa legal reguladora de los diversos mecanismos de negociación colectiva; por ello, el trabajo arranca con una amplia descripción de la regulación en la normativa estatal de las diferentes instituciones a través de las cuales se canaliza la flexibilidad interna. Es precisamente, a partir de ese marco legal, que se abordan los concretos contenidos de los convenios colectivos y de la funcionalidad que despliega la negociación colectiva en la dirección de ampliar, desarrollar u orientar los diversos instrumentos de flexibilidad interna.

Al mismo tiempo, la obra ofrece una visión amplia de lo que haya de entenderse por flexibilidad interna, también en esta ocasión por un doble motivo. De un lado, por cuanto que amplía el foco de atención, destacando que la flexibilidad interna no constituye, como a primera vista se pudiera pensar, exclusivamente una intervención orientada a satisfacer los intereses empresariales de modificación de las condiciones de trabajo a sus necesidades cambiantes, sino también una actuación dirigida a satisfacer los requerimientos de los trabajadores de cumplimiento flexible de sus obligaciones en atención a poder sobre todo atender a sus responsabilidades familiares, de modo que todo el régimen de conciliación entre lo profesional y lo doméstico también se debe conectar con los instrumentos de flexibilidad interna. De otro lado, por cuanto que el estudio, junto a un exhaustivo examen de los canales típicos de cambio de cada una de las condiciones de trabajo, toma en consideración también otras instituciones que formalmente no se suelen situar en el terreno de la flexibilidad interna, pero que los autores del estudio extraen los efectos reflejos de las mismas en clave de flexibilidad interna; mencionemos a estos efectos las consideraciones que se realizan en el estudio en relación con la prioridad aplicativa convencional en caso de concurrencia entre convenios colectivos, así como las reglas de especial tutela a los colectivos vulnerables (en particular, mujeres y discapacitados) por su conexión igualmente con los efectos negativos sobre los mismos en los procesos de flexibilidad interna.

Desde el punto de vista de la flexibilidad interna como instrumento de atención a las necesidades empresariales, el punto de partida del estudio, como no podía ser otro, es el de tener presente que el contexto en el que

actúan las empresas hoy en día requiere del reconocimiento institucional de las medidas de flexibilidad interna, que le permitan adaptarse a los cambios que se le imponen por múltiples factores, entre los que se destacan la globalización de la economía, los cambios tecnológicos derivados de la digitalización, los cambios en la organización de la producción y del trabajo, así como los cambios en las formas de consumo. Dicho de otro modo, que esos factores demandan cambios constantes en las condiciones de trabajo, desde muy diversas perspectivas, que deben ser favorecidos en aras de evitar efectos negativos sobre el empleo y, en particular, sobre su estabilidad. El resultado constatado por los autores del estudio es que la flexibilidad aboca a una potenciación de los poderes empresariales y, por efecto derivado, a una disminución de la estabilidad en las condiciones de trabajo. Eso sí, a partir de esa premisa, el estudio destaca que lo decisivo no es tanto que exista una amplia capacidad de uso de la flexibilidad interna, cuanto que el modo como la misma se materializa puede ser diverso, situándose la clave en la proporcionalidad entre los sacrificios que soportan los trabajadores y las ventajas que obtienen las empresas. De este modo, se aboga por un modelo de equilibrio entre los intereses de las partes, bidireccional tanto atendiendo a la flexibilidad reclamada por las empresas y la deseada por los trabajadores, lo que a juicio de los autores debe desembocar en un modelo de flexibilidad negociada. De ahí la importancia que se le otorga a la intervención de la negociación colectiva en la materia, considerando que sus contenidos deben ser especialmente influyentes para el logro del equilibrio deseable, llegan a concluir que la negociación colectiva resulta «crucial» en materia de flexibilidad interna; naturalmente todo ello sin perjuicio del equilibrio que también debe aportarse desde la ley.

A partir de ahí, el estudio procede a una descripción detallada de la intervención de la negociación colectiva en la regulación de las instituciones claves que inciden sobre el desarrollo de la flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, flexibilidad salarial, régimen jurídico del tiempo de trabajo y adaptación de la jornada, trabajo a distancia, suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, con particular atención al mecanismo RED, el descuelgue empresarial de lo pactado en convenio colectivo, los procedimientos de despido colectivo desde la perspectiva de introducción de medidas de flexibilidad interna como alternativa a la extinción de los contratos de trabajo, incluida las situaciones concursales, etc.

El estudio se detiene a conectar los contenidos de los convenios colectivos en esta materia, con los impulsos que se producen desde los diversos Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva, que a juicio de los investigadores de la obra marcan importantes pautas de actuación para los interlocutores sociales en las correspondientes mesas de negociación colectiva.

El estudio se completa con una toma en consideración de la legitimación para negociar, la ultraactividad de los convenios colectivos, las vías de impugnación judicial de la flexibilidad interna, así como una atención específica al análisis económico de las medidas de flexibilidad interna. Todo ello, muestra que se trata de un estudio que va mucho más allá de su título, por cuanto que desborda el específico relativo a la intervención de la negociación colectiva en materia de flexibilidad interna, como era el encargo específico que se le había formulado al equipo de investigación por parte de la CCNCC.

Entre las conclusiones que se deducen de la presente investigación destacaríamos las siguientes. Ante todo, se señala que la flexibilidad interna no se concibe en los convenios colectivos como un todo unitario, sino como un conjunto de mecanismos e instrumentos diversos, que cumplen cada uno de ellos una función propia e independiente; si bien también se advierte que ello deriva de un modelo legal que recoge una diversidad de medidas sin la debida conexión entre ellas. Destacan en las conclusiones igualmente la especial importancia que presenta la formación como instrumento básico de adaptación de las competencias de los trabajadores a los cambios que se le imponen, así como a la necesidad de medidas concretas desde la perspectiva de género. Asimismo, el estudio llama la atención sobre la escasa intervención de la negociación colectiva, apuntando en particular al trabajo a distancia, a la polivalencia funcional, sistemas modificación sustancial de las condiciones de trabajo y regulación de los ERTES. Bien es cierto que, en algunas ocasiones, la escasa intervención de la negociación colectiva respecto de ciertas materias se debe a que la regulación legal es completa y autosuficiente para que se puedan adoptar los cambios conforme a los procedimientos establecidos en la normativa estatal, sin necesidad de intervención adicional por parte de la negociación colectiva.

Con la publicación del presente estudio mantenemos la fórmula de difusión de los encargos periódicos efectuados por esta Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que está proporcionando unos resultados que se valoran muy positivamente. En este sentido, y a la vista de los resultados de investigación presentados en los años precedentes, se estimó conveniente ofrecer al público dos presentaciones del trabajo efectuado por cada equipo de investigación. De un lado, una edición en formato digital disponible a través de la página web de la Comisión Consultiva, extenso y pormenorizado, que permitiera una información exhaustiva de toda la materia objeto de estudio, lo que facilita una información al más mínimo detalle, que permita efectuar cualquier consulta concreta que se desee realizar al respecto. De otro lado, una edición en papel, de dimensiones más reducidas, donde se recogiera de manera más condensada y directa el diagnóstico general realizado, las conclusiones principales del estudio, así como las propuestas de buenas prácticas y propuestas de medidas que se sugieren por parte de los investigadores. Por esta segunda vía se pretende que los resultados de la investigación puedan tener un mayor impacto, en la medida en que con esta

presentación comprimida se logra concentrar lo más relevante de los resultados de la investigación. A tenor de ello, obligado resulta efectuar un especial agradecimiento al equipo de investigación por haber tenido que realizar este doble esfuerzo, de elaboración en paralelo de dos documentos, complementarios entre sí, de modo que uno invita a la lectura del otro y que confiamos que de este modo la difusión del enorme esfuerzo de investigación realizado pueda resultar mucho más efectiva.

Solo me resta invitar a cuantos puedan estar interesados a una lectura fructífera de este estudio, así como agradecer al Ministerio de Trabajo y Economía Social por el apoyo material a la realización y publicación de un estudio de una indudable valía.

Abril de 2024

A. MARCO GENERAL PARA LA REGULACIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA. ENTRE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR, LA GARANTÍA DE UN DERECHO AL TRABAJO DECENTE Y LAS EXIGENCIAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA

La flexibilidad no es, en su origen, un concepto jurídico, es un concepto de extracción y origen eminentemente económico, y de utilización instrumental en el ámbito de la política del Derecho del Trabajo en los distintos procesos de reforma, para señalar los objetivos que deben ser perseguidos con las medidas laborales. En un sentido amplio es un concepto que remite al conjunto de respuestas que se exigen a la fuerza de trabajo activa ante los cambios producidos en el ambiente económico y en los mercados productivos.

En el momento actual, la finalidad de los mecanismos de flexibilidad interna en el ámbito de las relaciones de trabajo es establecer un equilibrio en la pluralidad de intereses legítimos subyacentes: intereses privados (empresarios y trabajadores) e interés público (estabilidad del sistema económico, competitividad de las empresas, tutela del trabajo dependiente y paz social basada en la articulación entre el crecimiento económico y el progreso social).

Ya en el marco de la última gran reforma laboral (2021) se indica que la negociación colectiva adolece de una serie de debilidades y distorsiones, entre las cuales destaca la existencia de una incorrecta distinción entre convenios colectivos y los mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la inaplicación o descuelgue convencional. Por otra parte, se subraya que también existen, en el mercado laboral español, distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización y una *insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna* como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social —y en no pocas ocasiones, también empresarial-

que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal. De este modo, el concepto de «flexibilidad interna» se ha convertido en elemento finalista de la Política del Derecho Social del Trabajo.

Existen diversas opciones de política del Derecho respecto a la necesidad de introducir ajustes del modelo o de atender a las exigencias de cambio del mismo modelo. Se trata, en definitiva, de la lucha por los modelos de flexibilidad y competitividad, que cristaliza en la contraposición entre el modelo de flexibilidad defensiva y el modelo de flexibilidad ofensiva en la regulación jurídica del trabajo y de la competitividad. De esta forma:

a) El modelo de «flexibilidad defensiva» fomenta la flexibilidad a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y fuertes desigualdades entre los colectivos de trabajadores, la reducción sistemática de los costes del factor trabajo y la devaluación salarial. Es la opción liberal que continúa apostando por un modelo de crecimiento económico basado en la reducción de costes del factor trabajo. Es un modelo de flexibilidad que contribuye a la dualización-segmentación del mercado de trabajo, que queda conformado, por un lado, por los trabajadores con empleos estables y protegidos y, por otro, por trabajadores con empleos precarios y con un estatuto jurídico-protector débil o más debilitado.

b) Frente a ello, la «flexibilidad ofensiva» garantista tiene como parámetro de referencia la competitividad por el conocimiento, la calidad del empleo y del producto (o servicios) y la innovación; y supone un nuevo compromiso en los lugares de trabajo basado en el intercambio entre, por un lado, la implicación de los trabajadores en la lucha por la productividad y competitividad y la calidad del producto y, por otro, diversas garantías y ventajas laborales y de carácter social, que mantienen el carácter «desmercantilizador» del trabajo (trabajo decente o digno, es decir, con derechos sociales de «desmercantilización»).

Este modelo de flexibilidad ofensiva, al contrario que en el modelo de flexibilidad precaria o defensiva, otorga preferencia a la estabilidad laboral, a la modernización de la tecnología y a la formación profesional, entendiendo que es posible conciliar la racionalidad económica y la racionalidad social. Se articula a través del sistema de negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la posibilidad de acuerdos tripartitos, que establecen las reglas de juego, compaginándolo con los convenios de empresa que singularizan el tratamiento de las condiciones laborales, el sistema de organización del trabajo y la implicación de los trabajadores en las decisiones de gestión y dirección de la empresa.

La *flexibilidad interna* debe ser una *flexibilidad negociada* y no una flexibilidad unilateral a través del fortalecimiento del ejercicio directo de los poderes empresariales. También debe ser bidireccional, haciendo compatible el doble objetivo de adaptar la regulación de las condiciones de trabajo a la realidad cambiante de las organizaciones productivas con las necesidades de la persona del trabajador como opción personal y como ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar.

El modelo legal de flexibilidad interna del ET —con un amplio margen para la intervención de la negociación colectiva— deja ya un amplísimo espacio para la adaptación de las condiciones de trabajo a la dinámica de funcionamiento de las empresas en respuesta a los cambios del mercado y de la situación económica y a las exigencias de reorganización: flexibilidad funcional y de capacitación, flexibilidad geográfica, flexibilidad del tiempo de trabajo, flexibilidad suspensiva de contratos para facilitar el mantenimiento del empleo y la reorganización de la empresa, flexibilidad negocial, flexibilidad de adaptación a través de la negociación colectiva de inaplicación de aspectos fundamentales de las relaciones de trabajo.

La flexibilidad interna tendría que ser la medida estrella de los procesos de reestructuración y reorganización empresarial. Debería existir una obligación de negociar este tipo de medidas (modificaciones sustanciales, movilidad funcional y geográfica, modificaciones salariales, del tiempo de trabajo, suspensiones contractuales, etc.) con carácter preferente a la adopción de medidas radicales y traumáticas de flexibilidad externa como los despidos individuales y colectivos. Esto conduciría, sin que necesariamente exista una imposición *ope legis* al respecto a la consagración, en la negociación colectiva, de la configuración de los despidos por causas empresariales como *ultima ratio* después de haber agotado estas medidas de flexibilidad laboral interna.

En esa línea trata de avanzar el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, estableciendo un conjunto de medidas dirigidas a la modernización de los instrumentos de flexibilidad laboral interna, y el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC) para los años 2023, 2024 y 2025, suscrito con fecha 10 de mayo de 2023 (Resolución de 19 de mayo de 2023).

De lo contemplado en el V AENC, destacan: a) la reiteración de contenidos respecto a lo planteado en la ley, si bien, incidiendo en algunos aspectos que las partes entienden más relevantes; b) la aparición, estelar, de nuevos contenidos, dejando a un lado aspectos más tradicionales; c) la apuesta clara por los mecanismos de flexibilidad interna, como herramientas que faciliten la adaptación competitiva de las empresas y la actividad productiva y preserven la estabilidad y calidad del empleo y las condiciones laborales; d) la escasa atención que se muestra respecto a otras medidas de flexibilidad interna de carácter o corte más clásico, como la movilidad funcional, la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la movilidad geográfica, sobre las que no incluye mención alguna.

Es pronto, no obstante, todavía para poder apreciar los resultados de la reforma laboral de 2021 y de las medidas establecidas en el V AENC. Habrá que esperar todavía al resultado del proceso de negociación colectiva que se está llevando a cabo en la actualidad para ver el reflejo adecuado o no de estas medidas que potencian la flexibilidad interna en la empresa protegiendo al mismo tiempo el empleo. Pero algunas tendencias —en lo atinente a los aspectos que más intere-

san para el objeto de la presente investigación empírica— ya se vienen poniendo de manifiesto, como son, en una aproximación inicial y a modo introductorio:

a) La utilización predominante de la adaptación del tiempo de trabajo como mecanismo de flexibilidad interna [Conveni col·lectiu de treball del sector d'exhibició cinematogràfica de la província de Barcelona (BOB de 8 de enero de 2024); Convenio colectivo de la industria del calzado (Resolución de 24 de marzo de 2023, de la Dirección General de Trabajo); Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 16 de enero de 2023, de la Dirección General de Trabajo)].

b) La utilización de la clasificación profesional como mecanismo de flexibilidad fue, desde hace tiempo, potenciado por el legislador al cambiar las categorías profesionales por los grupos profesionales como base para establecer el sistema de clasificación y el límite para la movilidad funcional normal (art. 22 y 39 ET). Partiendo de ello en la negociación colectiva se encuentran ejemplos de un sistema de clasificación profesional adaptable según las necesidades de la empresa [Convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, SA. (Resolución de 20 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo)].

c) Es cada vez más frecuente, aunque sigue siendo escasa, en convenios sectoriales la regulación detallada del procedimiento de inaplicación del convenio (o descuelgue). Así, con independencia de lo que en este aspecto específico se señala después, se puede ver en el Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024 (disposición adicional tercera).

d) En los convenios más recientes la Formación Profesional está adquiriendo una especial importancia, poniendo de manifiesto la vinculación de la formación profesional con las necesidades de la empresa y con su competitividad, sin desconocer desde luego que es un derecho del trabajador [Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024, en vigor hasta el 31 de diciembre del año 2024 (Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo); Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (Resolución de 29 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo); V Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Resolución de 19 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo); Convenio colectivo de Ilunion CEE Outsourcing, SA (Resolución de 20 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo); XVIII Convenio colectivo de Ford España, SL. (Resolución de 22 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo); Convenio colectivo de Ercros, SA. (Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo)].

e) Y, como ya se ha indicado, la finalidad de la flexibilidad interna negociada como medida de reestructuración y reorganización empresarial con carácter preferente a la adopción de medidas radicales de flexibilidad externa como los despidos individuales y colectivos aparece expresamente recogida ya en muchos convenios colectivos [Convenio colectivo de Ercros, SA. (Resolución de 18 de octubre de 2022 de la Dirección General de Trabajo)].

B. LA PUESTA EN ESCENA DE LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA

El debate actual sobre la flexibilidad interna debe situarse hoy día en el marco de las transiciones tecnológicas, económicas, climáticas-ecológicas, sociales y de género.

Por lo pronto, lo que claramente se aprecia son cambios significativos en el empleo: más allá de la tendencia a la expansión de las plataformas digitales y la llamada economía «colaborativa» (que suele ocultar la realidad de una relación subordinada y de típicos contratos de adhesión), hoy tenemos un empleo menos estandarizado; más fraccionado e inestable; con un mayor sometimiento de la organización del trabajo y del empleo a transformaciones permanentes y no siempre previsibles, ya que suelen estar presididas por la incertidumbre, teniendo como consecuencia un incremento de la flexibilidad laboral interna y externa.

Sin embargo, la regulación y utilización de los mecanismos de flexibilidad interna deben llevarse a cabo en el marco del derecho a un *trabajo decente* o digno de la persona que trabaja, tal como lo establece la OIT, es decir, trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad. En el marco del derecho a un trabajo decente, la flexibilidad interna no puede estar exclusivamente al servicio de los intereses empresariales ni imponerse unilateralmente. Por el contrario, mediante una flexibilidad interna negociada se trata de implantar incentivos económicos serios, gestionar el cambio tecnológico y organizativo de manera anticipada, proactiva y coordinada, buscar el sostenimiento del empleo y mantener el despido como última medida.

También a través de la negociación colectiva, con el apoyo de las instituciones, las políticas y las estrategias públicas, se puede, y se debe, contribuir a generar un ecosistema de aprendizaje a lo largo de la vida que sea efectivo. La inversión en las capacidades de las personas permitirá que los trabajadores progresen en la era digital, ampliando sus posibilidades y mejorando su bienestar y, al mismo tiempo, su adaptación a los cambios productivos mejorando su productividad y la competitividad de las empresas. La regulación conven-

cional respecto a la *formación y recualificación profesional* puede contribuir también a aumentar las posibilidades de los trabajadores de edad más avanzada (45, 55 o 65 años) para que puedan seguir siendo profesional y económicamente activos. En la negociación colectiva se debe abordar la regulación convencional de la formación profesional, por una parte, como parte de la educación permanente, que no se agota en procurar a las empresas la mano de obra cualificada que necesitan, sino que también debe ser un instrumento de promoción social y cultural de la persona del trabajador. Pero también, al mismo tiempo, como una formación que capacite realmente para el trabajo, para lo cual será imprescindible que las personas adquieran una formación que les permita adaptarse continuamente a los cambios tecnológicos y organizativos, adecuándolos de forma que puedan ser utilizados en la empresa.

La perspectiva de género, por otra parte, debe estar presente en las medidas de flexibilidad interna que puedan establecerse legal o convencionalmente. Las medidas de flexibilidad pueden ser —y así se viene impulsando legalmente— el mecanismo utilizado para integrar algunas de las necesidades de los trabajadores y el espacio apropiado para impulsar o promover medidas de igualdad y de conciliación profesional y familiar, pero también pueden incidir negativamente sobre la situación laboral de los colectivos más deprimidos, entre los que se encuentran las mujeres. Se pueden señalar, en este sentido, algunas cuestiones:

— en el ámbito de la flexibilidad salarial, las situaciones suspensivas, reducciones de jornada o permisos vinculados a las responsabilidades familiares, que afectan principalmente a las mujeres, pueden afectar a las retribuciones variables limitando por ello el ejercicio pleno de dichos derechos y constituyendo una discriminación por razón de sexo;

— la utilización por parte del empresario del trabajo a tiempo parcial y el teletrabajo, aceptados voluntariamente por el trabajador, en muchos casos ante la todavía limitada posibilidad del trabajador para adaptar la jornada de trabajo, tiene una mayor incidencia en aquellos trabajadores que tienen responsabilidades familiares, incidiendo por ello de manera especial en las trabajadoras;

— también son escasos los convenios colectivos que protegen a la mujer directamente en supuestos de traslados colectivos o suspensiones y despidos colectivos: la prioridad de permanencia en función del género sólo suele abordarse, en términos generales, en relación con las responsabilidades familiares, pero no se establece una protección del colectivo femenino como tal en aquellos trabajos en los que las mujeres están subrepresentadas. El convenio colectivo podría ser un instrumento idóneo para establecer estas medidas de acción positiva en relación con la utilización de algunas medidas de flexibilidad interna como suspensiones o traslados en relación con los sectores o trabajos en los que las mujeres estén menos representadas. Entendiendo por medidas de acción positiva el conjunto de medidas correctoras que producen

un efecto beneficioso sobre la condición y la posición de las mujeres en el mercado de trabajo con el fin de favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Debe tenerse presente que, de conformidad con el art.11 («Acciones positivas») de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: «1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley». A estos efectos, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, entre otras previsiones, contempla en su art. 10 que «De acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley [...]».

C. DESARROLLO DE LOS DISTINTOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA. LOS NUEVOS RETOS DE LA ERA POST-COVID 19 Y DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DE LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS

C.1. MOVILIDAD FUNCIONAL Y CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

El papel de la negociación colectiva en este marco es muy limitado y son pocos los convenios colectivos que se atreven a realizar una enumeración detallada de las facultades empresariales que engloban el poder empresarial [Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón editoriales e industrias auxiliares 2023-2025 (BOE nº 245 de 13 de octubre de 2023)], limitándose a precisar las características de la estructura organizativa de la empresa o a efectuar una valoración general de dicho poder en la empresa, circunstancia que, en suma, favorece la flexibilidad y la adaptación a las circunstancias que puedan sobrevenir en las empresas.

La organización técnica y práctica del trabajo corresponde al empresario, sin perjuicio de que la negociación colectiva pueda insistir en la atribución exclusiva de dicha facultad al empresario o la module de diversas maneras. Así, pueden encontrarse convenios colectivos que vinculan dicha organización del trabajo a determinados principios [Convenio Colectivo acción e intervención social 2022-2024 (BOE nº 259, de 28 de octubre de 2022)] o a fines de productividad [Convenio Colectivo de la empresa Diario ABC, SL (BOE nº 50, de 27 de febrero de 2020)], o que invitan a los representantes de los trabajadores a realizar propuestas o dar orientaciones sobre la organización y racionalización del trabajo [Convenio colectivo estatal de estaciones de servicios, Resolución de 2 de marzo de 2020], estableciendo, incluso, obligaciones a su ejercicio como, por ejemplo, la de comunicar previamente a los citados representantes las decisiones adoptadas por el empleador [Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (BOE 25 julio 2022)], complementar dicha facultad con políticas de formación adecuadas o adaptación tecnológica o, incluso, implantar criterios de calidad o buenas prácticas. Excepcionalmente, la negociación colectiva llega a establecer cortapisas más

significativas al ejercicio empresarial de su facultad de dirección, estableciendo un procedimiento previo a la adopción de decisiones empresariales sobre la organización del trabajo [Convenio colectivo de empresa Manufacturas y Accesorios eléctricos, SA (BOCM nº 298, de 7 de diciembre de 2020)].

En el momento de la determinación inicial de las funciones que configuran el contenido de la prestación laboral se aprecia la existencia de una importante flexibilidad, organizativa y de adaptación, a favor de los intereses empresariales, sin que se produzca una intervención destacada de la negociación colectiva en momentos previos o posteriores a la adopción de la decisión empresarial, limitada a introducir, en ciertas ocasiones, una mayor adaptabilidad en dicha determinación funcional. La negociación colectiva no desempeña, por tanto, un rol trascendental en el ámbito funcional, siendo relegada a una función de mero acompañamiento del poder de dirección empresarial. Esto supone una *desnaturalización del modelo a perseguir de flexibilidad interna negociada* entre los interlocutores sociales en el marco de un gobierno negociado del sistema de relaciones laborales.

En relación con la movilidad funcional, la autonomía colectiva no interviene obligatoriamente con el objetivo de paliar o reducir los efectos que el cambio de funciones pueda acarrear a los trabajadores o de ofrecer otras alternativas al empleador, sino que su función se ha limitado a la tradicional de regular posibles límites adicionales al ejercicio del poder de dirección del empresario, en este caso, a la decisión empresarial de efectuar cambios de funciones mediante la regulación del sistema de clasificación profesional, de la polivalencia funcional, de la formación o de la propia movilidad funcional.

El sistema de clasificación profesional es el marco normativo e institucional (diseñado y establecido en la negociación colectiva; art. 22 ET) que ordena los cometidos laborales en una empresa y su regulación es fundamental para determinar otras condiciones de trabajo como la retribución de los trabajadores o la carrera profesional, por un lado, o amparar la movilidad funcional, por otro. Debido a esa vinculación con la retribución de los trabajadores y con el ejercicio del poder de dirección del empleador, la casi totalidad de los convenios colectivos vigentes regulan la clasificación profesional de los trabajadores o, en su caso, reenvían a lo negociado en la materia a otros ámbitos. La remisión suele ser frecuente a lo dispuesto en convenios colectivos de ámbitos superiores, como se aprecia, por ejemplo, en el sector hostelero [Convenio Colectivo sectorial estatal de marcas de restauración moderna (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2022)] o el metalúrgico [Convenio Colectivo de Industrias y servicios del metal de Albacete (BOP nº 91 de 3 de agosto de 2018)], en los que se cubre esta materia con lo dispuesto en ámbitos superiores, aunque también se encuentran remisiones a la clasificación profesional contenida en las derogadas Ordenanzas Laborales [Convenio colectivo de trabajo para empresas de hospitalización, internamiento, consultas, asistencia y laboratorio o análisis clínicos para la provincia de Sevilla (BOP Sevilla nº 293, de 20 de diciembre de 2019)], demostrando esto último la falta de modernización de esta materia. Tampoco faltan,

por otro lado, convenios colectivos que realizan remisiones poco ortodoxas en la materia [Convenio colectivo de empresa PQS Piscinas y consumo, SA (BOP Sevilla nº 236, de 11 de octubre de 2022)] o que, en su caso, efectúan meras adaptaciones en materia de clasificación profesional a los planes educativos en vigor, parcheando en ocasiones el sistema de clasificación profesional [Acuerdo Marco Grupo Repsol (BOE nº 45, de 22 de febrero de 2023)].

No es infrecuente, por otro lado, que la negociación colectiva aborde la clasificación profesional en sentido amplio, es decir, incluyendo en un mismo articulado tanto esta figura de encuadramiento como aspectos relativos a las consecuencias del cambio de funciones. No obstante, algunos convenios establecen de manera diferenciada una serie de principios generales de clasificación como marco en el que desarrollar la atribución de funciones y sus cambios, resaltando el dinamismo que tiene esta materia en la gestión de los recursos humanos en las empresas [ejemplo significativo es el *Convenio Colectivo estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2023-2026* (BOE nº 273, de 15 de noviembre de 2023)].

La necesidad de flexibilidad en los sistemas clasificatorios ha sido, sin duda, un objetivo prioritario y compartido por la patronal y los sindicatos, aunque dicho objetivo no se ha conseguido de manera general, como tampoco se ha generalizado la referencia a la igualdad de géneros en los sistemas clasificatorios y su consiguiente repercusión en la movilidad funcional (v. gr. en materia de conciliación familiar y laboral).

La regulación convencional puede desempeñar, por tanto, un importante papel en la flexibilidad de la prestación laboral, estableciendo a veces un concepto amplio del grupo profesional y de las funciones a desarrollar. Ejemplos convencionales de esa flexibilidad aportada por el grupo profesional puede verse actualmente en la mayoría de los convenios colectivos vigentes, ya sean de sector —estatales o provinciales— o de empresa [*Convenio Colectivo estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2023-2026* (BOE nº 273, de 15 de noviembre de 2023); *Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidoras de especialidades y productos farmacéuticos* (BOE nº 229, de 23 de septiembre de 2022); *VIII Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas* (BOE nº 292, de 5 de diciembre de 2019)].

En cualquier caso, en la mayoría de los convenios colectivos consultados puede observarse que, por un lado, la renovación de la estructura profesional no deja de ser meramente nominativa, procediendo al cambio de terminología para sustituir la categoría por el grupo, pero manteniendo la regulación detallada de las funciones características de las categorías [Convenio Colectivo del Sector de Empresas de Seguridad Privada (BOE 22 de enero de 2022)]; y por otro, que en los últimos años se ha producido una tendencia más favorable a la flexibilidad a través de un sistema enunciativo de funciones dentro de la clasificación profesional que permite a la empresa, por un lado, prever o planificar los puestos necesarios en su sistema sin que se obligue a cubrirlos efectivamente y, por otro, asignar funciones complementarias, accesorias o similares a las de

otros puestos [Convenio colectivo de la Industria del Calzado (BOE 10 abril 2023)]. Esa flexibilidad se aprecia particularmente en determinados sectores de actividad, como ocurre, por ejemplo, con el sector del comercio o la hostelería.

Por otro lado, la definición de los grupos profesionales deben ajustarse, tras el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres (art. 22.3 ET). La negociación colectiva, sin duda, tendrá que desempeñar un papel importante en el cumplimiento efectivo de estas normas, alzándose los actores sociales como el eslabón principal para conseguir tal objetivo, si bien, de momento sólo se observa, a lo sumo, la inclusión del género femenino en la identificación de funciones que se incluyen en los grupos.

La complejidad de la clasificación profesional y la necesidad de adaptación rápida a la situación que atraviesan las empresas ha llevado a algunos convenios colectivos a establecer comisiones técnicas bipartitas para complementar el sistema de clasificación profesional y hacer un seguimiento de la clasificación de todo el personal en los distintos grupos y funciones.

La mayoría de los convenios colectivos analizados no realizan, sin embargo, mención alguna de la polivalencia funcional o, en su caso, se limitan a transcribir la prescripción legal. Excepcionalmente, algún convenio colectivo habla de «policompetencia» [Convenio colectivo de la empresa Hyperion Materials & Technologies Spain, SL, BOPB de 8 de febrero de 2023] como criterio a tener en cuenta en la estructura organizativa de la empresa —junto a otros como la flexibilidad, la participación, la responsabilidad o la movilidad—, pero sin abordar su definición o contenido ni establecer una regulación mejorada de la ley. Y, en la misma línea, algunos convenios prevén genéricamente la necesidad de alcanzar distintas competencias para permitir la polivalencia o introducen cláusulas genéricas de «pluralidad de funciones» para favorecer el desarrollo de la actividad de la empresa a través de la «movilidad entre niveles y grupos y la polivalencia funcional».

La movilidad funcional, en síntesis, tiene un escaso desarrollo en la negociación colectiva, sobre todo, en la de ámbito de empresa o inferior, sin perjuicio de la existencia de alguna regulación detalladas en dicho ámbito como ocurre, por ejemplo, con el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA*, y *Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal* (BOE nº 42 de 18 de febrero de 2019) o la específica remisión a lo regulado sobre movilidad en convenios colectivos de ámbitos más amplios. Prima la transcripción del art. 39 ET en los casos en que contemplan este instrumento. Son, por tanto, los convenios sectoriales los que, de manera moderada, abordan la movilidad funcional, encaminados principalmente a regular las consecuencias de la movilidad descendente para el trabajador afectado.

Con carácter general puede señalarse que la negociación colectiva no limita ni moldea la libertad de la empresa de cambiar unilateralmente las funciones entre grupos profesionales ni establece cortapisas procedimentales o temporales de interés para el cambio de funciones más allá del grupo profesional. En ocasiones establecen tímidamente, en su caso, límites y garantías adicionales de escaso alcance a lo dispuesto en la regulación legal como, por ejemplo, la realización de formación previa o adaptación del trabajador a las nuevas funciones, o bien añaden algún requisito adicional para efectuar la movilidad. Tampoco suelen recogerse convencionalmente los supuestos de cambio de funciones por necesidades de salud o prevención de riesgos (v. gr. en casos de maternidad o riesgo durante el embarazo *ex art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*) o por voluntad del trabajador.

C.2. Y C.3. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA. TRASLADO INDIVIDUAL Y OTROS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD (ART. 40 ET). TRASLADOS COLECTIVOS Y DESPLAZAMIENTOS

Otro de los instrumentos que el legislador ha facilitado al empresario para incrementar su capacidad de flexibilidad interna es la movilidad geográfica. La movilidad geográfica, tal como está configurada en la regulación actual, es un mecanismo que facilita al empresario una especial capacidad para adaptar la mano de obra a las necesidades productivas de la empresa. Ante situaciones que requieren el incremento de mano de obra en diferentes centros de trabajo, el empresario puede acudir a la movilidad para reubicar mano de obra que es innecesaria en unos centros, dirigiéndola a lugares donde es más necesaria. También puede desplazar trabajadores experimentados a centros en los que dicha experiencia es necesaria y puede atender necesidades de mano de obra cuando se procede al traslado del centro de trabajo. En definitiva, existen múltiples posibilidades o situaciones en las que el empresario puede acudir a la movilidad geográfica para satisfacer necesidades productivas u organizativas de la empresa.

De otro lado, la movilidad geográfica puede tener otra utilidad relevante, diferente de la cobertura de necesidades de carácter empresarial que requieran la movilización de mano de obra hacia otros centros de trabajo: puede ser utilizada como alternativa a la extinción de contratos de trabajo. Ello sucede en situaciones en las que se produce la necesidad de amortizar puestos de trabajo en un determinado centro de trabajo (o la supresión del propio centro), pudiendo sustituirse la extinción de los contratos de trabajo por el uso de mecanismos propios de movilidad geográfica a centros de trabajo que puedan absorber toda o parte de la mano de obra excedentaria.

Por último, la movilidad geográfica no sólo es, en sí misma considerada, un instrumento de flexibilidad, sino que las diversas reformas normativas han flexibilizado notablemente su régimen jurídico, siendo su utilización por el

empresario en la actualidad, mucho más simple y fácil que en épocas normativas anteriores.

Pese al planteamiento legal, la negociación colectiva plantea la movilidad geográfica como un fenómeno mucho más amplio. Parte de configurar la movilidad geográfica como la alteración del lugar donde se desarrolla el trabajo, y ello incluye tanto supuestos de simple alteración del puesto dentro del centro de trabajo, como situaciones en las que se destina al trabajador a otro centro de trabajo sin que ello suponga alteración del lugar de residencia y, finalmente, los supuestos legales que implican la alteración del lugar de residencia. En los dos primeros casos, no estamos ante la «movilidad geográfica» delimitada legalmente, sino ante un ejercicio ordinario del «*ius variandi*» empresarial. Incluso en ocasiones el convenio no regula situaciones en las que el trabajador se ve afectado por un cambio de centro de trabajo, sino que se regula el traslado del propio centro de trabajo, diferenciando situaciones en función de que el cambio se produzca en la misma ciudad, fuera del término municipal, pero dentro de la provincia, o que se traslade el centro fuera de la provincia.

Podemos encontrar regulaciones convencionales en las que bajo la rúbrica de movilidad geográfica se incluyen fenómenos encuadrables perfectamente dentro de las facultades directivas ordinarias (verdaderos supuestos de movilidad funcional), junto con la utilización del empresario de facultades directivas extraordinarias que se integran en la verdadera movilidad geográfica (en términos legales). Se genera así una notable confusión, pues no se establece distinción alguna entre unos y otros supuestos, o utilizando de manera poco adecuada la tipología del art. 40 ET, de modo que se confunden las situaciones.

En definitiva, una regulación confusa, escasamente ordenada y que con frecuencia genera problemas interpretativos que pueden ser importantes.

En cualquier caso, una de las cuestiones que tiene especial relevancia en materia de movilidad es la relativa a la distinción entre cambios de centro de trabajo que implican el cambio de residencia y cambios que no implican el cambio de residencia. El principal de estos criterios con el que se pretende diferenciar cuándo estamos ante un supuesto de cambio de residencia es concretar una determinada distancia en kilómetros, por encima de la cual se considera que estamos ante un supuesto que sí requiere cambio de domicilio y, por tanto, resulta de aplicación el art. 40 ET. La manera más simple es estimar que no existe movilidad geográfica cuando el nuevo centro de trabajo se encuentra dentro de la misma ciudad; pero son pocos los convenios que establecen un criterio que parece excesivamente restrictivo. Normalmente se utiliza el criterio de fijar una distancia en kilómetros, que se mide entre uno y otro centro de trabajo, no entre el nuevo centro y el domicilio del trabajador [CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022); CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE de 28 de abril de 2022); CC de Cajasur Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022); CC del Grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022)].

Del análisis de la regulación sobre traslados en la negociación colectiva se deriva, en primer lugar, que, a la hora de regular los traslados, la negociación colectiva no suele diferenciar entre colectivos e individuales (rara vez la negociación colectiva se refiere de manera expresa al supuesto de traslado individual). Más aun, incluso es frecuente que no se diferencie entre traslados y desplazamientos. Lo lógico es interpretar que las reglas contenidas en esta regulación convencional resultan de aplicación a los dos supuestos de traslados, tanto los individuales como los colectivos.

La variedad de reglas relativas a traslados es bastante amplia:

— Supuestos en los que la negociación colectiva se remite a la regulación legal, o se contiene una remisión al ET o a su art. 40, sin establecer nada más, o reiterando algunas reglas básicas de la misma (el plazo de preaviso, o la exigencia de determinado tipo de causas); también convenios que establecen una regulación detallada, pero prácticamente idéntica a la legal. Parecería un supuesto anómalo, pues en la práctica se trata de una regulación de nula utilidad y que nada añade; sin embargo, no es algo precisamente extraño o anómalo [CC del sector de Servicios de Educación Ambiental de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid de 29 de octubre de 2022); CC Cruz Roja en Teruel (BOP Teruel de 18 de octubre de 2022); CC Ford España, SL (BOE de 4 de octubre de 2022); CC de Penibética de Cervezas y Bebidas, SL (BOP de Córdoba de 19 de diciembre de 2022); CC del sector de Servicios de Educación Ambiental de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid de 29 de octubre de 2022); CC marco estatal para empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022) y muchos otros].

— En otros casos, se establecen límites a la capacidad empresarial de proceder a realizar los traslados (ya sean individuales o colectivos), como la necesidad de pacto colectivo o individual para proceder al traslado de los trabajadores [CC de Cajasur Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022)] o, incluso, prohibiendo la movilidad geográfica, considerando a los trabajadores «fijos de centro» [CC de Prezero SAU Concello de La Coruña (BOP La Coruña de 14 de noviembre de 2022)].

— En aquellos convenios que contienen una regulación un poco más desarrollada, podemos encontrar reglas que mejoran algunos aspectos propios de la regulación legal. Por ejemplo, en materia de período de preaviso o plazo de notificación al trabajador afectado y a la representación de los trabajadores. También regulaciones sobre las compensaciones mínimas que han de abonarse a los trabajadores [CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022); Lufhansa Cargo AG (BOE de 5 de noviembre de 2022)] o incrementando la cuantía de la indemnización en los casos en que el trabajador opte por extinguir el contrato.

— En otros casos se establecen reglas especiales para los supuestos en que se produzcan cierres de centros de trabajo, estableciendo el convenio ciertas reglas que suponen el traslado de trabajadores, pero lo más cerca posible del

lugar originario de prestación de servicios [CC de Cajasur Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022)].

— En el caso de los traslados colectivos, y pese al carácter mayoritariamente imperativo de las reglas del art. 40.2 ET, es posible encontrar alguna intervención de la negociación colectiva en esta materia: En la mayor parte de los casos se limita a señalar la necesidad de cumplir con el período de consultas con la representación de los trabajadores, meras remisiones, tremendamente escuetas, al procedimiento legalmente establecido o reiteraciones de la regulación legal. Sin embargo, también es posible encontrar convenios que añaden actuaciones a dicho procedimiento, con la clara intención de favorecer una mejor protección de los trabajadores: convenios que establecen la necesidad de una memoria explicativa y razonada sobre las causas que motivan el traslado, así como la relación de las personas adecuadas para ser objeto de traslado o, al menos, la necesidad de aportación documental que acredite la necesidad del traslado [CC de Industrias Siderometalúrgicas de Toledo (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022)]. En otros casos se señala la necesaria intervención y dictamen de la comisión paritaria del convenio ante la pretensión empresarial de proceder a un traslado colectivo, o se plantea la necesidad de acudir a una solución arbitral en los casos en que no se alcance un acuerdo [CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41; CC del sector de comercio de alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022)]. La negociación colectiva en muchos casos incorpora criterios preestablecidos para determinar cuáles serán los trabajadores afectados por el traslado que afectan a la capacidad empresarial de determinar los trabajadores en cuestión [CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022); CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre)].

Respecto a otros supuestos de movilidad geográfica por interés del trabajador, se puede destacar lo siguiente:

— En el caso de traslado de uno de los cónyuges, existen algunas mejoras que hemos encontrado entre la negociación colectiva de 2022, existiendo ya convenios que amplían este derecho a supuestos de parejas de hecho [CC de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12 de septiembre de 2022); CC estatal del sector de radiodifusión comercial y sonora (BOE de 28 de enero de 2022)].

— En cuanto al traslado de víctimas de violencia de género, estamos ante una regulación convencional bastante frecuente del supuesto de movilidad en caso de violencia de género, lo cual es bastante positivo; sin embargo, su contenido es, en la mayoría de los casos, reiteración de la regulación legal, con escasas mejoras y sin regular otras cuestiones que pueden resultar necesarias (como la acreditación de la condición de víctima, o la posibilidad de que la empresa soporte los gastos del traslado o desplazamiento).

— Y respecto a la regulación en la negociación colectiva de la movilidad geográfica de personas con discapacidad, podemos señalar que se trata de un supuesto realmente escaso, pues apenas se presenta en la negociación colectiva.

En cualquier caso, la realidad de la negociación colectiva es mucho más amplia, considerando en muchos casos de manera unitaria la movilidad funcional y la geográfica o incluso asimilando esta última al régimen jurídico de las modificaciones sustanciales; además, se configuran diferentes supuestos de movilidad por interés del trabajador, totalmente distintos a los concretos supuestos que se regulan en el art. 40 apartados 3 a 5 ET. Así, podemos encontrar regulaciones que se refieren a la permuta entre trabajadores de diferentes centros de trabajo, el cambio de centro de trabajo a solicitud del propio trabajador, o la posibilidad de que empresario y trabajador alcancen un acuerdo sobre el cambio de centro de trabajo.

C.4. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO (INDIVIDUAL Y COLECTIVA)

Se trata de una paradigmática medida de flexibilidad interna que conlleva una decisión unilateral del empleador en última instancia. Constituye una manifestación excepcional del poder de dirección empresarial, enmarcado en el contexto de sus facultades de organización y gestión, a la que se recurre como un mecanismo de adecuación empresarial a las circunstancias cambiantes del sistema productivo.

Sin embargo, en una primera aproximación, lo primero que evidencia nuestro análisis de la negociación colectiva en busca de cláusulas reguladoras de la modificación sustancial de condiciones de trabajo es la generalizada ausencia de las mismas. Muchos convenios colectivos no contienen ni siquiera una simple alusión a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (reguladas en los artículos 41 y 40.1 del ET). Constituyen un 60 por 100 de los convenios colectivos de la muestra, de los cuales, dicha ausencia de regulación predomina ligeramente más entre los convenios colectivos de ámbito empresarial: constituyendo un 70 por 100 de tales convenios colectivos empresariales frente al 50 por 100 de los convenios colectivos sectoriales.

La negociación colectiva solo en algunas ocasiones introduce algún elemento clarificador a la hora de considerar como sustancial o accidental la modificación de una determinada condición de trabajo. De este modo, y aunque hay casos que poco añaden o aclaran, encontramos convenios colectivos que expresamente consideran que la modificación de una condición de trabajo, que en principio aparece enumerada en el listado que recoge el artículo 41.1 del ET, no tenga carácter sustancial cuando se trate de los cambios o alteraciones de escasa entidad, que expresamente delimita. Otras veces se elude el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET por exigirse en todo caso acuerdo entre el trabajador y el empleador. Finalmente, hay condiciones de trabajo no consideradas legalmente y de forma expresa como sustanciales, pero para cuya modificación los convenios colectivos exigen seguir el procedimiento del artículo 41 del ET. En la práctica con-

vencional, de un modo más concreto, pueden observarse una serie de caracteres que se desglosan seguidamente:

— Con bastante frecuencia, los convenios colectivos se limitan a remitirse al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecido legalmente o reproducen literalmente el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el art. 41 del ET.

— Respecto a la delimitación entre modificaciones individuales y colectivas, en la negociación colectiva se eluden las previsiones legales del art. 41 ET, *diluyendo y difuminando disfuncionalmente esa distinción legal entre modificación individual y colectiva*, y estableciendo un procedimiento común para todos los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo [Convenio colectivo de la empresa Montajes Portugalete, S.L., Monporsa (BO de Gipuzkoa de 24.11.2022); Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa (BO de Gipuzkoa de 8 de junio 2023).

— Modificaciones «no sustanciales» por su escasa relevancia: a) Cambios «no sustanciales» de la jornada de trabajo y distribución irregular de la jornada. Por ejemplo, respecto de la *distribución irregular de la jornada, o un aumento o disminución de la jornada diaria de 2 horas sobre la distribución horaria básica* [Convenio Colectivo de la empresa Helphone Servicios Informáticos, S.L. (BON de 12 de septiembre de 2023)]. b) Cambios «no sustanciales» de turnos de trabajo [Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 16 de diciembre de 2021)]. c) Cambios «no sustanciales» derivados del teletrabajo [Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018)]. d) Cambios «no sustanciales» derivados de la movilidad para la protección de la víctima de acoso sexual [Convenio colectivo para la industria fotográfica (BOE de 5 de agosto de 2022)]. e) Cambios «no sustanciales» de funciones y «redistribución de efectivos» [Convenio colectivo para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Palencia (BOP de Palencia de 9.11.2022)].

— Por el contrario, para los cambios funcionales que tengan carácter «sustancial», sí que se podrá recurrir, entre otras alternativas, al procedimiento de modificación sustancial de condiciones. Pero la mayoría de los convenios se limitan en estos casos a reproducir el art. 39.4 del ET.

— Excepcionalmente hay casos en los que se restringe la utilización del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, normalmente para la modificación de determinadas condiciones de trabajo que tengan lugar durante la vigencia del convenio colectivo aplicable (por ejemplo, jornada o cuantía salarial) [Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipuzkoa de 24.11.2022)] o respecto de determinados trabajadores (por ejemplo, no se realizarán modificaciones sustanciales para mujeres embarazadas, personas que se encuentren disfrutando la suspensión por maternidad, personas que tengan a su cuidado directo menores de tres años, mayores enfermos y discapacitados o aquellas que estén ejerciendo derechos de

conciliación) [Convenio colectivo de las Industrias Expendedoras y de Fabricación de Pan de la Provincia de Cuenca (BOP de Cuenca de 23.9.2022)].

— En algunos casos, la negociación colectiva ha reconocido como vía alternativa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (unilateralmente decidida por el empleador) la exigencia de acuerdo individual con el trabajador [Convenio colectivo de la empresa FCC Medio Ambiente, S. A. U., centro de trabajo de la Planta de Transferencia del Aeropuerto de Adolfo Suárez-Madrid (BOCM de 3.12.2022); Convenio colectivo de la empresa Persan, S.A. (BOP de Sevilla de 25.11.2022)]. En otras ocasiones, el acuerdo exigido para la modificación de condiciones de trabajo es entre el empleador y los representantes de los trabajadores.

— También hay que destacar que algunos convenios colectivos relativizan la exigencia de acuerdo modificativo «en todo caso», convirtiéndose tan solo en una vía preferente de modificación de la condición de trabajo, pero manteniéndose en caso de no lograrse dicho acuerdo la posibilidad de recurrir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET [Convenio Colectivo de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BO de Bizkaia de 17.11.2022)].

— Algunos convenios colectivos establecen un procedimiento alternativo para la modificación sustancial de los sistemas de organización de trabajo [Convenio colectivo de la empresa Valeo Térmico, S.A. (BOP de Zaragoza de 2.4.2022)].

— Hay convenios colectivos que precisan que determinados supuestos constituyen una modificación «sustancial» de condiciones de trabajo o que pueden suponer para los trabajadores una modificación sustancial de condiciones de trabajo y se exige la aplicación del procedimiento del art. 41 del ET, aunque, normalmente, con carácter subsidiario, cuando no haya sido posible un acuerdo previo con los trabajadores, acuerdo que tiene carácter preferente: *implantación de un nuevo sistema de rendimientos o la modificación del existente, protocolos de implantación o modificación de los sistemas de organización del trabajo...* [Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8.8.2018); Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 16 diciembre 2021); Convenio colectivo del Sector de la Madera (Carpintería, Ebanistería, Tapicería, etc.) de Murcia (BORM de 14.8.2020)].

— En la negociación colectiva no es habitual encontrar una mayor concreción, determinación y objetivación de las causas justificativas del recurso unilateral del empleador a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aunque hay algunas excepciones que confirman esta «regla» [Convenio colectivo de la empresa Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U. (BOE de 28.7.2022)], ésta es una tendencia mayoritaria. Por lo demás, tan solo hemos detectado cláusulas convencionales que de forma indirecta reconocen la *incidencia de causas técnicas, o mejor dicho, tecnológicas*, para justificar la necesidad de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Por otra parte, en relación a los procedimientos de inaplicación de convenios colectivos *ex art.* 82.3 del ET en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, la mayoría de los convenios colectivos reconocen que las discrepancias que puedan surgir durante las consultas encaminadas a dicha modificación de condiciones reguladas por el convenio colectivo aplicable serán resueltas por la Comisión Paritaria del convenio. Son pocas las aportaciones de la negociación colectiva en esta materia: en algún convenio colectivo se detecta una *preferencia por la representación sindical* como interlocutor frente a comisiones *ad hoc* elegidas por trabajadores en los casos de centros de trabajo que no cuenten con representación legal de los trabajadores [Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018)]; otras veces se trata simplemente de ajustar tales reglas generales a las particularidades de la empresa [Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipuzkoa de 24.11.2022)].

En cuanto al procedimiento, apenas se encuentran algunas previsiones en los convenios colectivos relativas a la ampliación del período de consultas, la exigencia de un determinado número de intentos de negociación [Convenio Colectivo de la Escuela Superior de Diseño de Valladolid (BOP de Valladolid de 4.11.2022)], o la previsión de un Acta de Desacuerdo [Convenio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunitat Valenciana (DOCV de 5.10.2022)].

Es frecuente encontrar en los convenios colectivos acuerdos relativos al sometimiento a la Comisión Paritaria de las discrepancias surgidas durante el período de consultas o de la finalización del período de consultas sin acuerdo. Una precisión más novedosa se encuentra en el Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018), que concede más margen de maniobra a la decisión modificativa unilateral de la empresa, al establecer que *«la aplicación de los procedimientos de mediación y arbitraje a que se refiere el párrafo anterior no interrumpirá la aplicación de las posibles modificaciones ordenadas por la Dirección de la empresa una vez agotado el periodo de consultas»*.

En otro orden de cuestiones, en la negociación colectiva encontramos también otros procedimientos, si se quiere «alternativos», de *modificación de los sistemas de organización de trabajo* que son manifestación del poder de dirección empresarial, y que no tienen la consideración legal de modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex art.* 41 del ET: modificación del estudio de tiempos y/o métodos mediante la *comisión de organización y tiempos* [Convenio colectivo de la empresa Valeo Térmico, S.A. (BOP de Zaragoza de 2.4.2022)]. Igualmente, aparecen con cierta frecuencia procedimientos específicos para *flexibilizar la jornada de trabajo o el calendario laboral* [Convenio colectivo del Sector de la Hostelería de la Provincia de Badajoz (DOE de 11.11.2022)].

En unos pocos casos, la negociación colectiva introduce ciertas limitaciones a la modificación sustancial de condiciones de trabajo derivadas del respeto

al principio de igualdad y con el fin de garantizar los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar [Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8.8.2018)]. También hay algún convenio colectivo que establece reglas *especiales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares* [Convenio colectivo de la empresa Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE de 6 de mayo de 2022)].

De forma generalizada, la negociación colectiva no regula las consecuencias y efectos de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. A lo sumo, se encuentran convenios colectivos que directamente se remiten a los efectos regulados en el precepto estatutario. Excepcionalmente, en unos cuantos casos, se incluyen cláusulas convencionales reguladoras de la *indemnización* que procede si el trabajador extingue su contrato de trabajo por rechazar la decisión empresarial de modificación sustancial, introduciendo *una mejora, una mayor cuantía*. No obstante, y de forma más novedosa, hay algún convenio colectivo que establece una *compensación económica en forma de complemento salarial* para aquellos trabajadores a los que se les vaya a modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo de forma temporal [Plus de turno abierto y por modificación eventual del horario de trabajo del Convenio colectivo de la empresa Persan, S.A. (BOP de Sevilla de 25 de noviembre de 2022)].

Hay que destacar también cómo algunas cláusulas convencionales reconocen el *deber de información sobre posibles nuevos riesgos laborales derivados de la modificación sustancial de condiciones de trabajo* [Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018)]. Por último, algún convenio colectivo reconoce *el derecho del trabajador a oponerse a la decisión modificativa* cuando se hubiera incumplido algún requisito establecido por el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo aplicable. El trabajador se podría negar legítimamente [Convenio Colectivo sectorial de Limpieza de edificios y locales de Bizkaia (BO de Bizkaia de 23 de noviembre de 2022)].

C.5. FLEXIBILIDAD SALARIAL

Básicamente en orden a la flexibilidad salarial debemos resaltar en primer lugar la propia flexibilidad legal en la configuración del salario y, en segundo lugar, debemos hacer referencia a cuatro elementos básicos para renegociar o modificar los salarios pactados que en nuestra opinión son los siguientes: las reglas sobre ultraactividad del convenio, las reglas sobre inaplicación del convenio, la posibilidad de un convenio de empresa concurrente y prevalente sobre el sectorial y, finalmente, la posibilidad de modificación sustancial de aspectos relativos a las retribuciones que no se regulen en normas estales o convenios estatutarios.

Se pueden destacar como tendencias existentes —o, en su caso, emergentes— en esta materia en la negociación colectiva las siguientes:

— En la negociación colectiva se aprecia sustancialmente que la fijación de salarios se hace generalizadamente por unidad de tiempo, tanto en los convenios sectoriales como en los de empresa, y ello tanto en relación con los salarios base como en los complementos salariales que se determinan normalmente en base a porcentajes sobre salario por unidad de tiempo. Es muy escaso el uso del salario por unidad de obra (que solo aparece en ciertos casos bajo la forma de destajos en algunos convenios de los sectores de campo, construcción e industrias cárnicas).

— También es escaso el uso de complementos por objetivos o productividad. Todo lo más aparecen en algún caso alguno de ellos, por ejemplo, complementos por no absentismo, o en algunos convenios, normalmente de sectores de la industria, se establecen reglas sobre sistemas de productividad muy genéricas (procedimiento de implantación, periodos de prueba), pero con escasas indicaciones sobre, por ejemplo, la curva de incentivos y desde luego sin generalizar su uso ni imponerlo como obligatorio.

— Cabe concluir, pues, que en materia salarial la negociación colectiva no utiliza mucho las posibilidades legales para implantar una cierta flexibilidad en la determinación inicial y que siguen predominado los elementos fijos del salario, sin que tampoco sea muy frecuente en los convenios sectoriales —al menos con cláusulas expresas— la remisión al ámbito de empresa, pese a lo pactado en los Acuerdos estatales sobre Negociación Colectiva, si bien sí es ésta la opción de algún gran convenio —por ejemplo el estatal de industrias químicas— que, cuando lo hacen, suelen fijar un salario mínimo garantizado para cualquier trabajador del sector.

— Los convenios colectivos, en general, muestran abanicos salariales muy cerrados, con escasa diferenciación entre los diversos grupos profesionales, lo que es predicable de prácticamente todos los convenios, lo que lleva a pensar que en ciertos grupos profesionales, los más altos, aunque no necesariamente solo en relación con el personal que queda fuera del convenio, la determinación de estos salarios se pacta o establece fuera de los marcos de la negociación colectiva y posiblemente muchas veces en forma de complementos fijados unilateralmente por el empresario o mediante negociaciones individuales (autonomía privada contractual).

— En materia de complementos, de debe señalar que son escasos los convenios que contienen una regulación al respecto distinta del establecimiento porcentual sobre el salario por unidad de tiempo, de la cuantía de los complementos que establecen, más allá del reconocimiento en ciertos casos de cuantías consolidadas por ejemplo en concepto de complementos por antigüedad desaparecidos.

— Por otra parte, respecto al mecanismo de la compensación y absorción de salarios, que puede limitadamente amortiguar los efectos de los incrementos salariales o de las cláusulas de salvaguardia de salarios previstas en los Convenios colectivos, respecto de los conceptos o cuantías retributivas que las perso-

nas trabajadoras perciban por encima de lo previsto en el convenio colectivo, algunos convenios colectivos establecen límites a la facultad de compensación, fijando unos mínimos para que opere dicha compensación [Convenio Colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados].

— Entre los instrumentos utilizados para la renegociación o modificación de los salarios pactados ha destacado, en todo este período anterior a la reforma laboral de 2021, la preferencia aplicativa del convenio de empresa concurrente. Se trataba de una técnica orientada a una devaluación salarial, objetivo no declarado, pero real de las reformas de 2012, derivando la negociación hacia ámbitos en los que el poder empresarial queda reforzado. Los estudios han revelado que esos convenios tenían en ocasiones contenidos, cuando menos, abusivos, con duraciones muy largas sin subidas salariales, con salarios a la baja; además se evidencia que en algunos casos se pactan en empresas o unidades productivas tan pequeñas —y sin entidad relevante, pues no todas las empresas de pequeño tamaño son «débiles· o frágiles— que no se entiende que es lo que justifica que cuenten con convenio propio más allá del «dumping social». Tras la reforma introducida por el RDL 32/2021, se devuelve al convenio sectorial el protagonismo en la evolución general de los salarios, incluso fijando salarios mínimos de sector. Parece, pues, que esta vía ha finalizado como posible alternativa de flexibilidad salarial. Se actúa un freno de a la «devaluación salarial» en el marco de un mismo sector de actividad económica.

— Otro mecanismo que puede afectar a la cuantía salarial y al sistema de retribución es el de la inaplicación de convenios colectivos establecido en el art. 82.3 ET, cuyo análisis en la negociación colectiva ya se ha adelantado antes. Como se ha dicho, la negociación colectiva parece haberse ocupado esencialmente de la intervención de la comisión paritaria y generalmente la mayoría de los convenios colectivos analizados remiten al art. 82.3 ET o directamente reproducen la normativa aplicable. Tan sólo destaca que en algunos de los convenios analizados se establece un margen temporal para la inaplicación del régimen salarial [IV Convenio Colectivo de empresas y personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha 2020-2023] y algún convenio que exige la inclusión de un «*Plan de Convergencia de las condiciones salariales de la empresa a las Tablas de Salario Garantizado del Convenio*» [Convenio Colectivo del sector del comercio de la provincia de Teruel].

C.6. TIEMPO DE TRABAJO Y ADAPTACIÓN DE LA JORNADA

La regulación legal y convencional ha introducido todo un conjunto de elementos dirigidos a flexibilizar la regulación del tiempo de trabajo. Se trata de un proceso de intervención por parte del legislador o de los sujetos colectivos que, de manera consciente, pretende facilitar al empresario una mayor capacidad para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas. La

negociación del tiempo de trabajo efectivo y de los períodos de tiempo reservados para el descanso o la conciliación pueden ofrecer un importante margen de flexibilidad en su regulación para responder a distintos intereses. Sea, de una parte, el empresarial, para adaptarse a las necesidades de producción u organizativas, sea, de otra parte, para el empleador, permitiendo, en su caso, una posible adecuación a otras necesidades vinculadas a su vida profesional, personal o familiar.

En cualquier caso, dentro del concepto más estricto de flexibilidad empresarial, en el que se mueven los instrumentos de flexibilidad interna es donde se engarza con mayor frecuencia e insistencia la actuación respecto a la regulación del tiempo de trabajo, especialmente, en lo relativo a la jornada laboral o al tiempo durante el cual la persona trabajadora se encuentra a disposición del empleador. Estamos en una materia en la que la función ordenadora de los agentes sociales a través de la negociación colectiva es esencial, puesto que supone la concreción definitiva de ese tiempo que el trabajador está a disposición de la empresa.

Concepto que, a su vez, incluye el tiempo de trabajo efectivo, pero que también puede aludir al tiempo de mera presencia o disposición. Esto es, el tiempo que la persona trabajadora está a disposición de la empresa no siempre es un período en el que está desarrollando una actividad, de modo que el período sin prestación no se considera, de manera estricta, tiempo de trabajo, pero que requiere una calificación y ordenación y está sometido, como no puede ser de otro modo, a las necesidades de adaptabilidad que requieren medidas de flexibilidad interna. Siendo así, el tiempo de trabajo y la adaptación de la jornada cobran un protagonismo muy significativo como medidas de flexibilidad interna en la empresa y, por lo tanto, el estudio de su tratamiento en la negociación colectiva adquiere un especial interés.

Para la realización de este análisis se ha dividido el marco de investigación en dos períodos concretos, el primero de ellos, hasta 2020, un año previo a la nueva reforma laboral y, un segundo período desde el momento que ya viene predeterminado por el cambio normativo, fundamentalmente desde diciembre de 2021, si bien, el tiempo de trabajo no ha sido una cuestión abordada expresamente por ésta. La razón de proceder a esta división es con el objetivo de marcar un límite temporal en el que se supone que los convenios colectivos ya han tenido margen suficiente para incorporar las modificaciones legislativas que se producen, esencialmente, en el año 2019. Obviamente, la ordenación legal no tiene un reflejo inmediato en los textos convencionales, sino que las figuras reguladas en aquella deben traerse a los procesos negociales e incorporarse a los nuevos acuerdos fruto de la negociación colectiva.

En el primer bloque, esto es, en el elenco convencional acotado hasta el 2020, se puede apreciar que un elevado porcentaje de los convenios analizados abordan el tiempo de trabajo, bien respecto a la adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras, bien respondiendo a las necesidades empresariales.

En primer lugar, podemos destacar como un número reducido de convenios vienen a delimitar, de un modo más específico qué entienden por flexibilidad. En algún convenio colectivo interesante se establecen dos modalidades de flexibilidad horaria: flexibilidad positiva y flexibilidad negativa [convenio colectivo de la empresa TMD Friction España, SLU (paterna) para los años 2022-2026]. La primera consiste en la realización adicional de jornadas de trabajo (semanal/mensual) que posteriormente se disfrutarán en descanso y, la segunda, corresponde a las horas de no prestación de trabajo. De modo más completo, en algún convenio [convenio colectivo de trabajo de la empresa SNOP Estampación, SA (centros de trabajo de La Pobla de Claramunt, Santa Margarida y Els Monjos y Nissan On-Site en la Zona Franca de Barcelona)] se desarrolla una definición de diferentes subtipos de flexibilidad, según sea desde la perspectiva del trabajador o de la empresa. Desde el punto de vista del trabajador: la flexibilidad horaria de sus trabajadores con jornada partida. Dicha flexibilidad la subdivide en cuatro tipos: flexibilidad en la hora de entrada; flexibilidad de descanso; flexibilidad en la hora de salida. Desde el punto de vista empresarial y dirección: la flexibilidad se divide en dos grandes bloques: flexibilidad estructural y coyuntural. La primera, supone la facultad de la empresa de modificar el horario de trabajo con la finalidad de adecuar la carga de trabajo con la capacidad productiva en cada momento. La segunda, supone la misma facultad, pero en casos excepcionales, imprevistos, sobrevenidos o por necesidades del cliente. También se distingue a veces entre dos tipos de flexibilidad, ordinaria y extraordinaria [convenio colectivo del sector de la panadería de Navarra]. En cualquier caso, es más frecuente encontrar cláusulas convencionales que establecen un horario flexible con carácter general [convenio colectivo de la agencia de servicios sociales y dependencia de Andalucía].

Al margen de los convenios que introducen medidas relativas a conciliación o adaptación a las necesidades de la persona trabajadora, se encuentran diversos ejemplos de adaptación a los requerimientos de las empresas. Algunos convenios reconocen la flexibilidad horaria limitando su alcance mediante el establecimiento de un número máximo de horas, pero junto a los que se circunscriben a esta actuación; otros, partiendo del mismo planteamiento, lo que vienen a establecer son diferentes porcentajes de la jornada (normalmente por debajo del tope legal) que pueden ser distribuidos de forma irregular [convenio colectivo da empresa Marfrio, S.A.].

En cuanto a los convenios negociados a partir de 2020 en adelante, se hace evidente la influencia de las políticas públicas encaminadas al favorecimiento de la conciliación entre la vida laboral y privada; la existencia de herramientas específicas para personas trabajadoras con discapacidad y, en general, un mayor desarrollo normativo tendente a paliar la posible erosión o invasión que pueda ocasionar la jornada de trabajo respecto a otros ámbitos de la vida del trabajador.

De otra parte, las necesidades estrictamente empresariales son la razón de ser de cláusulas convencionales en las que existe un amplio reconocimiento de

la flexibilidad en favor de la parte empresarial. Podría decirse que existe una relación inescindible entre la necesidad organizativa y productiva de la empresa y la flexibilidad horaria, pero también a los aspectos relacionados con la conciliación o necesidades estrictamente personales. Dicha flexibilidad se encuentra, del mismo modo, inexorablemente subordinada al factor productivo, por lo que, existen diferentes sistemas de implantación de flexibilidad horaria recurrentes en los convenios examinados: la creación de una bolsa de horas flexibles de trabajo (se pretende facilitar al trabajador la disposición de ciertas horas de su jornada dentro de los márgenes legalmente reconocidos); sistema de compensación de horas extraordinarias; posibilidad de concertar pactos entre el trabajador y la empresa respecto de fórmulas para flexibilizar la jornada laboral; reconocimiento de dicha flexibilidad a determinados trabajadores (víctimas de violencia de género, cuidadores dependientes, conciliación familiar etc.).

C.7. TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO

Con carácter general, destaca la escasa inclusión en los convenios colectivos de cláusulas relacionadas con esta modalidad laboral. A pesar de que la ley de trabajo a distancia hace referencia repetidamente a la negociación colectiva como un mecanismo para abordar su implementación, se observa que muchos convenios no aprovechan estas oportunidades y dejan lagunas en su regulación. En este contexto, destacan algunos convenios que sí han incorporado cláusulas específicas sobre el trabajo a distancia o el teletrabajo, cuyo examen nos permitirá analizar los avances y desafíos en esta materia.

Respecto a los Convenios Colectivos sectoriales, el tratamiento que se le da al concepto de teletrabajo en los convenios se puede fragmentar en varias parcelas: los que no reseñan nada del trabajo a distancia o el teletrabajo, los que recogen exactamente lo mismo que establece la LTD y los que regulan alguna materia específica relativa al teletrabajo.

Algunos convenios colectivos hacen una escueta referencia (nombra) al teletrabajo, vinculado a la maternidad, previendo la posibilidad de teletrabajo para las mujeres embarazadas, los dos últimos meses de embarazo [convenio colectivo de Fabricación de Pasta, Papel y Cartón de Gipuzkoa para los años 2019-2021]. Responde a las demandas contenidas en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva en relación al art. 8 de la Ley 10/2021, en cuanto a que puede entenderse como un mecanismo y criterio para el paso de trabajo presencial a trabajo a distancia, ante determinadas circunstancias personales o familiares.

Por otra parte, en algunos otros convenios se reconoce el teletrabajo como una forma innovadora de organización y desempeño del trabajo, facilitada por el avance de las nuevas tecnologías, y que permite realizar la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa [convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (años 2023-2026)]. Con

el objetivo de implementar y llevar a cabo el teletrabajo en la empresa, se establecen una serie de criterios a tener en cuenta en la implementación del trabajo. En síntesis, se establece el teletrabajo como una forma voluntaria y reversible de trabajo, permitiendo a la persona trabajadora y a la empresa fijar las condiciones, salvo en aspectos acordados colectivamente. Asimismo, se dispone un período mínimo de 3 meses de permanencia en el teletrabajo antes de poder revertirlo, y solo las personas que hayan superado el período de prueba tendrán derecho al teletrabajo, a menos que haya una política en contra. También se refiere a la garantía de la igualdad de derechos entre las personas teletrabajadoras y las que trabajan en las instalaciones de la empresa, y al deber de la empresa de proporcionar las herramientas necesarias (o compensarlas económicamente, así como de los gastos) y la persona teletrabajadora debe mantenerlas y ponerlas a disposición de la empresa. Se incide en la importancia de regular aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos y la formación, y en que el espacio de trabajo en el domicilio ha de cumplir con los requisitos de seguridad y salud, y la empresa puede realizar inspecciones previa notificación. Por último, se establece que empresa puede adoptar medidas de vigilancia y control, respetando la dignidad y los derechos de protección de datos de la persona teletrabajadora.

La mayor parte de las veces se incluye el teletrabajo en el convenio, pero con una regulación, aunque positiva, nada exhaustiva, refiriéndose a generalidades. No obstante, es interesante algún convenio en el que se establece, en relación a la prevención de riesgos laborales, la verificación de la adecuación del espacio de trabajo a las exigencias de seguridad y salud (Resolución de 3 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de empresas de mediación de seguros privados. «BOE» núm. 273, de 15 de noviembre de 2023).

En general, son resultados que denotan la escasa inclusión de cláusulas sobre el trabajo a distancia en convenios colectivos sectoriales. Podemos hablar de una insuficiencia en la regulación del concepto de trabajo a distancia y, particularmente, del teletrabajo en base a su escasa presencia. Al analizar una muestra de 200 convenios colectivos pertenecientes a diversos sectores, se observa un dato revelador: únicamente 15 de estos convenios incluyen alguna cláusula o precepto relacionado con el trabajo a distancia, representando tan solo un 7,5 % del total de convenios analizados.

Estos resultados generan sorpresa, especialmente considerando el notable aumento que ha experimentado el teletrabajo en España después de la pandemia. La falta de inclusión de disposiciones específicas en la mayoría de los convenios colectivos puede implicar un vacío normativo y dificultar la adaptación y regulación adecuada de esta modalidad laboral en diferentes sectores.

Por su parte, los convenios colectivos de empresa también muestran una escasa presencia de cláusulas relacionadas con el trabajo a distancia, similar a lo observado en los convenios colectivos sectoriales. Esto indica una insufi-

ciente regulación en cuanto al concepto de trabajo a distancia y, más específicamente, del teletrabajo. El dato es todavía más impactante: solamente 13 de ellos contienen alguna cláusula o precepto relacionado con el trabajo a distancia, representando apenas un 6,5% del total de convenios analizados.

C.8. EL MECANISMO RED

Durante mucho tiempo se ha argumentado que nuestra legislación laboral era extremadamente rígida y que la falta de flexibilidad interna en las empresas se compensaba con la contratación temporal y los despidos (instrumentos de flexibilidad externa). Sin embargo, se han adoptado medidas relacionadas con los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) para suspender contratos y reducir la jornada laboral (conocidos como «ERTE» debido a su carácter temporal) como alternativa a los despidos al ajustar el uso de la fuerza laboral.

La experiencia de los últimos años en la implementación de los ERTE ha demostrado la eficacia y el carácter preventivo de estas medidas al colocar el tiempo de trabajo en el centro de la flexibilidad interna. Han permitido ajustar las necesidades de mano de obra en situaciones coyunturales mediante la gestión flexible de la jornada laboral.

Mediante el Real Decreto-Ley 32/2021, se ha llevado a cabo una reforma con el objetivo de fortalecer los mecanismos de flexibilidad interna para evitar despidos colectivos de trabajadores. Para lograr esto, se ha agilizado el procedimiento de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), incorporando el mecanismo hasta ahora considerado «extraordinario» surgido durante la pandemia de Covid-19, conocido como los famosos ERTEs por fuerza mayor limitativos y de impedimento debido a una decisión de la autoridad pública.

Como novedad, se ha creado un nuevo procedimiento denominado mecanismo o sistema RED, el cual tiene como objetivo actuar de manera preventiva frente a futuras crisis. Esto busca proporcionar un marco estable de garantías tanto para los trabajadores como para las empresas en casos de fluctuaciones cíclicas de la demanda o para sectores afectados por cambios estructurales. Además, se desarrollan instrumentos que acompañen a las empresas durante períodos de transición (nuevo artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores).

En los convenios examinados, sin embargo, no se contienen cláusulas relacionadas con el uso del Mecanismo RED ya que aún no ha transcurrido tiempo suficiente para que se produzca esa incorporación en los convenios colectivos. Habrá que esperar más tiempo para poder apreciar la repercusión en la negociación colectiva de los cambios introducidos por la reforma laboral en este ámbito. Por lo tanto, hay que darle tiempo a la negociación colectiva para actuar sobre esta novedosa materia.

**D. ELEMENTOS CLAVES DE FLEXIBILIDAD INTERNA:
LA CONFIGURACIÓN FLEXIBLE DE LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN CONSTANTE REFORMA. UNA HISTORIA
LLEVA DE ALTIBAJOS: EL PAPEL DE LAS MEDIDAS
DE FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA COMO
ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS. LA ARTICULACIÓN GENERAL
O LAS REGLAS DE CONCURRENCIA EN UN PROCESO
DE REFORMAS**

**D.1. EL SISTEMA DE ARTICULACIÓN GENERAL COMO
INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA**

En los términos que ya se han adelantado, la flexibilidad interna se enfoca desde el doble parámetro de la articulación específica por materias (relaciones ley-convenio en diferentes preceptos del ET) y la articulación general, identificando a ésta como la referida a las reglas de estructura, articulación y concurrencia del Título III ET (regla general del art. 84.1 ET y sus excepciones).

El V AENC es muy ilustrativo al señalar, de manera expresa, que la negociación colectiva es el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social. Con esa visión, se establece «el firme propósito de impulsar la negociación colectiva, fomentando la apertura de nuevas unidades de negociación y la ampliación de las existentes».

El sistema de articulación incide, por tanto, en el mismo corazón de la flexibilidad interna en el marco de la articulación general, estableciendo las premisas esenciales para la negociación colectiva, en cuanto a su estructura, entendiendo que ésta es el instrumento adecuado para la adaptación a las necesidades empresariales y la fijación de las condiciones laborales. Por ello, hay una llamada a la potenciación de la ordenación convencional, mediante un «ensanche» de las unidades de negociación (ampliación o creación).

En esta línea, al amparo de la última reforma laboral, se ha diseñado un sistema de articulación general que descansa, esencialmente, sobre los siguientes elementos:

— En primer lugar, mediante la nueva redacción del art. 86.3 ET respecto a la ultraactividad del convenio colectivo. Una regulación que pretende ser completada por el V AENC, que alude a la necesidad de preservar la vigencia de los convenios y el desbloqueo de las negociaciones mediante instrumentos que ya contempla la propia ley.

— En segundo lugar, mediante la reforma de la prioridad aplicativa otorgada a los convenios de empresa sobre los sectoriales (art. 84.2 ET), con la eliminación de la prevalencia de la materia salarial, suprimiendo, por tanto, la principal fuente de actuación de la negociación colectiva a nivel de empresa como excepción frente a la sectorial. Este cambio va a tener una enorme trascendencia al permitir fortalecer la negociación colectiva sectorial como instrumento de gestión de la política salarial, que puede favorecer un cambio de la especialización productiva menos centrada en un uso intensivo de trabajos descualificados y poco remunerados. Va a permitir un papel protagonista a los convenios sectoriales.

— Por otro lado, mediante la modificación del art. 42.6 ET (con la intención de evitar fenómenos como los sufridos por las camareras de pisos subcontratadas en el sector hotelero o más popularmente conocidas como las «Kellys», lo que no se ha conseguido suficientemente) para establecer la determinación del convenio aplicable a los procesos de subcontratación empresarial.

D.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS COLECTIVOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES: LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA «DENTRO DE LAS EMPRESAS DE ESTRUCTURA COMPLEJA»

En principio, como estas negociaciones se desarrollan en general en el ámbito de la empresa o del grupo de empresas (empresas que forman parte de una estructura de grupo) o del conjunto de empresas vinculadas, del lado empresarial la legitimación inicialmente la ostenta siempre el empresario o el conjunto de empresarios implicados en la negociación.

La muestra de convenios analizada revela que la negociación colectiva ignora en general la regulación de la legitimación negocial en los convenios, salvo para determinar la existencia de un comité intercentros aunque solo en algunos casos, generalmente en convenios de algunas grandes empresas, aunque en otras se opta por la negociación diferenciada en cada uno de sus centros, como se puede comprobar analizando los ámbitos de los convenios.

En los casos en los que se crea el comité intercentros, se le suele atribuir funciones negociales, bien en general, bien matizando que ello es en las materias que afectan a más de un centro de trabajo [un ejemplo de atribución de funciones de negociación en el convenio de Ilusión Outsourcing S.A., 2018-2021, BOE 14-12-2018, Art. 48 que no solo se las otorga en general, sino también específicamente para intervenir en las consultas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación del convenio], pero no siempre ocurre así, concibiéndolo a veces solamente como un órgano de información y consulta pero no de negociación.

También influye indirectamente en materia de partes legitimadas la regulación que hacen algunos convenios, ciertamente una minoría, en el sentido de atribuir un crédito de horas adicional para los trabajadores que participen en la negociación del convenio colectivo; en algún caso se atribuye un número concreto de horas, pero en otros se indica que esas horas, sin límite, no computan en el crédito horario que como representantes les corresponda o directamente se califican esas horas como de permisos. Es una manera de facilitar la actuación de los sujetos legitimados en representación de la parte social, aunque propiamente no influya en quienes sean éstos.

En cuanto a partes legitimadas para los periodos de consulta en los despidos colectivos y en las suspensiones de contratos por los mismos motivos, no se encuentra regulación alguna en la muestra realizada, posiblemente por entender las partes que la regulación legal es muy imperativa, o por considerarla suficiente, o por la dificultad de llegar a acuerdos en la materia, lo cierto es que es una cuestión casi inexistente en general en los convenios analizados.

Entre los aspectos más significativos, se puede destacar el reconocimiento del derecho a que, si la mayoría de la representación de los trabajadores lo solicita, acuda a las reuniones del periodo de consulta un asesor sindical con voz pero sin voto [Convenio colectivo de hostelería de la provincia de Málaga 2018-2022, BOP Málaga 23-8-2018, Art. 27] o, lo que si resulta más interesante, el sometimiento de la totalidad de desacuerdos en periodos de consulta, incluidos los relativos a esta materia a un procedimiento específico de solución basado en la mediación obligatoria y el arbitraje voluntario [convenio laboral para 2022, 2023, 2024 y 2025 de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines, BOE 22-01-2023, que en sus Arts. 85 a 94 diseña un procedimiento específico de solución de conflictos, al amparo del ASAC estatal, y basado en el arbitraje voluntario, aplicable (art. 87.d) a los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigidos por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores], o, aún más, la exigencia de que la interlocución se desarrolle con las secciones sindicales y las medidas se adopten solo por acuerdo [Convenio Marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE 2-10-2019, que establece la existencia de secciones sindicales, regionales y estatal, y obliga a que los periodos de consulta y negociaciones se desarrollen con ellas. e inclu-

so supedita las medidas a la existencia de acuerdo, Arts. 8.1.d. y 24, citando expresamente las consultas en materia de despidos colectivos y suspensiones por las mismas causas].

Por el contrario, sí que es algo más frecuente —aunque con las limitaciones señaladas en el apartado C.4— encontrar regulación en cuanto a los aspectos procedimentales relativos a la inaplicación del propio convenio colectivo y, en ese marco, alguna regulación que afecta a las partes legitimadas, aunque escasamente innovadora sobre las previsiones legales, y que se extiende, no en general, pero sí en ciertos casos, a los periodos de consulta en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. En este sentido, normalmente, además de reiterar la competencia de la comisión paritaria del convenio en materia de inaplicación de convenios colectivos, suele haber una remisión al cauce legal de inaplicación de convenios, sin alterar para nada las disposiciones legales, o una repetición de la regulación legal. En algunos casos se establece el sometimiento obligatorio a un arbitraje, generalmente encomendando a la comisión paritaria del convenio que realice los trámites al efecto; en otros casos se alude al arbitraje en términos similares, pero reservando la voluntariedad del mismo, siendo las partes las que han de decidir acogerse al mismo, y en algunos casos la regulación es bastante deficiente y no se sabe muy bien el carácter —obligatorio o voluntario— del arbitraje y quien lo debe someter [ejemplos de una cierta imprecisión hay bastantes, pero son llamativos los del Convenio de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad de Castilla-La Mancha, 2020-2023, DO de Castilla y La Mancha 11-2-2020]. [Vid. apartado D.5].

Muy raramente se supedita la posibilidad de adaptar estas medidas a la exigencia de un acuerdo, aunque hay algunos casos en los que así se establece, especialmente en el ámbito territorial del País Vasco [pueden encontrarse convenios como los de las empresas UTE Bizkaiko Hondartzak 2021 (servicio de limpieza de playas de Getxo), 2022-2024, BOP Bizkaia 25-11-2022] y en algún otro, cabe al menos la duda, pues se señala que el descuelgue es exclusivamente salarial y que en relación al resto del convenio las partes quedan obligadas a respetarlo [Convenio del sector de Alimentación, detallistas, ultramarinos, supermercados y autoservicios de la provincia de Cádiz, 2021-2024, BOP Cádiz 19-9-2021], lo que podría entrar en colisión con la regulación legal.

En todo caso, en la negociación colectiva se pueden encontrar algunas reglas, aunque ciertamente escasas, que intentan incidir, siquiera de modo relativo o muy parcial o concreto, en la legitimación, como las que intentan priorizar la negociación sindical, atribuyendo la condición de interlocutores en todos los asuntos que afectan a más de un centro de trabajo a las secciones y delegados sindicales [convenio colectivo Marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE 2-10-2019]. En otros convenios se fomenta que en los casos de inexistencia de representación se acuda a una comisión integrada por los sindicatos representativos, estableciendo que ello es lo que

ocurrirá salvo que los trabajadores decidan lo contrario, con lo que si nada deciden la primera opción se entiende como asumida tácitamente, mejorándose así la regulación del art. 41. 4 ET [pueden verse ejemplos en Convenios estatales, como el Convenio estatal de mayoristas e importadores de productos químicos, industriales y de la droguería, 2021-2023, BOE 27-9-2021, art. 90, o en el Convenio General de la Industria Química, 2021-2023, BOE 19-7-2021, art. 28 o en el Convenio General del sector de la Construcción, 2017-2021, BOE 20-9-2017, art. 17, e incluso en otros de ámbito inferior como, por citar algún ejemplo, el del Sector de la Construcción de Tarragona, 2018-2021, BOP Tarragona 14-9-2018].

Puede verse, pues, que lo negociado sobre sujetos legitimados es muy limitado o casi inexistente, y ello ocurre, incluso, en los convenios que diseñan sus propios procedimientos en la materia ya en general [Convenio General de la Industria Química, 2021-2023, BOE 19-7-2021] o en concreto para todas las inaplicaciones de convenios o algún tipo de inaplicación, como la salarial [convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2023-2025, BOE 13-10-2023]

D.3. LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO

La influencia final de la reforma laboral de 2021 operada sobre esta institución ha de ser tratada como uno de los hitos más destacados de las propuestas legislativas impulsadas por la misma. No obstante, se ha mantenido la regulación legal como supletoria frente al acuerdo convencional. Prevalece, por tanto, la distinción entre supletoriedad convencional (preferente) y la legal (supletoria).

Si prestamos atención a los convenios analizados podemos apreciar una mejora sustancial respecto a la superación de la limitación de 1 año de la ultraactividad recogida en la anterior redacción del art. 86.3 ET. Ahora bien, la fórmula empleada ha sido diferente como se muestra en los siguientes ejemplos: Se aumenta el plazo por 2 años en el Convenio colectivo de la empresa Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. (CAF, S.A.); se mantiene expresamente sin límite temporal en el Convenio Colectivo de la empresa Busturialdea Lea Artibai Bus, S.A.; se prorroga de año en año en el II Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa; aunque la fórmula más repetida ha sido la utilizada en el Convenio colectivo de trabajo de la empresa Termaceutica, S.A. (Balneario de Arnedillo).

Las reglas de vigencia y ultraactividad del convenio introducidas a partir de la reforma dejan entrever un cambio de orientación en los procesos de negociación. Junto a los ejemplos expuestos cabe destacar las siguientes cuestiones: más del 40% de los convenios analizados contemplan la ultraactividad, de los cuales la amplia mayoría no recogen el término exacto. Bien

es cierto que también existen otras formas flexibles de establecer la ultraactividad como son los acuerdos parciales no siendo esto objeto del presente estudio. Decir también que tan solo uno de los convenios rechazaba esta institución de forma expresa (Convenio Colectivo Empresa Android Industries Zaragoza, S.L para los años 2019-2022)].

En cualquier caso, la fórmula más utilizada para evidenciar la presencia de esta institución es el uso reiterado de la frase «el presente convenio colectivo seguirá vigente *hasta la firma de un nuevo convenio que lo sustituya*» (convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2023-2025). También frente a la ultraactividad convencional «indefinida» que excluye o se aparta del régimen legal supletorio, en el análisis de los convenios se pueden observar textos que recuren directamente al tenor legal del art. 86.3 del ET, algunos de ellos con matices XX Convenio colectivo general de la industria química (2021-2023)].

De igual forma, nos parece interesante reseñar que algunos convenios pretenden prever y acoger en su articulado las subsiguientes modificaciones legislativas que se establezcan en relación a la ultraactividad. Así por ejemplo procede el IV Convenio colectivo de panadería y pastelería de la Comunitat Valenciana. [2022/10783] «[...] Sin perjuicio de lo establecido en el presente apartado, las partes asumen el compromiso obligacional de incorporar al texto del convenio colectivo las modificaciones legales que pudieran entrar en vigor respecto a la regulación de la ultra-actividad» (art.4).

Cabe señalar que, de manera más completa, un análisis sobre denuncia y ultraactividad de los convenios, realizado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), que estudia 9.135 convenios registrados por las autoridades laborales desde el 8 de enero de 2016 al 30 de junio de 2021, refleja, en cuanto a ultraactividad, que el 63,7% de los convenios estudiados, afectando a un 59% de las personas trabajadoras, mantenían la situación anterior a la reforma de 2012, esto es la permanencia de la vigencia del contenido normativo o total del convenio hasta la firma de un nuevo convenio. La solución de la reforma laboral de 2012, es decir una ultraactividad limitada a solo un año, era la opción de un 24,1% de los convenios que afectaban a un 23,2% de los trabajadores, opción minoritaria, aunque no despreciable, de ahí que se señalase con anterioridad que la reforma de 2012 tuvo efectos negativos aunque más limitados de los potenciales.

D.4. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA

El fundamento de la regulación de la concurrencia realizada por las disposiciones estatutarias reside, por un lado, en la misma obligación de las partes negociadoras de respetar el contenido de lo negociado en el ejercicio

de su autonomía, vinculándose o sujetándose a lo pactado —v.g. interés contractual o «Pacta sunt Servanda», según art. 82.3 ET—, y en la eficacia general reconocida legalmente a los convenios colectivos estatutarios. Una y otra regla constituyen, pues, el fundamento de una regulación que históricamente ha implicado un factor de resistencia normativa, bien legal bien convencional, a la fragmentación de los acuerdos o convenios colectivos.

Sucesivas reformas flexibilizadoras, hasta llegar a la producida en el año 2012, introducen la prioridad aplicativa del convenio de empresa en el juego de concurrencia entre convenios, si bien para las materias expresamente relacionadas. No obstante, el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, dispone, en su artículo primero (apartado nueve), la supresión del apartado a) del artículo 84.2 ET, es decir, mantiene la posibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa durante la vigencia del convenio colectivo sectorial de ámbito superior suprimiendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial en cuanto a la cuantía del salario base y de los complementos salariales.

Por tanto, el convenio de empresa resultará de aplicación prioritaria no solo en materia retributiva, sino en todas sus materias, en función de su fecha de vigencia en relación con el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, así:

1. Si el convenio de empresa se registra en la oficina pública competente una vez finalizada la vigencia del convenio sectorial (es decir, durante su período de ultraactividad) y antes de que éste (el sectorial) sea registrado ante la oficina pública, resultará plenamente de aplicación, sin reservas, en atención a lo dispuesto en el artículo 84.1 del ET.

2. Si, por el contrario, el convenio colectivo de empresa negociado durante su período de ultraactividad (y no durante su prórroga) se ha presentado a registro ante la oficina pública competente encontrándose vigente el convenio sectorial (y no existiendo acuerdo en los términos del artículo 83.2 del ET en el convenio sectorial), pasará a regirse por lo dispuesto en el artículo 84.2 del ET.

D.5. EL DESCUELGUE EMPRESARIAL

La finalidad o el objetivo del descuelgue es facilitar mecanismos de flexibilidad a las empresas para adaptarse a circunstancias económicas o productivas que pueden ser dañinas para su propia existencia; lo que también se conecta de manera directa con la pretensión de facilitar la subsistencia, no sólo de la empresa, sino también del empleo que general. En este sentido es posible encontrar convenios que plantean el descuelgue desde una perspectiva de mantenimiento de la estabilidad del empleo en la empresa; así el CC de

Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022); CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022). En otros casos se presenta la inaplicación como una solución excepcional, pues la intención de las partes es la de cumplir lo establecido por el convenio colectivo, así el CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022). También podemos encontrar supuestos en los que se afirma que la inaplicación del régimen salarial se justifica cuando la situación económica de la empresa pueda verse dañada y afecte a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma, así el CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020); CC de la empresa Gureak Lanean, SA (BOP de Guipúzcoa de 10 de junio de 2019).

Ahora bien, el propio convenio puede establecer limitaciones de diferente tipo para controlar, reducir o incluso impedir que el empresario pueda acudir a estos procedimientos. Estas limitaciones cobran sentido plenamente si tenemos en cuenta que es perfectamente posible el impulso unilateral del descuelgue por el empresario, hasta llegar a un arbitraje de carácter obligatorio.

En primer lugar, podemos encontrar convenios que establecen una absoluta limitación al uso de las capacidades flexibilizadoras que ofrece la inaplicación del convenio colectivo [CC de Cementos Lemona, SA (BOP de Vizcaya de 8 de noviembre de 2022); CC de Urkunde, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 20 de septiembre de 2022); CC de Galvanizados Izurza, S.A. (BOP de Vizcaya de 28 de julio de 2022)]. No obstante, se produce una remisión, bien a la renegociación o a la revisión del convenio; es decir, no se está negando la posibilidad de que se produzca una adaptación a las circunstancias. Lo que se pretende es evitar la posibilidad de acudir a la CCNCC o mecanismo sustitutorio, donde se resuelve finalmente la cuestión a través de un arbitraje al que se llega sólo por decisión empresarial. Expresado en otros términos: cabe la adaptación de las condiciones, pero, necesariamente, por acuerdo entre las partes.

Como variación respecto de estos convenios, podemos encontrar algunos que, en íntima conexión con los anteriores, prohíben que pueda acudirse a lo dispuesto por el art. 82.3 ET, «salvo acuerdo con la representación legal de los trabajadores»; excluyendo además la posibilidad del arbitraje obligatorio expresamente [CC de Gestamp Vizcaya, S.A. (BOP de Vizcaya de 31 de marzo de 2021); CC de Agua de Insalus, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 27 de julio de 2022)].

En otros casos, si bien se admite la posibilidad de que el empresario pueda acudir al procedimiento de descuelgue, se establece que, ante la falta de acuerdo entre las partes, ya sea durante el período de consultas o bien durante la aplicación del procedimiento de solución extrajudicial de conflictos, sólo será posible acudir a la CCNCC o al mecanismo sustitutorio de carácter

autonómico, por acuerdo entre ambas partes. Se reitera así la idea de que el descuelgue sólo será posible si existe un acuerdo entre las partes, sin que una de ellas, la empresa, pueda imponer el descuelgue a la otra.

En cuanto a la regulación de las exigencias causales en la negociación colectiva, debemos tener en cuenta que en este ámbito es escasamente innovadora. Los convenios, o bien se limitan a repetir la literalidad de la regulación legal, o bien se limitan a ofrecer una versión resumida de la propia regulación legal, sin que se incorporen novedades en la materia. Incluso en ocasiones se procede simplemente a remitirse a la regulación legal. Todo ello supone una negociación tremendamente limitada sobre esta cuestión, sin que se planteen, por ejemplo, pretensiones reductoras de la capacidad empresarial por la vía de una causalidad más estricta de la legal. Ciertamente es difícil encontrar convenios que se desvíen de la regulación legal de las causas de la inaplicación [CC de Detallistas de Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022)].

Es posible que la negociación colectiva regule también aspectos puramente procedimentales del descuelgue o inaplicación. Esta es una posibilidad que no atenta contra el hecho de que el legislador haya regulado de manera expresa el procedimiento para alcanzar el descuelgue. Es una de las posibilidades que entran dentro de la propia capacidad de la negociación colectiva. No obstante, sí debemos reconocer que ésta es una conclusión de carácter general, pues hay cuestiones que están fuera de la capacidad de la negociación colectiva, como, por ejemplo, el funcionamiento interno de la CCNCC o del órgano autonómico que la sustituye.

Salvo contadas excepciones, en la mayoría de los casos la tendencia habitual de la negociación colectiva es limitarse simplemente a trasladar al convenio la propia regulación legal. En la mayoría de los casos, el convenio colectivo no establece ninguna innovación sobre lo establecido en el ET. De esta manera, podemos encontrar convenios que se limitan simplemente a copiar de manera casi literal lo establecido por el art. 82.3 ET; o bien encontramos supuestos en los que el procedimiento recogido en el convenio es prácticamente idéntico o muy similar al previsto por el art. 82.3 ET; en otros casos se procede simplemente a una remisión a lo establecido por el ET, sin ningún otro tipo de regulación. En definitiva, podemos afirmar con rotundidad, que en la mayoría de los casos estamos ante meras traslaciones del ordenamiento legal que no suponen ninguna innovación significativa por parte de la negociación colectiva.

No obstante, la negociación colectiva ha prestado cierta atención a la regulación del papel de la comisión paritaria y, en algún caso, el convenio colectivo, al margen del papel que tiene la comisión paritaria, regula incluso la posibilidad de una comisión de seguimiento del acuerdo que se haya podido alcanzar en materia de descuelgue [CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 26 de noviembre de 2020)]. De otro lado, si bien no suele estable-

cerse un procedimiento específico del funcionamiento de la comisión paritaria en estos casos, tampoco resulta totalmente extraño que la negociación establezca reglas sobre el funcionamiento de la comisión paritaria, generando diferentes peculiaridades [CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019)], pudiendo encontrar convenios en los que la regulación sobre la actuación de la comisión paritaria es bastante detallada [CC estatal de establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021); CC del Sector de Exhibición Cinematográfica de la Comunidad de Madrid (BO de Madrid de 19 de septiembre de 2020)].

Junto con la comisión paritaria, otra cuestión que suele reflejarse en la negociación colectiva es la relativa a la necesidad de aportar la documentación necesaria que justifica la inaplicación a la representación de los trabajadores, así como a la comisión paritaria o al órgano de conciliación/mediación establecida por los acuerdos interprofesionales. En ocasiones se hace referencia a la misma de una manera general, mientras que en otros casos se concreta de una manera más precisa el conjunto de documentación que ha de aportarse por parte de la empresa [CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022)].

La conclusión que podemos señalar sobre la negociación colectiva del descuelgue, no sólo del procedimiento en sí mismo considerado, sino de la completa regulación de esta cuestión, es la escasa relevancia del papel de la negociación. De entrada, no es la inaplicación una materia de las que con mayor frecuencia vamos a encontrar en los convenios colectivos. De otro lado, lo más habitual es que los convenios que regulan esta cuestión lo hagan desde una posición plenamente apegada a la regulación legal, sin que existan diferencias notables o que sean llamativas, cuando no se produce una directa remisión a lo establecido por los artículos 82.3 y 41.4 ET.

E. CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN DURANTE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y CRISIS EMPRESARIALES: EL ROL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA COMO ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS POR CAUSAS EMPRESARIALES

E.1. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN SUPUESTOS DE DESPIDOS COLECTIVOS EN REESTRUCTURACIONES ORDINARIAS EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA EXTRACONCURSAL (ET) Y CONCURSO DE ACREEDORES EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA CONCURSAL (LC)

Las reestructuraciones de empresas en crisis se han convertido en una realidad cotidiana, ciertamente acentuada hoy por la grave crisis económica que caracteriza a la coyuntura actual. De los problemas que se han venido planteando da cuenta el dato de la desaparición de empresas tanto en situaciones extraconcursoales como típicamente concursales e igualmente las numerosas reformas legislativas que se han venido produciéndose: Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (en un sentido de enfatizar más la supervivencia de la empresa y del empleo a través de operaciones de reestructuración sea con carácter «preconcursoal» o sea con carácter «intraconcursoal»); Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal (con la intención de organizar, armonizar y aclarar las múltiples modificaciones habidas en la regulación del procedimiento concursal); Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas).

Esta es una materia que es básicamente de orden público (incluido el orden público «laboral»), en ella existen fases necesarias de consulta y negociación, pero no es una materia tan accesible para la negociación colectiva, por lo que los convenios colectivos apenas incorporan estipulaciones al

respecto. Ello no obstante, cuando en los periodos de consulta-negociación colectiva gestional de reestructuración se alcanzan acuerdos colectivos que son el resultado de ese proceso de negociación. En dichos acuerdos pueden adoptarse medidas de flexibilidad interna como alternativa a las medidas de flexibilidad externa, que tienen un carácter más traumático e irreversible de pérdida de niveles de empleo.

La mayoría de los convenios colectivos que hacen referencia a esta materia se ocupan especialmente de indicar que hasta el momento de la reestructuración salarial derivada de estos procesos concursales «se mantendrán vigentes las cláusulas recogidas en los distintos convenios sectoriales que se vinieran aplicando», incluyendo las mejoras salariales, como las condiciones más beneficiosas... etcétera [Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 2021)]. Asimismo, la mayoría de los convenios colectivos indican que las diferencias salariales en los procesos de reestructuración habrán de ser resueltos por los representantes legales de los trabajadores, y, en caso de que se mantenga la discrepancia, habrá de intervenir la comisión paritaria [Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 2021)].

Algunos convenios establecen precisiones sobre los procesos de consulta y negociación que se tienen que llevar a cabo durante los procesos de reestructuración empresarial. Aunque el ET atribuye la competencia a los representantes legales de los trabajadores (Comité de empresa y delegados de personal), hay que reconocer que quedan también aquí incluidos los delegados sindicales [Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición y servicios de marketing operacional. «BOE» núm. 255, de 25 de octubre de 2023].

También hay convenios colectivos que tratan de establecer un efecto disuasorio al elevar la indemnización por despido en caso de que concurran causas técnicas, económicas, organizativas o de producción que den lugar a un despido colectivo de los trabajadores de una empresa [Convenio Colectivo de Empresas estibadoras del puerto de Bilbao (BOB núm. 219 de 17 de noviembre de 2022)]. Un buen ejemplo de medidas de flexibilidad interna que tratan de evitar los despidos de trabajadores que están de baja por accidente o enfermedad son las que recoge el Convenio Colectivo de la empresa Oleícola El Tejar Ntra. Señora de Araceli, S.C.A. (BOJA nº210 de 29 de octubre de 2020), en donde se indica: «(...) a enfermedad o accidente. A lo largo de la vigencia del presente Convenio, la Empresa implantará un sistema de trabajo basado en cinco turnos, sin que ello dé lugar a despidos de ninguna persona trabajadora. El sistema de rotación del 5.º no se modificará durante la vigencia del presente convenio. Asimismo, ninguna trabajadora o trabajador afectado por sistema de rotación del 5.º turno tendrá que recuperar el defecto de jornada, ni la empresa abonará el exceso de la misma, respetando siempre el cuadrante que se adjunta».

E.2. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN RELACIÓN CON COLECTIVOS VULNERABLES Y BRECHA DIGITAL

En este ámbito se puede aseverar que la norma legal concede un amplio margen de acción a la negociación colectiva. Ahora bien, cuestión distinta es que la práctica negociadora aproveche todo el espacio que se le concede. Así, dicha acción no debería limitarse a las simples remisiones normativas, sino aprovechar el margen de actuación concedido para adentrarse en aquellos extremos que no han sido expresamente abordadas en la ley, abordándose por la normativa convencional. Sin embargo, una primera aproximación al contenido de la negociación colectiva en relación a los mecanismos de flexibilidad interna, nos lleva a afirmar que, en términos generales, los convenios colectivos poco establecen como novedoso frente a la ley. Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista una ordenación convencional de dichos mecanismos, sino que el contenido de la misma, a pesar de lo extenso carece, en su mayor parte, de elementos significativos.

En relación con los trabajadores con discapacidad, del elenco de convenios colectivos analizados se puede deducir la existencia de tres situaciones diferentes atendiendo al grupo de trabajadores que se pueden beneficiar de las medidas de adaptación y/o recolocación: En primer lugar, un nutrido número de convenios que no contemplan ningún tipo de medidas de adaptación y/o recolocación para el colectivo de trabajadores con discapacidad sobrevenida, trabajadores especialmente sensibles o con discapacidad congénita. En segundo lugar, hay un grupo de convenios que se limitan a reproducir los contenidos de las disposiciones legales o simplemente, a realizar una remisión a dichos textos normativos [*Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social (2022-2024)*]. En tercer lugar, detectamos en este estudio un grupo muy extenso integrado por un número de convenios que proyectan una especial y detallada atención al colectivo de trabajadores con discapacidad sobrevenida de forma muy diversa. En este grupo, son especialmente destacables algunos convenios como, por ejemplo, el *Convenio Colectivo Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y su personal de tierra*, el *Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón*, el *Convenio Colectivo de la empresa Cepl Iberia* y el *Convenio Colectivo de la empresa Salestarget* (que extiende esta protección incluso a trabajadores que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo).

También se debe hacer referencia a una serie de supuestos contemplados en la negociación colectiva que abordan la disminución de discapacidad del trabajador en términos amplios —como puede ser la edad u otras circunstancias—, denominado «personal con capacidades diferentes» (Convenio Colectivo de la Industria del Calzado) o «personal de capacidad disminuida» (Convenio Colectivo del sector de la construcción, incluso este convenio extiende su protección a trabajadores que realicen «trabajos susceptibles de originar un perjuicio para la salud sin merma de la capacidad laboral»).

En relación a la trabajadora embarazada, del análisis de los convenios colectivos, se puede apreciar la existencia de dicha protección hacia el embarazo, adoptándose una gran diversidad de medidas de flexibilidad, por ejemplo: reservas de plaza de aparcamiento (*Convenio Colectivo de la empresa Teka Industrial, SA*, con un contenido innovador y poco habitual); protección del empleo (*Convenio Colectivo de la empresa Parque Isla Mágica S.A.*); suspensión del contrato de trabajo (*Convenio Colectivo de la empresa Navarcable, S.L. de Peralta*); teletrabajo (*Convenio Colectivo de Fabricación de Pasta, Papel y Cartón de Gipuzkoa*); prioridad de permanencia en supuestos de movilidad geográfica (*Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén*).

F. IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DEL PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO Y DOCTRINA JUDICIAL

A modo general, dentro de la impugnación de las medidas de flexibilidad interna es conveniente diferenciar la impugnación individual de la impugnación colectiva a través del proceso de conflicto colectivo. El capítulo V de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), se refiere a la impugnación individual de medidas que tengan que ver con los motivos atinentes a las «vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente». Capítulo que, a su vez, queda dividido en varias secciones, siendo la que nos interesa la sección 4.º referida a la «movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, trabajo a distancia, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor» y, concretamente, el artículo 138 LRJS. Por otro lado, es el capítulo VII LRJS, artículo 154 y siguientes, el referido a la impugnación «del proceso de conflictos colectivos». Debiéndose tener en cuenta la especialidad referida en el capítulo IV «de la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción», y, concretamente, la sección 2.º del mismo respecto a los «despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor»¹.

La modalidad establecida en el artículo 138 LRJS es el cauce principal con el que acometer la impugnación individual de las medidas de flexibilidad interna en la empresa adoptadas por el empresario². En efecto, el proceso se

1 GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: «La tutela jurisdiccional del Derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales», en VV.AA. (Dir. J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA): *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, Tomás Jiménez, N. (Coord.), Aranzadi, Colección DUO, núm. 1, Cizur Menor, Navarra, 2013, págs.1151 y sigs.

2 GALLO LLANOS, R.: «La modalidad procesal de impugnación individual de medidas de flexibilidad interna. El art. 138 de la LRJS. Aspectos críticos y soluciones jurisprudenciales tras tres años de aplicación de la ley 36/2011, de 10 de octubre», en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2015, versión digital.

iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. Esta afirmación implica que, efectivamente, la decisión empresarial es título ejecutivo –sin perjuicio de las posibles impugnaciones por el trabajador o trabajadores afectados–.

En este contexto, cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. También deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo, la medida cuente con su conformidad. El órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe que deberá emitirse por la Inspección de Trabajo deberá versar sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes.

Asimismo, cuestión fundamental, si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual (de conformidad con el artículo 160.3 LRJS). No obstante, el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores que pudiera recaer una vez iniciado el proceso no interrumpirá la continuación del procedimiento.

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda (de no haberse recabado el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Por otro lado, la sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto, y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Por su parte, la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de

los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días. La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108.

Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo establecido en los artículos 279, 280 y 281. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la extinción del contrato por su propia voluntad.

Respecto a la impugnación colectiva de las medidas de flexibilidad interna, nos encontramos ante un proceso recogido en los artículos 153 y siguiente LRJS. En efecto, se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo tales como la movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones y reducciones de jornada, despidos colectivos (de conformidad con el artículo 124 LRJS) y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos. También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos. Asimismo, se tramitará conforme a este proceso la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo.

Siendo los legitimados activos para promover procesos de conflictos colectivos los siguientes: a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se

corresponda o sea más amplio que el del conflicto. b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa. c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior. d) Las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores. e) Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que reúnan el requisito de la letra a) anterior, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto.

Particular tratamiento ha tenido en este contexto, en el marco de la doctrina judicial, de un lado, la representación ostentada por el banco social en las comisiones negociadoras para la adopción de las medidas de flexibilidad y, de otro, a la preservación de la buena fe negocial como elemento vertebrador de todo proceso en el que se pretende alcanzar un acuerdo.

G. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA: UNA BREVE APROXIMACIÓN

Cualquier análisis económico serio debe partir necesariamente de la definición del objeto de estudio al objeto de delimitar su espacio de acción y su alcance. En el caso de la flexibilidad laboral, y como bien señala Atkinson (1984), no existe una definición universalmente aceptada, sino que existen diversas nociones de flexibilidad que agrupó en los conceptos de flexibilidad numérica, flexibilidad funcional y flexibilidad financiera. Por su parte, McIlroy et al. (2004) consideró que en la flexibilidad numérica debería distinguirse entre la interna y la externa, además de considerar la existencia de los otros tipos de flexibilidad (funcional y financiera) señalados por Atkinson.

Para Arvanitis (2005) la flexibilidad laboral no solo implica la contratación de trabajadores temporales, sino que también incluye otras formas de empleo atípicas como el trabajo a tiempo parcial o la contratación indirecta a través de agencias de trabajo temporal. Esta práctica es la que suele denominarse flexibilidad numérica para diferenciarla de la flexibilidad funcional y tiene como objetivo ajustar las cargas de trabajo para satisfacer necesidades de servicio o producción.

Este tipo de flexibilidad se puede lograr mediante el uso de estrategias internas o externas.

La flexibilidad numérica interna puede lograrse mediante el uso de horas extras y/o contratos a tiempo parcial que permitan trabajar a personas con otras responsabilidades (por ejemplo, mujeres con deberes familiares o estudiantes universitarios) o estableciendo horarios de trabajo flexibles según las necesidades de servicio o producción. Es decir, el número de trabajadores no cambia cuando se aplica una estrategia interna de flexibilidad numérica, pero hay libertad para ajustar y redistribuir el número de horas trabajadas según las necesidades de producción.

La flexibilidad numérica externa implica la posibilidad de cambiar el número de trabajadores según las necesidades de producción. Así, la flexibi-

lidad numérica externa puede lograrse mediante el uso de contratos de duración determinada, que pueden ser realizados directamente por la empresa o a través de empresas de trabajo temporal.

En ambos casos la flexibilidad numérica puede implicar menor seguridad laboral, menor salario, disminución de las posibilidades de ser promovido a un puesto de trabajo fijo, disminuye la percepción subjetiva de seguridad en el empleo y a más largo plazo tiene importantes efectos negativos en la formación y capacitación individual y en el capital humano (INE, 2022; EUROSTAT, 2022)

Por su parte, la flexibilidad funcional sugiere que los trabajadores tienen las habilidades necesarias para realizar el trabajo requerido en cada momento. Al aumentar la gama de tareas que puede realizar un empleado, los empleadores esperan que los empleados sean capaces de desempeñar diferentes funciones dentro del mismo departamento, o incluso de trabajar entre departamentos. Este enfoque puede generar aumentos en las habilidades, la satisfacción laboral, un trabajo más significativo y mejores perspectivas de carrera para los empleados (Nickson, 2007).

Finalmente, Budd (2013) considera que además de la flexibilidad numérica y la funcional, deben considerarse otros dos tipos de flexibilidad: la flexibilidad salarial, que pretende adaptar el salario al rendimiento, y la flexibilidad de procedimiento, es decir la adaptación a posibles cambios en los métodos de producción y trabajo o la innovación tecnológica.

Partiendo de tales premisas, debemos considerar que los últimos cambios normativos que abordan la flexibilidad laboral tienen como objetivo político desandar, en buena medida, los pasos de la reforma que a su vez aprobó en 2012. Esto es, de la reforma laboral planteada por el actual gobierno de coalición en el Real-Decreto Ley 32/2021 fue cambiar la dinámica puesta en marcha por un gobierno de distinto color político. Para ello se alcanzaron una serie de acuerdos de cómo abordar los cambios que podrían afectar a la tan reiterada flexibilidad.

Sin embargo, no todos los puntos de aquellos acuerdos se han recogido en el nuevo texto legal, el cuál se ha centrado especialmente en regular (aumentar) la flexibilidad interna de las empresas basándose en la experiencia positiva de las medidas excepcionales de la pandemia, olvidándose o dejando para mejor ocasión los aspectos más discutibles de la flexibilidad externa recogidos en el texto normativo precedente.

Como bien señalan diversos autores (Whyman y Petrescu, 2015; Álvarez Cortés, 2022, entre otros) la flexibilidad se ha relacionado habitualmente con la capacidad empresarial para hacer frente a los continuos e imprevisibles cambios en el mercado que se producen como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, las fluctuaciones en la producción condicionadas por la demanda, la estacionalidad y otras variables diversas, por lo que de forma

recurrente se ha puesto encima de la mesa de las negociaciones colectiva por parte de las organizaciones empresariales. La bondad en este punto de la Reforma Laboral de 2021 radica en que ha contado con el apoyo, también, del Gobierno y las organizaciones sindicales al venir acompañada de medidas tendentes a garantizar cierta seguridad a los trabajadores afectados tendentes a reducir los inconvenientes de la flexibilidad interna (numérica y funcional) anteriormente indicados.

En el contexto macroeconómico existente en España en el año de aprobación del Decreto Ley 32/2021, y según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), la tasa de trabajo temporal –entendido como el porcentaje de asalariados con contrato temporal sobre el total de asalariados– fue del 25,1% en 2021 tras alcanzar un máximo del 34% en 2006, reflejando la enorme vulnerabilidad de este colectivo de trabajadores con este tipo de contrato en el actual ciclo económico. La comunidad con el porcentaje más bajo de asalariados con contrato temporal correspondió a Ceuta (16,8%) seguida de La Rioja (22,3%) mientras que el porcentaje más alto de asalariados con contrato temporal en 2021 correspondió a Melilla (34,6%) y Andalucía (33,5%). En la UE-27 el valor de este porcentaje en el año 2021 fue de 14,0%

El fenómeno de los contratos temporales afecta principalmente a mujeres, jóvenes, inmigrantes y trabajadores poco calificados (Jimeno, 2005). Con datos de 2021, las mujeres tienen una tasa de temporalidad de 27,5% frente al 22,8% de los hombres; los menores de 24 años tienen una tasa del 69,1% frente a los mayores de 50 que la sufren en un 14,2%; los trabajadores con menor nivel educativo tienen una tasa del 29,4% de temporalidad frente al 22% de los que tienen educación superior; los trabajadores inmigrantes no europeos tienen una tasa del 41,8% frente al 23,5% de los nacionales y, finalmente, la densidad de población de la zona establece unas diferencias en la tasa del 29,4% al 22,9% de mayor a menor densidad de población.

Por otro lado, como en el caso de la temporalidad, en el perfil del trabajador a tiempo parcial del mercado de trabajo español predominan los trabajadores más vulnerables y con menos opciones: mujeres, trabajadores con niveles de cualificación bajos y, según qué tipos de trabajos a tiempo parcial, inmigrantes (Pedraza et al., 2010). El empleo involuntario a tiempo parcial se refiere a las personas que trabajan a tiempo parcial porque no encuentran un trabajo a tiempo completo. En España, con datos de 2021, el porcentaje de trabajo a tiempo parcial involuntario como porcentaje del trabajo a tiempo parcial total fue del 52,4% frente al 51,4% del año anterior, siendo Melilla con un 78,2% la comunidad con una tasa más alta y La Rioja la más baja con un 41,2%, cumpliéndose los mismos resultados cualitativos en razón de edad, nacionalidad y nivel de estudios que para el trabajo temporal, con la excepción del sexo: en este caso la parcialidad laboral es mayor en los hombres (56,7%) que en las mujeres (51,3%) (INE, 2022).

La entrada en vigor y la aplicación posterior del RDL 32/2021 debe tener una repercusión directa sobre el empleo, en cuanto a cantidad y calidad, con un panorama económico que, desde el punto de vista del mercado laboral, parece abonado al optimismo y al consenso social. Así se desprende de datos ajustados de estacionalidad y calendario relativos a la productividad de la economía española y sus costes laborales (INE para los años 2021 y 2022 y el primer trimestre de 2023). Y es que todos los indicadores han transformado su evolución de negativa a positiva en 2022, con diferencias de trimestre según indicador. En el primer trimestre de 2023, los datos han sido especialmente positivos con crecimientos intertrimestrales elevados y compensados en materia de productividad, remuneración de asalariados y coste laboral unitario

H. BALANCE Y CONCLUSIONES

H.1. EN SENTIDO GENERAL

Una constante desde hace años cuando se aborda la situación del sistema de relaciones laborales es el debate en torno a la flexibilidad laboral. Al respecto es tradicional diferenciar entre flexibilidad de entrada (flexibilidad de acceso al empleo y contratación), de salida (flexibilidad externa) y durante el desarrollo dinámico de la relación laboral (flexibilidad interna).

La flexibilidad de entrada se identificaría con la mayor libertad empresarial para contratar a los trabajadores y por tanto como una flexibilidad que, de algún modo, reduciría la estabilidad laboral (es una vertiente, en el fondo, de la flexibilidad externa a la empresa). Cuando se alude a la flexibilidad de salida se está identificando la misma con la mayor libertad empresarial para extinguir la relación laboral establecida con el trabajador y, por ello, de nuevo se estaría pensando en reducir la estabilidad laboral, en este caso y sobre todo mediante la reducción de la protección frente al despido; finalmente, cuando se alude a la flexibilidad durante el desarrollo de las relaciones laborales se estaría identificando la misma con la mayor posibilidad de que el empresario determine las condiciones de trabajo y, en su caso y sobre todo, modifique las ya establecidas, potenciando así los poderes empresariales y su actuación unilateral y deteriorando, en consecuencia, no tanto la estabilidad en el empleo, como en los otros casos, pero sí la estabilidad en las condiciones de trabajo.

Como puede verse, en todos los casos se producen dos consecuencias claras: potenciación del poder empresarial y disminución de las garantías que el ordenamiento ofrece al trabajador o trabajadora. Posición de poder que es preciso equilibrar tanto a través de la legislación como de la negociación colectiva.

En este sentido es cierto que se argumenta que esa flexibilidad potencia el empleo al favorecer la adaptabilidad y competitividad de las empresas, pero esa relación no se ha establecido con claridad, especialmente en términos de proporcionalidad entre sacrificios y ventajas.

En definitiva, la flexibilidad en cualquiera de esos órdenes es beneficiosa para el empleador, pero no es tan claro que aporte ventajas a los trabajadores,

ni individualmente ni como grupo social, si no se introducen elementos que permitan hablar de una *flexibilidad bilateral*, cuya manifestación más elocuente son las formas de *flexibilidad negociada* (la cual por definición es un tipo de flexibilidad bilateral y horizontal).

Precisamente por lo anterior se han potenciado propuestas, incentivadas desde la Unión Europea, en orden a lo que se ha denominado la flexiguridad liberalizadora (o flexiseguridad), entendiéndose que ciertamente habría que potenciar la flexibilidad y, por tanto, la protección que el ordenamiento laboral depara al trabajador o trabajadora individual en el empleo en el empleo debería disminuirse, pero a cambio se socializaría su protección, especialmente frente a la pérdida del empleo, potenciando sus posibilidades de recolocación en empleos de calidad.

Ahora bien: Hay que tener en cuenta que no se puede ignorar que, generalmente, el retroceso en los derechos de los trabajadores se aplica automáticamente y se produce con seguridad, mientras que la posibilidad de recolocación y la creación de empleos de calidad se fía al ciclo económico por lo que ni es seguro que se produzca, ni mucho menos aún que constituya compensación suficiente para el conjunto de los trabajadores, además de que el esfuerzo al respecto se socializa y se asume por toda la sociedad, también por los trabajadores, y no solo por quienes se benefician de las nuevas medidas de flexibilidad que se introducen.

No puede dejar de apuntarse cómo detrás de toda esta reivindicación de la flexibilidad se esconde una gran operación ideológica, orientada al reforzamiento del poder empresarial y a la degradación progresiva de las condiciones de trabajo; operación que además pretende presentar como cierto lo que no lo es, pues parte de una presunción de que nuestras relaciones laborales son rígidas lo que no se sustenta en ningún dato estadístico real.

En efecto, ni nuestros empleadores tienen especiales problemas para contratar como quieren —y buen ejemplo de ello ha sido el exceso en la contratación temporal y en la externalización de actividades—; ni para despedir —como demuestra la facilidad con la que han ajustado plantillas en momentos de recesión económica—, ni tampoco para modificar las condiciones de trabajo, especialmente tras las reformas de 2010 y 2012.

Pero además hay dos aspectos que llaman la atención:

El primero es que se habla de la flexibilidad laboral solo en un aspecto unidireccional, en beneficio del empleador, y no como una perspectiva bilateral; veamos dos buenos ejemplos.

Por un lado el salarial, pues ha sido evidente cómo en momentos de recesión la preocupación por posibilitar mecanismos de ajuste salarial a la baja ha sido extrema y la legislación ha venido a dar buena respuesta al respecto, pese a que ya existían posibilidades de ajustes salariales de forma negociada; por el contrario, en los momentos de crecimiento no hubo ninguna preocupación por la

posibilidad de ajustar al alza los salarios pactados para hacer partícipes también a los trabajadores de los beneficios provocados por el crecimiento.

El otro ejemplo puede ser la flexibilidad de jornada; se reivindica —y posiblemente con razón— como algo esencial para la adaptabilidad de las empresas, pero cuando la flexibilidad se exige por el trabajador o trabajadora para conciliar su vida laboral con otros aspectos de su vida personal o familiar, las resistencias empresariales son en no pocos casos considerables.

El segundo aspecto que debe tomarse en consideración es que las diferentes flexibilidades guardan entre sí una profunda relación, que debería llevar a que cuando se potencie una de ellas se disminuyan, o al menos se reconsideren, las otras.

En efecto, si se potencia la flexibilidad de entrada, poco sentido tiene hablar de flexibilidad interna, pero sobre todo no tiene ninguno potenciar igualmente la flexibilidad de salida; y a la inversa, un despido fácil y barato lleva a que sea innecesario actuar sobre la flexibilidad de entrada.

También, por seguir insistiendo en estas relaciones, si se potencia la flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y para favorecer la adaptabilidad de las empresas y su futuro, lo lógico sería potenciar unas relaciones laborales estables y, por tanto, disminuir la flexibilidad de entrada y, además, en los momentos de ajuste la flexibilidad interna debería ser alternativa prioritaria frente a la flexibilidad de salida.

Cuando estas relaciones no se establecen y lo que se hace es potenciar todos los tipos de flexibilidad es claro que, en realidad, lo que se está buscando es directa y simplemente reforzar el poder empresarial y, en consecuencia, desequilibrar aún más las posiciones contractuales respectivas del personal y de sus empleadores, favoreciendo así la degradación de condiciones laborales, la negociación de las mismas a la baja y debilitando al poder sindical en detrimento de su función social — y constitucional — de contrapeso necesario al poder empresarial.

Llegados aquí podría pensarse que la flexibilidad laboral es negativa, pero realmente no es así, especialmente por lo que hace a la flexibilidad interna, de la que nos ocuparemos especialmente.

La existencia de empresas adaptables y competitivas, que puedan responder de forma ágil a los cambios necesarios, es un objetivo que no solo puede compartirse, sino que es deseable, más aún en una era en la que la digitalización conduce a cambios de velocidad vertiginosa en el consumo y la producción y por tanto en las empresas y en las relaciones laborales.

También las experiencias de la pandemia COVID-19 han puesto de relieve cómo unos buenos instrumentos de flexibilidad interna, correctamente regulados y utilizados (por ejemplo, los relativos a la suspensión y reducción de jornada), pueden contribuir a la supervivencia de las empresas y a la defensa del empleo a corto y medio plazo en situaciones de crisis.

Por todo eso debe admitirse que la flexibilidad laboral resulta necesaria y deben abandonarse algunas de las resistencias a la misma, pero claro para ello es necesario que se esté ante una flexibilidad garantista, equilibrada y bidireccional, que sirva realmente al objetivo de potenciar el empleo estable, aunque flexible y que, en consecuencia, conceda a la negociación colectiva y a la interlocución sindical el papel esencial que les corresponde. En esos términos la flexibilidad laboral resulta ciertamente esencial para el futuro de las relaciones laborales, especialmente la flexibilidad interna.

Precisamente por lo anterior se han potenciado propuestas en orden a lo que se ha denominado la *flexibilidad ofensiva y bilateral*, entendiéndose que ciertamente habría que potenciar la flexibilidad laboral colectivamente negociada y establecer una mejora de las medidas de protección social en las transiciones laborales, especialmente ante las rotaciones laborales y en la pérdida del empleo, potenciando sus capacidades y posibilidades de recolocación en empleos de calidad. Para ello el concepto de flexiseguridad neoliberal no ha resultado una noción útil en la práctica para alcanzar un equilibrio real y necesario entre la flexibilidad negociada (sin minoración de derechos sociales que deben ser garantizados por la ley y la negociación colectiva) y la garantía de estabilidad en empleos de calidad.

H.2. DE MANERA PARTICULAR

Del análisis de los textos convencionales se puede concluir, a la vista de la práctica negocial, que se constata que, a nivel práctico, no se concibe la flexibilidad como un todo. Esto es, no se reconoce como una realidad conceptual única, sino, precisamente como adelanta el título de este trabajo, como un conjunto de mecanismos e instrumentos, diversos y variados que cumplen, cada uno de ellos con una función propia e independiente respecto de las demás.

Ello, en cualquier caso, no depende exclusivamente de la voluntad de los negociadores, sino, ciertamente, del diseño legal de la flexibilidad a través de figuras inconexas, separadas, independientes y que no guardan una sistemática en nuestra ordenación legal. Es más la labor del intérprete la que busca una coherencia interna y un intento de clasificación lógico.

No puede desconocerse, a tal efecto que, sin embargo, entre aquellas herramientas diferentes de flexibilidad existe un nexo de unión. Dicho nexo se presenta a través de dos variables, ya que las distintas fórmulas pueden agruparse bajo dos grandes paraguas: la flexibilidad en atención a la productividad y la flexibilidad en atención a la persona. Mecanismos que, sin tener que ser opuestos, persiguen fines no coincidentes, al menos, en principio.

Aquella configuración legal se completa con lo que hemos reconocido como modelos de flexibilidad interna. Modelos que se corresponden con vías diferenciadas y que hemos venido a llamar articulación general y articulación

específica por materias. En el primer caso, es el modo en el que el legislador ordena la estructura y relación entre los diferentes instrumentos negociales a partir de su propia relación con la ley. En el segundo caso, se trata, de manera ya absoluta, de enfocar la flexibilidad de un modo completamente parcelado, esto es, por materias de manera separada. Sistema que representa la desconexión entre los distintos tipos de flexibilidad según su ámbito de actuación.

Todo lo anterior nos sitúa, como decíamos, no ante una única flexibilidad interna *integral*, sino ante una flexibilidad salarial, horaria, funcional, geográfica, etcétera, así como ante una figura de descuelgue, otra de prioridad aplicativa, entre otras manifestaciones.

Esta conformación se ha traducido en que los convenios colectivos, en cuanto a las cláusulas que abordan la flexibilidad, se conforman como respuestas concretas o planteamientos singulares para cada una de las distintas materias, pero sin que se desprenda, de los mismos, un enfoque general e integrado de la reiterada flexibilidad interna. No parece así que cuando se incluyen cláusulas de flexibilidad se basen en un análisis previo, en términos de política empresarial y gestión de recursos humanos, de lo que debe ser una apuesta a largo plazo y sería por la productividad o por las personas. Eso no quita, sin embargo, que se observen medidas concretas, incluso abundantes, pero sin que se pueda apreciar una visión de conjunto diseñada con carácter previo.

En muchas ocasiones se debe a que, en la práctica, la técnica negociadora opta por ir tratando y cerrando acuerdos parciales de artículos, cláusulas, materias o bloques, de manera que como la flexibilidad puede tener un carácter transversal respecto a varios de ellos, quede difuminada como un todo en favor de soluciones o acuerdos más parcelados. En otros casos, a pesar de no seguir esa técnica, esto es, que se organiza como una negociación más sobre el conjunto del contenido del convenio, tampoco se trasluce que se haya hecho un enfoque de la flexibilidad como concepto unitario.

Es cierto, no obstante, que algo más de conexión se observa cuando se trata de la flexibilidad en atención a las personas que, en un mayor número de ocasiones, tiende a agrupar distintas cláusulas —por ejemplo, en torno a conciliación—, pero sin que ello se llegue a generalizar. De esta manera, puede señalarse que es frecuente que se observen diferentes medidas en diversas cláusulas convencionales separadas y desconectadas entre sí, v.gr., algunas que se vinculan al teletrabajo, otras a la flexibilidad horaria, etc.

Sea como sea, este reflejo disperso y desorganizado de las cláusulas convencionales en materia de flexibilidad laboral se debe, en gran medida, a que se proyecta como un espejo desde la regulación en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, ello no debería condicionar a los negociadores que deben reivindicar su propio *espacio vital de autorregulación*. A quienes, a modo de código de buenas prácticas o recomendaciones, se les sugeriría hacer la siguiente operación autorreflexiva:

- un diagnóstico meditado de la situación,
- una delimitación de objetivos a perseguir y unas previsiones de desarrollo y crecimiento para los próximos años,
- un análisis de las perspectivas de empleo dentro del sector y de la empresa y la situación y evolución de los mercados de trabajos.

A partir de tales presupuestos, se debería hacer un diseño completo de la flexibilidad atendiendo a que cada uno de los parámetros de la misma tiene una incidencia en la productividad, de un lado y, de otro, en la paz social y el desarrollo de las personas. En este sentido, resulta mucho más eficiente fijar un objetivo último de flexibilidad que le permita alcanzar los resultados deseados, y medir, a partir de ahí, de manera adecuada y equilibrada, los márgenes en los que se puede mover cada parte respecto de cada una de las herramientas de flexibilidad, durante el proceso negocial, sin que ello ponga en peligro los niveles de productividad pretendidos, de un lado, y de garantía de derechos en un contexto de trabajo decente, de otro.

No obstante, chocamos con dos realidades palpables. De una parte, que ni el tejido empresarial (en el que predomina la pequeña y mediana empresa; PYMES) en nuestro país se identifica como el de una generalidad de grandes empresas que puedan o dispongan de medios para planificar de este modo -ni los negociadores en ámbitos muy reducidos- y, de otra parte, que ello quizás fuera posible en términos de actividad sectorial en el que los negociadores cuentan con más posibilidades al respecto. Y, junto a ello, que la propia práctica negocial es la que lleva, en determinadas circunstancias, a modular lo previamente diseñado en un juego de acuerdos y cesiones, previsiones y reformulaciones.

No nos llevan tales reflexiones, sin embargo, a descartar la planificación sugerida ya que resultaría mucho más eficiente el diseño de la flexibilidad y con unos resultados mucho más completos. Y no descartamos que ello sea altamente recomendable, como hemos advertido, en escenarios sectoriales o de grandes empresas. Siendo deseable, en este sentido, que el legislador, como propuesta de *lege ferenda*, contemplase la posibilidad de articular, en el marco del Título III, una estructura de los regímenes de flexibilidad, con reserva al nivel sectorial o incluso al amparo del art. 83 ET, de manera que sirvieran como presupuesto para una regulación convencional ordenada de la flexibilidad interna.

Al margen de esta reflexión general y al hilo de lo señalado anteriormente, es posible, por tanto, extraer conclusiones parciales respecto a cada una de las materias que son objeto de tratamiento en régimen de flexibilidad (articulación específica), del mismo modo que también pueden señalarse determinadas cuestiones relevantes a los instrumentos de en el marco de la articulación general en la negociación colectiva. De manera breve, se pueden enumerar del siguiente modo:

1. La formación en el empleo debe considerarse como un instrumento básico en el marco de los procesos de adaptación que requieren de flexibilidad,

en cuanto que permite el ajuste de las personas trabajadoras a las nuevas necesidades empresariales. En una situación de cambio y disrupción tecnológica se potencia este papel de un modo muy significativo. La apuesta por la formación se hace presente en la negociación colectiva, pero todavía de un modo escaso y desconectado, en la mayor parte de los casos, con el concepto de flexibilidad cuando, sin embargo, puede ser una medida que preceda o evite otras de carácter más drástico o traumático.

2. En este contexto, se aprecia la inexistencia de relevantes medidas concretas en perspectiva de género. Salvo algunas cuestiones relativas a la conciliación que, de manera errónea se vinculan en muchos casos a la mujer evitando así el avance en materia de corresponsabilidad, no se tiene en cuenta que determinadas actuaciones pueden reconocerse como situaciones de discriminación indirecta si presentan un especial perjuicio a las mujeres trabajadoras. En este sentido, reducciones de jornada, flexibilidad salarial o el uso de teletrabajo, puede tener una especial incidencia en el caso de la mujer trabajadora, como ya prevé, por ejemplo, el art. 8 de la Ley 10/2021.

3. Con la movilidad funcional, la negociación colectiva no interviene obligatoriamente con el objetivo de paliar o reducir los efectos que el cambio de funciones pueda acarrear a los trabajadores o de ofrecer otras alternativas al empleador, sino que su función se limita a la tradicional de regular posibles límites adicionales al ejercicio del poder de dirección del empresario, en este caso, a la decisión empresarial de efectuar cambios de funciones mediante la regulación del sistema de clasificación profesional, de la polivalencia funcional, de la formación o de la propia movilidad funcional.

En este contexto, la necesidad de flexibilidad en los sistemas clasificatorios ha sido, sin duda, un objetivo prioritario y compartido por la patronal y los sindicatos, aunque dicho objetivo no se ha conseguido de manera general, como tampoco se ha generalizado la referencia a la igualdad de géneros en los sistemas clasificatorios y su consiguiente repercusión en la movilidad funcional.

Respecto a la polivalencia funcional, la mayor parte de los convenios colectivos no realizan mención alguna de la polivalencia funcional o, en su caso, transcriben la prescripción legal.

De manera general puede afirmarse que en la mayoría de convenios colectivos son inexistentes las previsiones de medidas de flexibilidad o adaptación en caso de movilidad funcional y mucho menos la regulación de medidas de flexibilidad negociada con los representantes de los trabajadores para paliar o minorar los efectos de una decisión empresarial encaminada en tal sentido. Ello no supone, sin embargo, la existencia de cláusulas convencionales al respecto, si bien, como decíamos, la mayoría son para reiterar lo previsto por el legislador.

4. Respecto a la movilidad geográfica, la primera reflexión es que la negociación colectiva la plantea como un fenómeno mucho más amplio que la definida legalmente al amparo del art. 40 ET. Parte de configurar la movilidad geo-

gráfica como la alteración del lugar donde se desarrolla el trabajo, y ello incluye tanto supuestos de simple alteración del puesto dentro del centro de trabajo, como situaciones en las que se destina al trabajador a otro centro de trabajo sin que ello suponga alteración del lugar de residencia y, finalmente, los supuestos legales que implican la alteración del lugar de residencia. En este sentido, bajo la rúbrica de movilidad geográfica existen convenios colectivos que incluyen supuestos que podrían incluirse dentro de las facultades ordinarias de dirección del empleador. Si bien, en estos últimos casos, con una regulación diferenciada, se establecen a los efectos de reconocimiento de dietas y su inclusión resulta menos frecuente. Otra cuestión que se observa es la confusión terminológica entre desplazamientos y traslados, pero sin que se creen figuras intermedias o incluso que se traten de supuestos totalmente ajenos.

En cualquier caso, sí resulta conveniente señalar como la negociación colectiva concreta que debe entenderse como cambio de residencia a los efectos de reconocer un traslado. Siendo, en tal caso, el criterio más utilizado el de la distancia en kilómetros entre domicilio y centro de trabajo o éste y el tiempo de desplazamiento, aunque ya en un número significativo de convenios no se contempla como movilidad geográfica, sino como causa justificadora para la percepción de cantidades por tal desplazamiento. En cualquier caso, lo que se trata es de introducir un criterio objetivo de referencia del mismo modo que se establecen diversos requisitos procedimentales para llevar a cabo la movilidad.

Se debe señalar, en este orden, que tienen un especial tratamiento los supuestos de movilidad por interés de la persona trabajadora, siendo más frecuente la regulación convencional en los supuestos de violencia de género, si bien, lo habitual es la reproducción del contenido legal. Poco frecuente y, en su caso, poco novedosa es, sin embargo, la ordenación convencional que a este respecto se refiere a personas con discapacidad.

Por último, dentro de una tónica general de escasa profundización en esta materia en la negociación colectiva -salvo algún ejemplo de mayor desarrollo-, los convenios colectivos suelen referirse a criterios que fijen la prioridad de permanencia, si bien, en su mayor parte se reiteran las referencias legales a los representantes de los trabajadores o a otros colectivos que la ley también señala y solo en algún caso aislado se introduce alguna previsión más o alguna regla para solventar posibles problemas de concurrencia.

5. Por otra parte, con relación a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la negociación colectiva solo en algunas ocasiones introduce algún elemento clarificador a la hora de considerar como sustancial o accidental la modificación de una determinada condición de trabajo. De este modo, y aunque hay casos que poco añaden o aclaran, encontramos convenios colectivos que expresamente consideran que la modificación de una condición de trabajo, que en principio aparece enumerada en el listado que recoge el artículo 41.1 ET, no tenga carácter sustancial cuando se trate de los cambios o alteraciones de escasa entidad, que expresamente delimita. Otras veces se elude el procedimiento de

modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET por exigirse en todo caso acuerdo entre el trabajador y el empleador. Finalmente, hay condiciones de trabajo no consideradas legalmente y de forma expresa como sustanciales, pero para cuya modificación los convenios colectivos exigen seguir el procedimiento del artículo 41 ET.

Como elemento destacado, pero absolutamente minoritario, de manera excepcional, se limita la utilización de esta fórmula para garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres o se excluyen los cambios no sujetos al acuerdo entre las partes de manera expresa. Si es menos infrecuente, sin embargo, establecer procedimientos alternativos para la modificación aunque, en términos generales, no se suele ordenar tales procedimientos en la negociación colectiva, a pesar de la llamada específica que el art. 41.1 ET incluya en tal sentido.

En otro orden, pero en la misma línea, también es poco habitual encontrar una objetivización de las causas ETOP que justifican o amparan la modificación sustancial, aunque no por ello se pueda desconocer la existencia puntual de convenios que sí lo hacen. En este sentido, sí parece adecuado que el legislador pudiera incidir en una potenciación de esta posibilidad, de manera que se fijara, legalmente, que en el marco del convenio colectivo -mejor en el sectorial- se delimitaran de un modo más preciso las causas atendiendo las circunstancias y características específicas de cada actividad, lo que redundaría en una mayor seguridad jurídica para los operadores. Seguridad jurídica que se pierde, sin embargo, cuando se observa en algunos convenios colectivos como se ignora la distinción legal entre modificaciones de carácter individual y colectivo fijando procedimientos comunes sea cuál sea el carácter de tal modificación.

En cualquier caso, sí ha sido objeto de tratamiento tanto la concreción de los sujetos intervinientes como los mecanismos de solución de discrepancias durante el período de consultas, especialmente la función de la comisión paritaria en estas situaciones (también arbitraje o mediación), aunque se aprecia una sustancial diferencia en la forma de contemplarse en los distintos convenios colectivos que lo incluyen. En común, no obstante, la mayoría, dispone que esta actuación se concreta respecto de las condiciones establecidas en el propio convenio colectivo.

De especial relevancia, la regulación que en materia de indemnización realiza algún convenio al establecer una mejora de la indemnización en los supuestos en que la modificación afecte a la jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos, en los siguientes términos: *«si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tendrá derecho, dentro del mes siguiente a la modificación, a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 25 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de 15 meses»*.

En materia de modificación de horarios, cabe destacar la regulación de alguno de los convenios analizados —por ejemplo, el estatal de pastas, papel y cartón—, que, en aquellos supuestos en los que no se hubiera alcanzado un

acuerdo, limita la modificación propuesta a que ésta sea resuelta por la Jurisdicción Laboral competente. Y en lo que afecta a la materia salarial, cabe señalar que no hay prácticamente regulación específica sobre la modificación sustancial de las retribuciones.

En síntesis, en nuestra opinión, en esta materia la negociación colectiva no ha sido todo lo amplia e intensa que cabía esperar porque la mayoría de los convenios analizados no regulan nada específico en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Otros, remiten a la normativa aplicable o la reproducen literalmente.

6. En materia salarial la negociación colectiva no utiliza mucho las posibilidades legales para implantar un cierta flexibilidad en la determinación inicial y que siguen predominado los elementos fijos del salario, sin que tampoco sea muy frecuente en los convenios sectoriales -al menos con cláusulas expresas- la remisión al ámbito de empresa, pese a lo pactado en los Acuerdos estatales sobre Negociación Colectiva, si bien sí es ésta la opción de algún gran convenio —por ejemplo el estatal de industrias químicas— que, cuando lo hacen, suelen fijar un salario mínimo garantizado para cualquier trabajador del sector.

7. Las cláusulas convencionales que regulan el tiempo de trabajo responden a la función ordenadora de los agentes sociales a través de la negociación colectiva, que es esencial, puesto que supone la concreción definitiva de ese tiempo que el trabajador está a disposición de la empresa. De este modo, el tiempo de trabajo y la adaptación de la jornada cobran un protagonismo muy significativo como medidas de flexibilidad interna en la empresa y donde la negociación colectiva debe tener un particular protagonismo.

En este sentido, en los convenios negociados a partir de 2020 en adelante, se hace evidente la influencia de las políticas públicas encaminadas al favorecimiento de la conciliación entre la vida laboral y privada; la existencia de herramientas específicas para personas trabajadoras con discapacidad y, en general, un mayor desarrollo normativo tendente a paliar la posible erosión o invasión que pueda ocasionar la jornada de trabajo respecto a otros ámbitos de la vida del trabajador. Al menos en los convenios colectivos que se han podido detectar alguna de las materias señaladas, aunque es cierto que no presentan un avance muy significativo.

En lo que respecta a la respuesta a las necesidades empresariales, se puede apreciar un importante número de convenios que introducen medidas de flexibilidad, en algún caso con un margen muy amplio, pero siendo la medida más utilizada la de la distribución irregular de la jornada.

Podría decirse, en síntesis, que se aprecia cómo existe una relación directa entre la necesidad organizativa y productiva de la empresa y la flexibilidad horaria, pero también a los aspectos relacionados con la conciliación o necesidades estrictamente personales. Dicha flexibilidad se encuentra del mismo modo, inexorablemente subordinada al factor productivo, por lo que, existen diferentes

sistemas de implantación de flexibilidad horaria recurrentes en los convenios examinados, principalmente a través de:

— La creación de una bolsa de horas flexibles de trabajo. Se pretende facilitar al trabajador la disposición de ciertas horas de su jornada dentro de los márgenes legalmente reconocidos.

— Sistema de compensación de horas extraordinarias.

— Posibilidad de concertar pactos entre el trabajador y la empresa respecto de fórmulas para flexibilidad la jornada laboral.

— Reconocimiento de dicha flexibilidad a determinados trabajadores (víctimas de violencia de género, cuidadores dependientes, conciliación familiar etc.).

Se constata, por tanto, la dificultad para el legislador de la implantación de un régimen de jornada horaria flexible uniforme para todas las empresas, dada la diversidad y heterogeneidad del tejido empresarial español.

— La utilización del trabajo a distancia o del teletrabajo, en su caso, como medida de flexibilidad, por su parte, se puede entender en tres planos distintos: los convenios colectivos que no reseñan nada, los que recogen exactamente lo mismo que establece la ley y los que regulan alguna materia específica relativa al teletrabajo como modalidad específica del trabajo a distancia. En cualquier caso, se presenta una regulación convencional muy escasa que solo parcialmente aborda esta materia y de un modo muy lejano a lo que podría esperarse de una fórmula que se puede entender como en expansión. Sería preciso, por tanto, atender a la importante remisión que la ley hace respecto a la negociación colectiva para la ordenación de muchos de sus aspectos. Sin embargo, los agentes sociales no han apostado por regular más que cuestiones puntuales que no implican cambios sobre la regulación legal y solo alguna mención al cómputo de la jornada o la valoración para su implantación, merece ser destacado entre las muy escasas inclusiones en la negociación colectiva.

— En lo que respecta a los instrumentos que pueden observarse en el marco del Título III ET, en primer término, respecto a la ultraactividad pactada, la fórmula más habitual es la de ampliar la duración del convenio hasta que sea sustituido por uno nuevo, si bien, se echa de menos algún tratamiento específico respecto de las fórmulas de solución extrajudicial en los casos de desacuerdo, elemento que podría ser objeto de un mayor desarrollo en la negociación colectiva. En lo que respecta a la prioridad aplicativa del convenio de empresa es una opción en retroceso claramente desde la reducción de su campo de acción al eliminarse con la reforma laboral de 2021 la opción de rebajar la cuantía salarial. Por último, con relación al descuelgue convencional, debe señalarse que ha sido una vía cuya utilización ha sido menor de la prevista, y que se ha centrado, esencialmente, en la reducción de salarios (con el efecto de la devaluación salarial). No se incide especialmente en buscar soluciones novedosas en cuanto a las fórmulas de acuerdo para el caso de desacuerdos más allá de los instrumentos

negociados de solución extrajudicial de conflictos establecidos de un modo más generalizado, si bien, destaca, en cualquier caso, que la mayor parte de los descuelgues se han producido mediante fórmulas pactadas en los períodos de consulta, destacando, por tanto, la función de la negociación colectiva en este contexto.

En otro orden, podemos concluir que la flexibilidad interna, entendida como flexibilidad negociada, debería ser el instrumento estrella en los procesos de reestructuración y ajuste en las empresas, por las posibilidades que presenta y por ser menos traumática en cuanto a sus resultados que los mecanismos extintivos, por ejemplo. La experiencia de medidas como modificaciones en materia de jornada, movilidad geográfica o suspensiones por la vía de los ERTES, se ha planteado como soluciones exitosas frente a situaciones muy complejas, por lo que entendemos que existe un importante papel de los agentes sociales para reforzar estas figuras a través de la función negociadora en los convenios colectivos. En este sentido, cobran especial protagonismo instrumentos de ordenación como el V AENC. El impulso del legislador, al respecto, debe ser importante, por lo que las modificaciones que pudieran producirse en esta materia tendrían que ser reforzando el papel el acuerdo, de lo negociado y siempre sin perder el umbral del trabajo decente como parámetro básico de referencia mínima.

Por último, es preciso aludir al hecho de que la negociación colectiva se ha presentado como un instrumento de enorme utilidad para flexibilizar las condiciones laborales de los colectivos que podemos entender como vulnerables, habiendo introducido medidas dirigidas, de una parte, la adaptación o reubicación de personas con discapacidad (delimitando también su ámbito subjetivo) y otras que tienen presente la especial sensibilidad de las mujeres trabajadoras respecto a su mantenimiento en el empleo en escenarios concretos (como el embarazo, la maternidad, lactancia...)

La flexibilidad interna, como corolario, puede entenderse como un instrumento en el que la negociación colectiva resulta crucial. Se presenta como una opción equilibrada para atender a las necesidades empresariales que, tanto desde un punto de vista estrictamente social, en lo que respecta a su alternativa más garantista frente otras herramientas más agresivas desde el punto de vista del trabajador, como económico, en tanto que favorece la viabilidad de las empresas y el mantenimiento del empleo (en una lectura tanto micro, como macro). Pero al tiempo, permite dar respuesta a la irrupción del fenómeno digital (transición digital que ha de ser gobernada) y los cambios que exigen los nuevos escenarios de producción y prestación de servicios, a la par que ofrece alternativas válidas para los colectivos vulnerables, especialmente a la brecha digital. Sea como sea, existe aún un importantísimo margen para que los interlocutores sociales desarrollen el amplio margen que el legislador le ofrece para actuar en este campo de posible renovación del sistema de negociación colectiva.

La finalidad básica de los mecanismos de flexibilidad laboral interna en el ámbito de las relaciones de trabajo es establecer un equilibrio en la pluralidad de intereses legítimos subyacentes: intereses privados (empresarios y trabajadores) e interés público (estabilidad del sistema económico, competitividad de las empresas, tutela del trabajo dependiente y paz social basada en la articulación entre el crecimiento económico y el progreso social).

La flexibilidad interna debe ser una flexibilidad negociada colectiva/sindical y no una flexibilidad unilateral a través del fortalecimiento del ejercicio directo de los poderes empresariales. También debe ser bidireccional, haciendo compatible el doble objetivo de adaptar la regulación de las condiciones de trabajo a la realidad cambiante de las organizaciones productivas con las necesidades de la persona del trabajador como opción personal y como ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar. La flexibilidad interna, entendida como flexibilidad negociada, debería ser el instrumento estrella en los procesos de reestructuración y ajuste en las empresas y los cambios que exigen los nuevos escenarios de producción y prestación de servicios, a la par que ofrecer alternativas válidas para los colectivos vulnerables, especialmente a la brecha digital.

La flexibilidad interna puede entenderse como un instrumento en el que la negociación colectiva resulta crucial. Existe un importantísimo margen para que los interlocutores sociales desarrollen el amplio espacio que la Constitución Española y el legislador ordinario le ofrece para actuar en este campo de posible renovación del sistema de negociación colectiva. La práctica negocial –que ha sido analizada exhaustivamente en esta investigación empírica– demuestra la relevancia que paulatinamente están adquiriendo los Mecanismos e Instrumentos de flexibilidad laboral interna en la negociación colectiva. Con ello, se proporciona un estudio útil y de gran interés práctico a todas las partes intervinientes y a los analistas de la negociación colectiva.

ISBN: 978-84-8417-630-5



PVP 9,00 €
(IVA incluido)