

MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES TRAS LA REFORMA DE 2012: ¿UNA MAL ENTENDIDA FLEXISEGURIDAD?

JOSÉ M. MORALES ORTEGA

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras clave: Flexiseguridad, reforma, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

La Ley 3/2012 ha confirmado, en casi su totalidad, el RDL 3/2012, convirtiéndose así en un importantísimo punto de inflexión para la disciplina del Derecho del Trabajo, puesto que se la debe configurar como una de las grandes reformas del mercado de trabajo. Ahora bien, su intensidad no necesariamente tiene que estar vinculada con su efectividad, ni tan siquiera con su adecuación a la realidad. Con este doble objetivo se van a analizar dos instituciones básicas como son las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica.

Se han llevado a cabo incorporaciones, eliminaciones y alteraciones en dos preceptos estatutarios que tienen una enorme relevancia como instrumentos de gestión de la organización productiva pero que, no por ello, tienen que diseñarse en atención exclusiva a dicho interés en detrimento del de los trabajadores. La búsqueda de un equilibrio entre ambos, objetivo capital de la reforma, es el núcleo duro de este trabajo. Es más, ese equilibrio concretado en la nueva regulación de aspectos, entre otros, como la incorporación de la cuantía salarial al elenco de condiciones sustanciales o el acortamiento del plazo de decisión del trabajador ante una decisión empresarial de esta naturaleza. Junto a estos, y al mismo tiempo, se han producido otras modificaciones, cuya incorporación parece responder a unas pretensiones distintas. En definitiva, una compleja materia que requiere de una atenta mirada para evitar soslayar una realidad con peligrosas consecuencias para los protagonistas del sistema de relaciones laborales.

ABSTRACT

Key Words: Flexicurity, reform, substantial working conditions change

Law 3/2012 has confirmed, in almost its entirety, its precedent Royal Decree-Law 3/2012, thus becoming a very important turning point for the discipline of the labour law, since you need to configure it as one of the great reforms of the labour market. Now, its intensity does not necessarily has to be linked with their effectiveness, or even its adaptation to reality. With this dual objective will be to analyse two basic institutions such as substantial working conditions change and geographic mobility. It has been carried out additions, deletions, and alterations in two statutory precepts, which are of enormous relevance as instruments of management of the productive organization but, nonetheless, have to design in exclusive attention to such interest at the expense of the workers.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TENDENCIAS LEGALES EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
3. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO
 - 3.1. Modificaciones individuales y modificaciones colectivas: criterio distintivo
 - 3.2. Plazo de notificación de la decisión empresarial: implicaciones personales y procesales para el trabajador
 - 3.3. Un breve apunte sobre los medios extrajudiciales en este procedimiento de flexibilidad interna
 - 3.4. Causas justificativas de esta medida de gestión de los recursos humanos
 - 3.5. Cuantía salarial: una nueva incorporación al art. 41 del ET
4. ¿ALTERACIONES MENORES EN EL ART. 50.1.A) DEL ET?
5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA
 - 5.1. Eliminación del control por parte de la autoridad laboral
 - 5.2. Los criterios de preferencia de permanencia en la empresa ante supuestos de movilidad geográfica
 - 5.3. Las nuevas incorporaciones nacidas de la Ley 3/2012: discapacitados y víctimas del terrorismo
6. FLEXISEGURIDAD Y REFORMA DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

1. INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica de la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo se incorpora, con el RDL 3/2012 –de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero)- y se ratifica con la Ley 3/2012 –de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio)-, una serie de alteraciones en instituciones básicas del Derecho del Trabajo; entre las que se encuentran las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica.

Unas alteraciones de un profundo calado orientadas a dotar de la necesaria flexibilidad, que permita al empleador, siguiendo las prescripciones comunitarias¹ así como la tónica iniciada con la reforma de 1994, adaptar y acomodar la realidad de la empresa, en cualquier situación –es decir, no es necesaria la existencia de la correspondiente crisis, aunque así se pudiera pensar por el contexto

¹ En concreto, la Comisión afirma que la flexibilidad es algo más que la libertad empresarial para contratar o para despedir, ésta “*es característica de una organización del trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar la producción, y es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas*”, “*Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*”, COM (2007) 359 Final de 27 de junio de 2007.

de la reforma-, a las exigencias del mercado². Se supone, y al menos ese ha sido el espíritu de esta última reforma que, de este modo, el empleador, en tales ocasiones, optará por medidas menos traumáticas que la extinción contractual. Así pues, se entiende que se consigue el ajuste de las relaciones de trabajo en la empresa evitando, al menos en teoría, el aumento de la tasa de desempleo.

Con esta doble intencionalidad, se ha rediseñado los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET); dando lugar a una nueva redacción clara y diáfana a la hora de indicar qué puede hacer el empleador y cómo lo puede hacer, así como las posibles reacciones del trabajador ante estas decisiones empresariales de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de movilidad geográfica. Posiblemente esta claridad –no exenta, eso sí, de dudas técnicas; algunas de las cuales son de cierta intensidad, y que se arrastran desde anteriores reformas estatutarias- es lo verdaderamente preocupante de la nueva configuración de estos preceptos estatutarios.

Preocupación fruto de unas consecuencias, como se verá a lo largo de estas páginas, no especialmente favorables para los trabajadores pero que podría, pese a ello y en un alarde de buena intencionalidad, justificarse de lograrse unos resultados positivos en materia de empleo; esto es, el mantenimiento –que no, lamentablemente, la creación- de los puestos de trabajo. Este va a ser el principal objetivo de este trabajo, averiguar y determinar si los criterios de política de empleo, en el ámbito de la flexibilidad interna, han primado sobre la pérdida y el retroceso de los derechos de los trabajadores o, si por el contrario, se ha producido una dejación gratuita de los mismos en aras a un irreal y ficticio mantenimiento del empleo, cuya génesis se encuentra en la atribución, en unos casos, y, en la consolidación, en otros, de las facultades de actuación empresarial. En definitiva, la cuestión se centra, una vez más, en la sempiterna idea de flexiseguridad.

Al margen, por ahora, de cualquier debate doctrinal, lo cierto es que la misma se ha convertido en el núcleo duro de las medidas reformistas de los Estados miembros de la Unión Europea que, en este punto, están muy condicionados por las directrices para el empleo. Y, por estarlo, resulta sumamente llamativo y sorprendente que el Programa Nacional de Reformas de 2012 reduzca las referencias a esta flexibilidad interna a la siguiente idea: la reforma ha ampliado *“los mecanismos de flexibilidad interna, que permitirán que en el futuro los ajustes se realicen vía horas trabajadas y/o salario...suponen*

² Esta adaptabilidad es el leitmotiv de la reforma; por consiguiente y como es natural, ha alcanzado a otras instituciones que, con los mismos argumentos, han visto modificada su fisonomía. Es el caso de la negociación colectiva que, según la Exposición de motivos de la Ley 3/2012, tiene como objetivo “procurar” que ésta “sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”.

además un avance en la correlación entre la productividad y los salarios con consecuencias positivas sobre la actividad y el empleo". A partir de ahí, las alusiones a las modificaciones sustanciales son inexistentes. Quizás, sus artífices no han considerado que las medidas adoptadas en esta dirección —excluida la salarial y una mención, casi de pasada, a la movilidad geográfica— vengán a cumplir los objetivos marcados por las Orientaciones comunitarias pues, no debe olvidarse, que se está ante el documento presentado ante las instancias europeas en aras a demostrar lo que se está haciendo en los Estados miembros, con el propósito de dar cumplimiento a tales Orientaciones; o sea, siguiendo al Programa, éste sienta *"las bases para el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Europea 2020"*. Pero, de ser así, es decir, de no estimarse cruciales para alcanzar los fines comunitarios, no se justificaría dichas modificaciones, que deberían responder a la voluntad expresada en el señalado Programa de que *"el mercado de trabajo español presenta deficiencias estructurales que explican el elevado coste de la crisis en términos de destrucción de empleo"*.

Hecha esta relevante consideración, hay que continuar indicando que el señalado objetivo de este trabajo, lógicamente, va a condicionar su estructura, que va a responder, en un primer momento y como es natural, a las innovaciones introducidas en estos institutos jurídicos para, a continuación, examinar si dichas innovaciones han conseguido alcanzar el ansiado equilibrio entre flexibilidad y seguridad, siempre con el necesario aliciente de asegurar los puestos de trabajo. De este modo, se podrá juzgar las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 cuando afirma que *"esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos"*.

2. TENDENCIAS LEGALES DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Se va a partir de las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, cuando indica que el objetivo de las modificaciones operadas en los artículos 40 y 41, no es otro que *"fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesa la empresa"*. Con este propósito y en términos generales, se ha adoptado una serie de cambios, con los que facilitar a la empresa la adopción de medidas de flexibilidad interna y, por lo que aquí interesa, de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de movilidad geográfica.

Antes de continuar se quiere aclarar que ello, en cambio, no ha ido acompañado, en todo caso, de un perfeccionamiento técnico de todos los elementos conformadores de estos preceptos legales. Todo lo contrario. Muchas de sus deficiencias y puntos oscuros han permanecido; cuando no se han acrecentado,

lo que puede ser un lastre³, aunque también es cierto que no de la suficiente entidad, como para que las empresas decidan poner en marcha estas medidas.

Dicho lo cual, hay que afirmar que las novedades han tenido, fundamentalmente, tres tendencias. Por un lado y con una vocación claramente flexibilizadora, se ha eliminado, de una parte, los objetivos a los que debían tender las causas permisivas de las modificaciones, y se ha relativizado, de otra y consecuencia de la precedente, las propias causas. Íntimamente conexionado con esto, se ubicaría las facilidades de procedimiento y la agregación, al elenco del art. 41 del ET, de la cuantía salarial, lo que amplía, de manera sustancial, la incidencia de estas decisiones empresariales en la esfera del trabajador.

En definitiva, una tendencia flexibilizadora que vendría a contrarrestar, al menos a juicio del Gobierno, la rigidez precedente. Sin embargo, esta premisa no es del todo cierta. De hecho, y con respecto a la reforma de 2010, ALFONSO MELLADO cuestionó su necesidad, puesto que el régimen nacido de la reforma de 1994 ya era, para este autor, suficientemente flexible⁴. De ahí que resulte llamativo que los empleadores hayan optado, en materia de flexibilidad interna, por “*otros instrumentos; y muy especialmente, [por] la contratación temporal injustificada*”, es decir, por otras “*vías de escape*”⁵. De hecho, el Programa Nacional de Reformas así lo entiende cuando afirma que las medidas de flexibilidad interna tienen como objetivo reducir “*el recurso a la contratación temporal*”. Por lo que para la clase empresarial y, por ende, para el Gobierno, estos preceptos estatutarios requerían de unas mayores dosis de flexibilidad.

Por otro lado, y en esta ocasión con una intencionalidad técnica, se ha sistematizado y simplificado la distinción entre modificaciones individuales y colectivas; al tiempo que se ha precisado, añadido y eliminado aspectos puntuales, pero no de segundo orden, en la regulación de las modificaciones sustanciales, en sentido amplio, de las condiciones de trabajo –es decir, incorporando la movilidad geográfica, ya que no es más que una modificación cualificada–.

Y en una tercera tendencia habría que incluir las incorporaciones de las víctimas del terrorismo así como de las personas discapacitadas en el derecho preferente al traslado del art. 40 del ET. Esta última tendencia supone, a juicio

³ En este sentido, San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010*”, en “*Reforma de 2010*”, Pamplona, 2010, p. 324.

⁴ “*Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna*”, Valencia, 2010, pp. 88 y 89 y, de forma parecida, Ramírez Martínez, “*Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011*”, Actualidad Laboral, nº 5, 2012, p. 524.

⁵ Cruz Villalón, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*”, en “*La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*”, Madrid, 2011, p. 128.

de CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, que “*el lenguaje y el contenido del Derecho del Trabajo, de las leyes laborales, cambia, acercándose progresivamente al derecho de las personas y abandonando el núcleo duro de las relaciones de producción*”⁶.

En cualquiera de estas tendencias, por tanto, quedan enmarcadas las innovaciones y alteraciones, a las que se hará referencia a lo largo de estas páginas. Sólo quedará excluida de las mismas, la modificación de condiciones contenidas en convenio colectivo estatutario que, conforme al art. 41.6 del ET, se remiten al Título III de este cuerpo legal⁷; esto es, al procedimiento de descuelgue del art. 82.3 del ET. Su exclusión de este trabajo obedece, en exclusiva, a su tratamiento en otro capítulo de esta obra colectiva.

3. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

3.1. Modificaciones individuales y modificaciones colectivas: criterio distintivo

Comenzando con la diferenciación entre modificaciones individuales y colectivas, hay que aceptar que el precepto estatutario ha mejorado, desde un criterio didáctico, al hacer mucho más comprensible su lectura al eliminar, en este punto, su complejidad interpretativa. Por tanto, y en un primer momento, se puede afirmar que se ha ganado, al dársele una redacción mucho más clara y sistemática. Así, frente al precedente y confuso art. 41 del ET, la redacción actual se ha simplificado; de tal modo que la distinción obedece exclusivamente al número de trabajadores afectados por la medida.

Aunque sea casi anecdótico, se quiere llamar la atención sobre la precisión realizada en relación con los umbrales –tanto en las modificaciones sustanciales como en la movilidad geográfica-. Se ha aclarado que la medida será colectiva –en el tercer umbral- cuando afecte a treinta o más trabajadores en empresas de “*más de trescientos*”. Antes, este umbral se confundía con el inmediatamente precedente, puesto que ambos abarcaban la frontera de los trescientos trabajadores.

Hecha esta precisión, hay que reiterar que el criterio para calificar una modificación de este tipo como individual, plural o colectiva es el número de trabajadores afectados. La elección legal de este criterio numérico elimina la

⁶ “*Las reformas de la reforma laboral de 2012 (la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)*”, Relaciones Laborales, nº 15-18, 2012, p. 3.

⁷ Esta remisión, que se realizó con el RDL 7/2011, ya era reclamada, entre otros, por SAN Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 294.

significación del soporte jurídico de la condición –excluidos, como se acaba de señalar, los convenios estatutarios–; siendo así indiferente que sea un contrato individual, una decisión empresarial con efectos colectivos o un acuerdo o pacto colectivo no estatutario. Es decir, las condiciones contractualizadas⁸. Ahora bien, no todos estos diferentes instrumentos deberían tener, a efectos de la adopción de la medida, un mismo tratamiento; y muy particularmente, los acuerdos o pactos colectivos. En estos últimos, no se puede perder de vista que se está ante la modificación de una condición contenida en un acuerdo colectivo⁹ y, por ser así, debería asegurarse algún tipo de garantía impeditiva de la decisión unilateral del empleador a fin de salvar concretas dudas sobre la constitucionalidad de esta decisión y, del mismo modo, sobre si puede ser una vía indirecta para que el empleador se sustraiga de lo pactado colectivamente. Sendas cuestiones, por no ser consecuencia directa de la reforma de 2012, no van a ser abordadas aunque sí se quería, como mínimo, llamar la atención sobre ellas.

No se puede terminar este apartado sin indicar que este criterio numérico obliga al empleador a someterse, de superar los umbrales, al trámite del período de consultas cuando la condición esté contenida en contratos individuales de trabajo, lo que de algún modo puede neutralizar el abuso, por su posición, sobre los trabajadores. Pero ello, no obstante, debe admitirse sin grandes esperanzas pues, no debe pasar desapercibido, que la decisión última, en puridad, corresponde al empleador; y, sobre todo, puesto que no se puede olvidar que el tejido empresarial español, como es sabido, está conformado por pequeñas y medianas empresas –y, tras la crisis, por microempresas–, por lo que superar los umbrales, en la generalidad de los casos, va a ser imposible. Siendo así, la mayoría de las modificaciones van a tramitarse como individuales o plurales¹⁰, con todo lo que ello implica como se verá a continuación.

⁸ Así las llama San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 291.

⁹ Como defiende Cruz Villalón, esta facultad de actuación del empleador es amplísima, puesto que le permite actuar sobre acuerdos colectivos y convenios extraestatutarios, de empresa o de sector, cualquiera que sea la cláusula modificada y sea con carácter temporal o definitivo, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral...*”, opus., cit., p. 163.

¹⁰ Valdés Dal-Ré escribe que, con la reforma, “*el ámbito de las modificaciones sustanciales de dimensión individual se ha ampliado en la misma dimensión en que se ha estrechado el campo de vigencia de las modificaciones de carácter colectivo*”, “*Flexibilidad interna en la Ley 3/2012*”, Relaciones Laborales, n° 15-18, 2012, p. 4.

3.2. Plazo de notificación de la decisión empresarial: implicaciones personales y procesales para el trabajador

Como es de sobra conocido, en el supuesto de las modificaciones individuales y plurales, la exigencia procedimental queda reducida a la notificación por escrito de la medida al trabajador/es afectado/s y a los representantes legales de los trabajadores¹¹, con un plazo de 15 días de antelación. Con la reforma de 2012, se ha pasado de los 30 días anteriores a este nuevo plazo, lo que tiene importantes consecuencias para los trabajadores.

Esta reducción del plazo de la notificación debe estar justificada en la voluntad de imprimir agilidad a la medida modificatoria; esto es, en la imperiosa necesidad, a juicio del artífice de la reforma, de que la decisión empresarial se haga efectiva a la mayor brevedad posible, lo que pone de manifiesto la prevalencia del interés empresarial sobre el del trabajador. Esta afirmación necesita de una argumentación algo más detenida.

Este plazo ha cumplido, desde siempre, una doble finalidad: una personal y otra procesal. Comenzando con la justificación personal, hay que indicar que este plazo sirve para que el trabajador, conocida la decisión empresarial, tenga el tiempo suficiente para calibrarla y, así, actuar en consecuencia. La reducción del plazo a 15 días supone restarle tiempo para sopesar cómo le va a afectar la medida en su esfera profesional y personal. No es descabellado pensar que, con este acortamiento, el trabajador se puede sentir, de algún modo, presionado; y, en consecuencia, que no siempre adopte la decisión que pueda resultarle menos perjudicial.

Esto no significa, en cambio, que el empleador deba supeditar su decisión a las circunstancias del trabajador. Pero esta no es la cuestión, sino el diseño legal de la medida. Por eso, el legislador sí debería, como garante de todos los intereses en juego, haberlas tenido en cuenta; y no convertir este cambio, que a primera vista puede parecer inocuo, en un elemento en contra para el trabajador. Máxime cuando la decisión empresarial condiciona y compromete inexorablemente el desarrollo personal y profesional del trabajador –le puede conducir, incluso, a renunciar al trabajo-. Hasta tal punto es así que la medida empresarial *“puede producir un cambio en las condiciones de vida del trabajador que, probablemente, de haberse conocido en el momento de la firma del contrato hubiesen conllevado su no celebración, o su celebración en términos*

¹¹ Para San Martín Mazzucconi, la inexistencia, en estos casos, de representantes legales de los trabajadores hace que *“lo más lógico [sea] mantener que el requisito debería dispensarse”* por su intervención meramente pasiva, *“La modificación de condiciones de trabajo...”*, opus., cit., p. 306.

*distintos*¹²; yendo más allá, dicho perjuicio es “ajeno a la relación laboral. Y además, que esto sólo se puede evaluar desde la posición del trabajador; es más, desde la trascendencia, repercusión e incidencia que causa en su vida personal y familiar”¹³. El hecho de que se haga caso omiso a esta realidad, aunque sea simplemente acortando el plazo, supone ignorar a la figura del trabajador desde la lógica exclusiva de la dinámica empresarial.

Tampoco la desatención legal puede responder a que la medida no provoca ningún perjuicio para el trabajador –aunque el legislador así lo entiende para el caso del art. 41.1.e) del ET, es decir, sistema de trabajo y rendimiento–, ya que, como dice ROMÁN DE LA TORRE, la decisión empresarial juega “*en sentido unidireccional puesto que no se establece en beneficio del trabajador*”¹⁴ o, con palabras de la Sentencia 268/2012 –de 19 de abril– del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos), “*no puede definirse como modificación sustancial, al no acreditarse perjuicio alguno para los trabajadores ni mayor onerosidad en el desempeño de su trabajo*”. Por tanto, toda modificación encierra y conlleva un perjuicio para el trabajador.

Siendo así, aún cuando la modificación sea aceptada por éste, no elimina el perjuicio. A lo sumo, supondrá un “*acomodamiento –o resignación– a las nuevas condiciones laborales*”¹⁵. No es fortuita la elección del término, ya que dicha acomodación no es resultado de una previa negociación sino, más bien, de la imposición empresarial de la novación contractual. De este modo, el trabajador sólo podrá rechazar o aceptar la medida¹⁶, por lo que este comportamiento se puede calificar de “novación por adhesión” o, si se prefiere, de sumisión a la voluntad empresarial. Máxime en la actual situación de crisis. En consecuencia, la opción rescisoria con indemnización va a tener una escasa incidencia aunque esta indemnización nivele “*el desequilibrio provocado por la modificación, que encuentra como fundamento la primacía del interés empresarial*”¹⁷. Y ello a pesar de la novedad de la reforma, en virtud de la cual el trabajador va a poder acudir a esta opción indemnizatoria casi cualquiera que sea la condición modificada y, por ende, causante del correspondiente perjuicio.

¹² Morales Ortega, “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 105, 2001, p. 421.

¹³ Morales Ortega, “Perjuicio del trabajador...”, *opus.*, cit., p. 423.

¹⁴ Román de la Torre, “Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales”, Granada, 2000, p. 134.

¹⁵ Morales Ortega, “Perjuicio del trabajador...”, *opus.*, cit., p. 419.

¹⁶ Siendo esta opción del trabajador, la que salvaría cualquier duda jurídica al respecto pues, como dice Román de la Torre, “*La autonomía individual se modifica a través de la propia autonomía individual, aun cuando la novación formal del pacto tenga su origen en la voluntad unilateral del empresario*”, “Modificación sustancial...”, *opus.*, cit., p. 135.

¹⁷ Morales Ortega, “Perjuicio del trabajador...”, *opus.*, cit., p. 430.

En definitiva, el acatamiento incondicionado del trabajador de las modificaciones operadas desde la voluntad empresarial va a conducir, por lo que también se dirá más tarde, a un empeoramiento, en muchos casos extremo, de las condiciones de trabajo con el único, y teórico, aliciente, para el trabajador, del mantenimiento del puesto de trabajo.

Siguiendo con la finalidad de carácter procesal, hay que partir de que el anterior plazo de 30 días era superior al de caducidad de la acción para poder impugnar judicialmente la decisión empresarial. Aunque este último empieza a computar desde la notificación del empleador, puede darse, hoy en día, la situación de que el trabajador tenga que acatarla aun entendiendo que es susceptible de recurrirse, por injustificada, ante los órganos jurisdiccionales. En relación con ello, se puede llamar la atención sobre el art. 138 de la Ley de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS) cuando afirma que, en el caso de que la sentencia declarara injustificada la medida, podrá incorporar el *“abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos”*.

Así las cosas, si se unen estas dos consecuencias del acortamiento del plazo, hay que aceptar que el trabajador tiene, en sólo quince días, que evaluar la medida tanto desde criterios personales como, por así llamarlos, judiciales, sino quiere verse compelido a ejecutar una medida que, en el segundo caso, considera no conforme a derecho o injustificada.

En principio, estas consecuencias también proceden cuando la notificación se realiza, por ser colectiva la modificación, tras el fracaso del período de consultas. En este caso, y según el actual art. 41 del ET, la decisión *“surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a la notificación”*, que deberá, por lógica, realizarse inmediatamente después de finalizar el período de consultas. En estos supuestos, no se está ampliando, en siete, el plazo de los quince días de las modificaciones individuales y plurales, sino que se está reduciendo, en ocho, el tiempo del que dispone el trabajador para realizar el enjuiciamiento personal y profesional de la medida. Es verdad que éste –incluso cabría entenderse como una obligación de los representantes de los trabajadores– puede conocer que se está negociando una modificación de condiciones de trabajo pero puede, de igual forma, desconocer los términos de dicha negociación e, incluso y mucho más importante para él, si está afectado por dicha medida flexibilizadora. Siendo así, lo que no parece desacertado, puede darse la situación de que la apertura del período de consultas –sobre el que desde luego no hay duda alguna de su necesidad– en las modificaciones colectivas va a repercutir negativamente en el trabajador. Si ya se estimaba, como se acaba de indicar, que el plazo de los quince días era demasiado corto; este nuevo plazo es todavía más y, por serlo, afecta muy negativamente al trabajador.

3.3. Un breve apunte sobre los medios extrajudiciales en este procedimiento de flexibilidad interna

Dos supresiones acometidas, primero, con el RDL 3/2012, y después con la Ley 3/2012, justifican este epígrafe. Por un lado, hay que criticar enérgicamente la eliminación de cualquier referencia a la comisión paritaria dentro del período de consultas del art. 41 del ET. Es verdad que esta comisión es contenido mínimo del convenio estatutario, cuya modificación, como se sabe, se deriva al art. 82.3 del ET pero también, en este último precepto, se ha constreñido enormemente la intervención de este órgano mixto. De hecho, ha quedado reducida a la simple notificación del descuelgue o a su intervención –eso sí, siempre que una de las partes solicite su participación- ante la falta de acuerdo en el período de consultas.

Por consiguiente, el papel de la comisión paritaria en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, tanto si están contenidas en un convenio estatutario como en cualquier otro acuerdo colectivo, queda reducida a lo que pueda disponer el convenio en virtud del art. 41.4 del ET, que indica que el procedimiento legal operará “*sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva*”. Sin embargo, la práctica negocial no parece, hasta el momento, particularmente favorable a conceder un papel relevante a la comisión paritaria en estos procedimientos de flexibilidad interna; lo habitual es que no exista mención a ella –excluido ya el supuesto del art. 82.3 del ET- o, cuando existe, que su intervención sea casi testimonial.

No se entiende las razones, que han conducido al legislador a este cambio –o, si se quiere, pérdida de protagonismo de la comisión paritaria- con respecto a la reforma de 2011. Máxime porque no hay que olvidar que este órgano de gestión convencional puede estar, y es muy normal que esté, presente en un convenio extraestatutario, por lo que no se le debería privar de su posible participación en este tipo de acuerdos de empresa, con los que se altera en sede empresarial el convenio firmado por los sujetos, a los que este órgano representa.

Y por otro, la supresión del contenido mínimo y obligatorio del convenio estatutario de la referencia a los medios extrajudiciales como alternativa a la falta de acuerdo en este período de consultas. El actual art. 85.3.c) del ET sólo alude al procedimiento del art. 82.3 y, por remisión, del art. 41.6, es decir, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo estatutario, es decir, las que requieren, *a priori*, de

acuerdo¹⁸. Para las restantes, salvo que se indique otra cosa en los acuerdos de solución de conflictos o en los convenios ordinarios¹⁹, se fomenta, desde la norma legal, que sea el empleador quien decida, en última instancia, este sometimiento a las vías extrajudiciales. Una vez más, se está ampliando, de manera considerable, el margen de acción del empleador convirtiéndolo en el verdadero y único promotor, artífice y ejecutor de este tipo de medidas.

3.4. Causas justificativas de esta medida de gestión de los recursos humanos

La reforma de 2012 ha actuado también sobre las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o, para ser más exactos, sobre su aspecto teleológico. En verdad, esta reforma ha mantenido las tradicionales causas –económica, técnica, organizativa o de producción– pero ha suprimido la concreción de los fines, a los que tenían que estar dirigidas²⁰; y que, de algún modo, venían a limitar, por muy amplia que fuese la interpretación, el poder de decisión empresarial. Su supresión conlleva, por tanto, que el control judicial, como admite GOERLICH PESET, quede reducido a “*la existencia de la causa, sin permitir que se extienda a la valoración de la razonabilidad de la medida a la luz de las finalidades legales*”²¹.

Las causas, actúen conjunta o independientemente, tienen que servir, en cualquiera de sus expresiones, a los objetivos empresariales. De no ser así, no podrán ser alegadas por la empresa de cara a justificar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo –o una movilidad geográfica–. Sin embargo,

¹⁸ No debe olvidarse que conforme al actual diseño procedimental del art. 82.3 del ET es perfectamente posible que la voluntad de una sola de las partes pueda dar por finalizado el procedimiento, tras el fracaso de los instrumentos previos, mediante la sumisión del conflicto a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los respectivos órganos de las CCAA. Esta regla es calificada por Valdés Dal-Ré como “*errática y extravagante*”, “*Hacia un derecho común de la flexibilidad interna*”, Relaciones Laborales, nº 19-20, 2012, p. 16.

¹⁹ Como reconoció Garrido Pérez, en relación con la reforma de 2011, para el caso de los convenios no estatutarios, los “*procedimientos de los Acuerdos Interprofesionales se encuentran al mismo nivel opcional que los recogidos particularmente en el convenio colectivo de aplicación para recurrir a ellos como sustitutos del período de consultas*”, “*Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos*”, Ed. Multicopiada, Ronda, 2011, p. 39.

²⁰ Hay que tener en cuenta que en las modificaciones de condiciones contenidas en convenio colectivo estatutario, la remisión al procedimiento del art. 82.3 del ET hace que se mantenga los fines de las oportunas causas. Siendo así, de nuevo, se está ante un régimen más favorable y más garantista para el trabajador que con respecto al regulado para las condiciones contractualizadas.

²¹ “*El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general*”, en “*La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*”, Valencia, 2012, p. 34; en términos parecidos y en esta misma obra colectiva, Roqueta Buj, “*Flexibilidad interna*”, pp. 113 y 116.

ello es difícil que se produzca por la sencilla razón de que los órganos jurisdiccionales han realizado una interpretación extensiva de las causas, siendo la económica, la que de modo más claro ha respondido a dicha ampliación²². Tanto es así, que no se ha empleado, en estas páginas, de manera casual la expresión “objetivos empresariales”, puesto que casi cualquiera que sean éstos, se permite la adopción de la correspondiente medida. Así pues, se está tendiendo al macroobjetivo, defendido por LLORENTE RIVAS, de “*necesidades o requerimientos de la organización de la empresa*”²³; esto es, la prevalencia absoluta del interés empresarial –con el agravante, hay que insistir, de que en las condiciones contractualizadas, la decisión última corresponde al empleador-.

A ello hay que añadir esa señalada supresión de los fines o, si se quiere, reformulación al indicarse que las causas deben estar “*relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*”. El tenor del precepto es tan laxo e impreciso que es casi como no decir nada²⁴, lo que unido a esa citada amplitud de las causas²⁵, permite afirmar, sin ningún género de dudas, que se está ante otra manifestación de la tendencia flexibilizadora.

²² Como recoge Román de la Torre, en relación con esta causa, no es “*necesario que la empresa se encuentre ante una situación de emergencia o esté en peligro de subsistencia... Bastará que la modificación contribuya a mejorar la situación de la empresa en el mercado para que la medida esté justificada, por lo que su adopción cabe aunque el balance económico de la empresa pueda ser positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad*”, “*Modificación sustancial...*”, opus., cit., p. 31.

²³ “*Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo*”, Madrid, 2009, p. 285.

²⁴ En esta misma dirección, Valdés Dal-Ré sostiene que se trata de un “*criterio enormemente difuso, en buena parte vinculado a factores económicos genéricos, de carácter eminentemente exógenos a la actividad productiva y por tanto al abrigo de controles rigurosos, y dotados de un potencial aplicativo muy favorable para la validación jurídica del ejercicio por el empresario de los poderes extraordinarios que se le han concedido*”, “*Flexibilidad interna...*”, opus., cit., p. 5; menos tajante, pero con igual sentido, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Nacional 61/2012 –de 28 de mayo– cuando afirma que “*la nueva versión del art. 41.4 ET ha limitado, aun más, el nivel de exigencia de la versión precedente*”.

²⁵ Cabría cuestionarse la posibilidad de que la concreción realizada por otros preceptos convencionales, después de la Ley 3/2012, tales como los reguladores de las suspensiones o de los despidos colectivos, pudiese ser aplicada al supuesto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; de manera tal que limitase el margen de acción empresarial. Ni que decir tiene que esta no ha sido la voluntad legislativa, ya que la Ley 3/2012 podría, como ha hecho en relación con esos otros artículos, haber concretado las causas; y el no haberlo hecho no entra dentro del descuido sino de la manifiesta e intencionada voluntariedad del legislador. Ahora bien, ello no quiere decir que los órganos jurisdiccionales así como, incluso, los agentes sociales, en sus respectivas esferas, puedan acoger, como mínimo, la ejemplificación legal de los otros preceptos estatutarios de cara a la configuración de las causas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo –art. 41 del ET–.

Yendo más allá, la parquedad, en este punto, del art. 41 del ET se hace especialmente manifiesta en el término competitividad, que se ha convertido, pese a su indefinición²⁶, en una constante de los documentos económicos y laborales. Un ejemplo de ello es el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014²⁷, en el que se lee que “tanto los salarios como los beneficios distribuidos deben evolucionar de forma moderada, de modo que permitan dirigir una mayor parte del excedente empresarial a inversiones de reposición y ampliación. Ambos aspectos tienen por objeto fortalecer la capacidad de competir del tejido industrial español”. Se quiere subrayar que en este Acuerdo se opta por la evolución moderada, no así por la disminución salarial que, no nos debemos engañar, es la que promueve y permite el actual art. 41 del ET, como se verá en el próximo epígrafe.

Exceptuada esta última reflexión, lo cierto es que los interlocutores sociales, aunque sin precisiones, apuestan por esta competitividad, que se ha convertido en la estrella de belén para las empresas, primero, y para el legislador, después. La conversión de la competitividad en el leitmotiv de muchas de las medidas reformistas obliga a entender que se ha producido una pérdida de la competitividad empresarial; y aunque ésta, con la crisis, es obvia —en España, y en cualquier estado—, en términos relativos, dicha pérdida debe aceptarse con enorme cautela.

Como demostró, aunque en el contexto de la reforma de 2010, ALFONSO MELLADO, esa pérdida de competitividad y productividad de las empresas españolas es relativa; es más, para este autor, dicha pérdida “viene, esencialmente, de aspectos no derivados de la regulación laboral”, sino de factores ajenos al mercado de trabajo²⁸.

Pero es que además el reciente Programa Nacional de Reformas de 2012 recoge que “entre 2008 y 2011 se ha recuperado la mitad de la competitividad perdida en los ochos años anteriores”; es más, continua este documento, “el

²⁶ Llorente Rivas vincula la competitividad “en primer lugar, con que la empresa pueda seguir existiendo y concurriendo a ese mercado y, en segundo lugar, con la obtención de la mayor rentabilidad posible de los capitales puestos en juego”, “Las modificaciones sustanciales...”, opus., cit., p. 284. Pese a ésta, u otra, pretendida definición por objetivos; la misma no aporta especial claridad sobre la conceptualización del término, ya que casi toda pretensión empresarial puede quedar subsumida en esta idea de competitividad.

²⁷ BOE de 6 de febrero de 2012.

²⁸ De acuerdo con los datos aportados por este autor, la productividad en la Europa de los 15 es más o menos similar a la española; el salario está muy por debajo de la Europa de los 15, aunque por encima del de la Europa de los 27 —de ahí que las empresas españolas se marchen a estos otros países—; la media de la jornada es muy parecida a la del resto de los Estados europeos —no así, como es natural, si se compara con Asia o Sudamérica—; y, por último, el gasto en protección social no es especialmente elevado, “Las actuaciones...”, opus., cit., pp. 87 y siguientes —en especial, p. 89—.

sector empresarial ha demostrado, a pesar de la crudeza de la crisis, una notable capacidad de adaptación, reorientando con éxito su oferta hacia los mercados internacionales en un entorno marcado por la caída de la demanda de nuestros socios comerciales y el avance de las economías emergentes en el comercio mundial". Y estas afirmaciones casan mal con esa búsqueda, a cualquier precio, de competitividad, por dos motivos. Por un lado, porque el aumento de la competitividad se ha producido en los momentos —excluidos los actuales— más álgidos de la crisis; y por otro lado, porque ha sido ajeno a la última reforma laboral, lo que confirma esa falta de vinculación, que ha justificado muchas de las medidas adoptadas. Por tanto, hay que concluir que dicha pérdida de competitividad no es resultado de la rigidez de nuestro mercado de trabajo; como éste no lo es de la crisis económica²⁹.

Obviamente, la negación de este punto de partida condiciona sobremanera el discurso o, si se quiere, las medidas a adoptar, que no se han orientado, como sí se debía haber hecho, a la modernización y adaptación de las empresas españolas al nuevo modelo productivo. En cambio, se ha preferido actuar sobre la legislación laboral en una clara tendencia flexibilizadora y estructural, que tiene como hilo conductor, y esto es muy importante, que de la satisfacción del interés empresarial se conseguirá, como deriva natural, no la mejora de las condiciones profesionales de los trabajadores, sino una protección de mínimos como es el mantenimiento del puesto de trabajo. Eso sí, sin ningún compromiso por parte del empleador en este sentido, por lo que el trabajador puede aceptar su regresión laboral sin que, por ello, se le garantice, con visos de futuro, su permanencia en la empresa.

Esta primacía total del interés empresarial obliga irremediablemente a fijar, en cuanto a las causas y fines de la medida, unos criterios restrictivos del todo vale, puesto que, en estos casos, la libertad de organización empresarial³⁰ colisiona con los derechos de los trabajadores³¹. Vaya por delante que dichos crite-

²⁹ Del mismo modo, Alfonso Mellado, "*Las actuaciones...*", opus., cit., pp. 81 y 85.

³⁰ Libertad que ha sido interpretada por nuestros tribunales como fundamento del margen de maniobrabilidad empresarial en el caso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; exactamente, y como recogen las Sentencias de la Audiencia Nacional 22/2012 —de 2 de marzo— y 61/2012 —de 28 de mayo—, que asumen la doctrina del Tribunal Supremo, "*la distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de reestructuración de la plantilla*".

³¹ Como escribe Roqueta Buj, "*se otorga al empresario un poder prácticamente omnímodo para trasladar a los trabajadores y modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo, sin más límites que la buena fe, el abuso de derecho, el fraude de ley y los derechos fundamentales de los trabajadores*", "*Flexibilidad...*", opus., cit., p. 116.

rios no tienen que suponer un entorpecimiento arbitrario, que hagan ineficaz el art. 41 del ET, sino que deben entenderse como impeditivos del abuso, del fraude o, sencillamente, de la falta de necesidad de la modificación sustancial por responder al capricho del empleador³². Con otras palabras, la decisión empresarial que, sin duda, va a perjudicar al trabajador, puede que no reporte beneficios empresariales particularmente significativos, ya sea por su dimensión, ya sea por su propia efectividad. Máxime tras la supresión del elemento finalista, que exigía la mejora de la situación de la empresa que, de algún modo, actuaba de freno, pese a su extensiva interpretación, a la discrecionalidad empresarial. Por lo que, en la actualidad, basta, como se ha transcrito al inicio de este apartado, con que la medida, ya de por sí amplia en atención a sus causas –hasta el extremo de que en la Sentencia de la Audiencia Nacional 41/2012, de 23 de abril, se puede leer que se ha producido la “*práctica descausalización de la figura*”–, esté relacionada con la competitividad, productividad u organización empresarial. Una relación que, por supuesto, habrá que probar, ya sea ante los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, ya sea ante los órganos jurisdiccionales de impugnarse la medida empresarial³³.

En este último caso y hasta el momento –no existen demasiadas sentencias en esta materia tras la reforma de 2012, ya que la casi totalidad aplica el régimen legal precedente–, como recoge ROMÁN DE LA TORRE, los tribunales “*consideran acreditada la causa que alegó la empresa a poco esfuerzo que ésta haya realizado por demostrar la lógica entre aquella y la modificación y sin alcanzar mucho más sobre la contribución positiva de la modificación a la situación de la empresa o por qué afecta en concreto a las condiciones de determinados trabajadores*”³⁴. A lo que hay que sumar que los propios órganos jurisdiccionales, desde el punto de vista teleológico, tampoco

³² Como es de esperar, las posiciones doctrinales no son unánimes. Mientras que San Martín Mazzucconi afirma que las causas deben estar vinculadas “*al interés de la organización empresarial, lo que significa que se caracterizan por su objetividad, no respondiendo a la mera conveniencia particular del empresario*”, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 302; Llorente Rivas sostiene que basta la voluntad empresarial cuando ésta tenga como objetivo “*una mejor adecuación a los criterios de concurrencia al mercado*”, “*Las modificaciones sustanciales...*”, opus., cit., p. 275.

³³ En este último supuesto, Goerlich Peset entiende que “*la carga de la prueba empresarial... sin duda, se ciñe, en exclusiva, a las causas*”; ahora bien, este autor añade, aunque en referencia al despido colectivo, que “*la facultad empresarial de despedir debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe...*”, [en cuyo caso], *la carga de la prueba empresarial seguiría siendo la misma y se referiría en exclusiva a los hechos. Deberían ser los trabajadores quienes corrieran con la carga probatoria del ejercicio antisocial de las potestades empresariales, acreditando que sobrepasan manifiestamente su ejercicio normal, bien en términos cuantitativos bien por su uso desviado en cada supuesto en concreto*”, “*El Real Decreto-Ley 3/2012...*”, opus., cit., pp. 35 y 36.

³⁴ “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 30.

han sido más restrictivos³⁵; y así, por ejemplo, al Tribunal Supremo le ha bastado que la medida tuviese como finalidad “*la mejora incluso de lo que ya es bueno*” siendo “*indiferente que la empresa no hubiera actuado antes para corregir una situación mejorable, ya que su pasividad inicial no la inhabilita para el futuro*”³⁶. Llegando incluso a que estas medidas empresariales puedan ser adoptadas, siguiendo la tónica precedente a la reforma³⁷, con carácter preventivo; o sea, “*constituyan una actividad ordinaria de carácter claramente preventivo, que se basa en los análisis y previsiones empresariales que reiterativamente aconsejan la adopción de medidas reorganizativas del factor trabajo en la empresa, entre otros, para mantener así los niveles de competitividad exigidos para su permanencia en el mercado*”³⁸.

Estos posicionamientos jurisdiccionales hacen un flaco favor a la depuración de la decisión empresarial y, por hacerlo, ya se está confirmando la tendencia absolutamente flexibilizadora del art. 41 del ET existente con anterioridad al RDL 3/2012 y, por lógica, a la Ley 3/2012; y que ésta ha venido a llevar hasta sus últimas, y posibles, consecuencias legales –excluida, como es natural, la propia eliminación de las causas–.

En consecuencia, la amplitud de las causas y la falta de concreción de los fines pueden desembocar en una objetivación de la relación causa-efecto; esto es, que de la existencia de la causa se derive, automáticamente y sin objeciones, sus efectos.

Claro que evitar este desafortunado resultado exigiría un control de oportunidad, que no siempre ha sido llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales³⁹, pero sí, no debe pasar inadvertido, debería hacerse por los representantes legales de los trabajadores. Su exclusión de las modificaciones individuales y de la decisión final en el período de consultas, salvo acuerdo, en las colectivas puede conducir a que se adopte decisiones, cuya necesidad, podría

³⁵ En contra se expresa el Programa Nacional de Reformas de 2012 cuando, en relación con la movilidad geográfica, afirma que se han redefinido sus causas a fin de evitar “*interpretaciones judiciales excesivamente restrictivas sobre las facultades empresariales*”.

³⁶ San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 303; y, del mismo modo, Llorente Rivas, “*Las modificaciones sustanciales...*”, opus., cit., pp. 270 y 271. Por parte de nuestros tribunales y por todas, la Sentencia de la Audiencia Nacional 41/2012 –de 23 de abril–.

³⁷ De acuerdo con Cruz Villalón, “*en términos materiales lo que se hace es abandonar a todos los efectos la idea de que se está exigiendo una situación presente de deterioro empresarial, de modo que se concibe la flexibilidad interna como un instrumento preventivo y no meramente reactivo a una situación de declive de la empresa*”, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral...*”, opus., cit., p. 145.

³⁸ Llorente Rivas, “*Las modificaciones sustanciales...*”, opus., cit., p. 273.

³⁹ San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 304.

decirse, es más que cuestionable; sin que en muchas ocasiones puedan ser depuradas por los órganos jurisdiccionales. Siendo así, lo ideal es que los convenios colectivos adoptasen un mayor protagonismo en relación con este procedimiento; sin que, por ello, se anulase un cierto margen de maniobrabilidad empresarial. Lo más acertado hubiese sido el establecimiento de un sistema de cogestión, dirigido a gestionar responsablemente la flexibilidad interna en la empresa. Pero siendo realistas, cuesta trabajo aceptar que el empleador pacte condicionamientos a su proceder –más con el favorecedor régimen conseguido a lo largo de los años, y que ha culminado con esta reforma de 2012-, que anulen o relativicen su capacidad decisoria en esta expresión de la flexibilidad interna.

3.5. Cuantía salarial: una nueva incorporación al art. 41 del ET

Mayoritariamente se ha aceptado que la enumeración de las condiciones sustanciales del art. 41 del ET no es cerrada y exhaustiva, ya que lo importante es la propia sustancialidad. Por consiguiente, no resulta llamativo que el RDL 3/2012 incorporase, y así queda convalidado por la Ley 3/2012, la cuantía salarial al elenco legal⁴⁰. Esto es, la posibilidad de disminuir el salario, vía modificación de las condiciones sustanciales de trabajo. Quizás, con esta opción, aunque no sólo con ella, se esté eliminando, a juicio del Gobierno, la deficiencia que describe el Programa Nacional de Reformas de 2012 de que *“el sistema de negociación colectiva no ha favorecido la capacidad de las empresas para adaptarse a la coyuntura económica ni ha incentivado ajustes salariales que habrían, en otro caso, moderado la destrucción de empleo”*.

Pero independientemente de esta justificación, por otro lado difícil de entender, lo verdaderamente relevante es la incorporación de la cuantía salarial a las condiciones del art. 41 del ET. Partiendo de su significación, se va a realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, esta “rectificación” salarial ha sido, de alguna forma, tenida en cuenta por los interlocutores sociales como una manifestación de la flexibilidad interna. De hecho, en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se firmó *“que un porcentaje determinado de la cuantía salarial*

⁴⁰ Roqueta Buj, recogiendo a Vallejo Dacosta, escribe que esta incorporación no es tan novedosa, puesto que *“la modificación de las cuantías salariales establecidas en los contratos de trabajo o acuerdos o convenios colectivos no estatutarios, ya se aceptaba por nuestros tribunales”*, *“Flexibilidad...”*, opus., cit., p. 119. Un claro ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Nacional 41/2012 –de 23 de abril– (aunque es de fecha posterior a la reforma del RDL 3/2012, aplica la legislación precedente, en la que la cuantía salarial todavía no formaba parte del art. 41 del ET), en la que se lee que al no ser exhaustivo el elenco del art. 41 del ET es *“perfectamente... posible una modificación sustancial de la cuantía con la que se retribuye [en esta caso] el trabajo fuera de jornada”*.

se [hiciese] *depender de la situación y resultados de la empresa*". Por tanto, se apuesta por la variación salarial sujeta a factores empresariales pero, se supone, que dicha variación debe jugar en ambos sentidos, no sólo a la baja. Es más, este Acuerdo se limita a factores económicos y, como se ha visto, casi cualquier situación y circunstancia permite al empleador acogerse al art. 41 del ET –y no necesariamente una situación económica desfavorable-. Así pues, no cabe entender que la incorporación de la cuantía salarial al precepto estatutario responda a la voluntad de los firmantes del Acuerdo sino a una decisión de origen únicamente gubernamental⁴¹.

En segundo lugar, *"la sustancialidad refleja lo esencial y no accesorio, lo que es suficientemente significativo"*⁴²; de tal modo que la modificación de una condición sustancial *"altera o transforma aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando aquellos a ser otros de modo notorio"*, así *"lo relevante no es la materia objeto de modificación, sino si aquélla queda afectada de manera esencial o no"*⁴³.

Trasladando esta doctrina, recogida a vuela pluma, a la cuantía salarial no parece que pueda dudarse, de ninguna de las maneras, de su sustancialidad –tanto por su naturaleza no accesorio, al ser el núcleo duro de la relación laboral para el trabajador, como porque su modificación, no hay que olvidar que a la baja, altera su propia configuración-. Y, por todo ello, la actuación del empleador queda condicionada a las escasas exigencias estatutarias.

En tercer lugar, se ha dado, con esta incorporación, carta de naturaleza a una disminución salarial que, se supone, permite, por ejemplo, que la empresa alcance unos mayores niveles de competitividad. Así se ha materializado un temor manifestado por ALFONSO MELLADO, ya en 2010, de que el aumento de la competitividad se hiciese reduciendo *"nuestro coste salarial para rebajar el diferencial que tenemos con los nuevos Estados miembros de la Unión Europea...lo que se plantea es una reforma laboral en clave de regresión de los derechos laborales y de incremento del beneficio empresarial, es decir, se cuestiona el reparto de rentas en la sociedad"*, lo que genera injusticia social⁴⁴.

⁴¹ De hecho y aunque no se refieren en exclusiva a este punto, Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Valdés Dal-Ré afirman que el RDL 3/2012 *"no ha asumido, ni tan siquiera de manera parcial, su contenido [el del Acuerdo Interconfederal]; lo ha marginado, dándolo de lado"*, *"La nueva reforma laboral"*, Relaciones laborales nº 5, 2012, p. 4.

⁴² San Martín Mazzucconi, *"La modificación de condiciones de trabajo..."*, opus., cit., p. 300.

⁴³ Son palabras del Tribunal Supremo recogidas por Román de la Torre, *"Modificación sustancial ..."*, opus., cit., pp. 12 y 13. Esta doctrina judicial queda recogida en recientes sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 576/2012 –de 28 de febrero–.

⁴⁴ *"Las actuaciones..."*, opus., cit., p. 89.

Esta fundamental consecuencia hay que analizarla en el contexto estrictamente legal y socio-económico. En el primero, no hay que olvidar que, salvo que dicha cuantía venga contenida en un convenio estatutario, es el empleador, conforme al procedimiento del art. 41 del ET, sobre el que recae, en última instancia, la decisión. Por hacerlo, y para el caso de que con esta decisión se esté inaplicando la cuantía establecida en un acuerdo colectivo, se está admitiendo una especie de descuelgue atípico. O sea, el planteamiento es el mismo que para el supuesto del art. 82.3 del ET, pero sin que el empleador se vea sometido a los controles y, por supuesto, a la necesidad de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores.

Ello significa, en definitiva, que la bajada salarial es una cuestión empresarial, en la que al trabajador sólo le cabe, como se ha anticipado, aceptarla o rechazarla -esto es, lo que se ha calificado, en otro momento, como “novación por adhesión”-, lo que repercute, necesariamente, en su estatus personal. Por tanto, la inclusión de la cuantía salarial, en el marco del art. 41 del ET, supone, desgraciadamente, un claro retroceso en los derechos de los trabajadores, salvo que se quiera obviar que la misma condiciona sus vidas al obligarlos, en la casi totalidad de los casos, a rediseñar sus planteamientos vitales así como, normalmente, los de su unidad familiar.

Con esta realidad y la actual crisis, hay que aventurar, aún a riesgo de equivocarnos, que se va a producir un encadenamiento de bajadas salariales aceptadas por los trabajadores a cambio de mantener el empleo pues, de lo contrario, sus opciones son bastante más perjudiciales —o bien, la extinción indemnizada del contrato; o bien, la antesala de un despido; y cualquiera de estas dos últimas son más traumáticas para la vida personal y profesional del trabajador-. Por consiguiente, los trabajadores van a ser los que paguen, con la disminución de sus salarios, la crisis⁴⁵ o, con otras palabras, dicha disminución es el precio que les va a costar el mantenerse en activo. Incluso ello, de algún modo, podría aceptarse; sin embargo, esa misma realidad, de la que no nos podemos desvincular, permite pronosticar que este sacrificio será, en más ocasiones de las deseadas, inútil, ya que no evitará el posterior despido.

Pero las consecuencias van más allá de las puramente personales, ya que esta bajada salarial también repercute considerablemente en el conjunto del mercado de trabajo al favorecer su precarización y, al mismo tiempo, su segmentación. Esto último, puesto que los trabajadores incluidos en un convenio estatutario, gracias, al menos en teoría, a la necesidad de acuerdo, van

⁴⁵ En términos más generales, Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Valdés Dal-Ré escriben que “*la nueva reforma ha acentuado ese efecto trasladando riesgos de la evolución de la empresa a los trabajadores*”, “*La nueva reforma...*”, opus., cit., p. 8.

a estar más “protegidos” que los restantes, abarcando incluso a los que tengan mejoras contractuales. Por consiguiente, no se está favoreciendo esa versión de la flexiseguridad, según la cual no se trata de revisar “*los objetivos de flexibilidad sino sus consecuencias sociales*”⁴⁶.

4. ¿ALTERACIONES MENORES EN EL ART. 50.1.a) DEL ET?

A esta altura del trabajo, no es necesario insistir en que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo redundan, en la generalidad de las ocasiones, en perjuicio del trabajador y, por hacerlo, el legislador previó, desde la redacción originaria del ET, unas vías de reacción ante dichas decisiones del empleador. Tales vías son la reclamación judicial para el caso de que considere injustificada la medida, la extinción del contrato de trabajo cuando la medida redunde en su dignidad o no cumpla los requisitos del art. 41 del ET y, por último pero no en último lugar, la posibilidad de extinguir, con indemnización, el contrato.

De estas tres opciones, que interesan en cuanto que hayan sufrido alteraciones fruto de la reforma de 2012, hay que detenerse en la segunda, puesto que la primera no es más, en muchos casos, que el paso previo a cualquiera de las otras dos; mientras que la tercera no ha sufrido ninguna modificación.

Con respecto a la opción del art. 50.1.a) del ET, hay que comenzar indicando que, como mínimo, resulta sorprendente que se haya eliminado del art. 41 del ET la tradicional referencia, en relación con las opciones del trabajador, de que su reclamación se hará “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a)*” de la norma legal. No es necesario aclarar que pese a esta ausencia, el trabajador, siempre que se den las circunstancias, podrá acudir a la extinción del art. 50 del ET; ahora bien, cuestión distinta es dilucidar cuáles han podido ser las causas de esta supresión. Y pensarlo no es baladí, ya que puede, de algún modo, afectar al régimen de protección del trabajador.

A primera vista, cabe acudir al descuido o al olvido del legislador; sin embargo, la confirmación, en este punto, del RDL 3/2012 por la Ley 3/2012, impide admitir esta posibilidad. Por lo que la única opción imaginable pasa, necesariamente, por una argumentación, en la que la intencionalidad del legislador ha sido bastante más sibilina. Esto es, la omisión del art. 41 del ET podría generar una tendencia hacia, ahora sí, el olvido por el trabajador de la posibilidad del art. 50 del ET y, con ella, evitar la extinción con la indemnización del despido improcedente. O con otras palabras, romper la lectura sistemática y de

⁴⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “*Flexiseguridad: el debate europeo en curso*”, en “*Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*”, Madrid, 2007, p. 7.

conjunto de este instituto jurídico de modo que parezca, aunque sólo sea formalmente, que el trabajador no tiene atribuida esa extinción indemnizada por un previo, grave, contractual y culpable incumplimiento empresarial.

Dicho lo cual, hay que continuar afirmando que, a pesar de los términos empleados en el párrafo precedente, el art. 50 del ET no está concediendo una auténtica opción al trabajador –de serlo, se estaría admitiendo, como posible, decisiones empresariales que vulneran derechos laborales; alguno de los cuales son fundamentales–; en puridad, este precepto legal está arbitrando la instrumentación jurídica necesaria para que el trabajador, simplemente y con todo, pueda reaccionar ante un uso pervertido, por el empleador, de la posibilidad de acometer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo consistentes en que la medida redunde en su dignidad⁴⁷. No se va a entrar en este perjuicio, llamado por algunos autores cualificado, de la decisión empresarial sobre el que existe una extensa bibliografía sino en el dato, que puede pasar inadvertido, de que se ha suprimido, con la reforma de 2012, la formación del trabajador como esfera de imputación del perjuicio empresarial.

Ello, cuando menos, resulta chocante en una lectura contextualizada de la reforma –enfaticada por las palabras del Programa Nacional de Reformas de 2012–, puesto que ésta propugna un fortalecimiento de la formación del trabajador de cara a favorecer su empleabilidad. Por consiguiente, es sorprendente que, en relación con decisiones empresariales que pueden perjudicar la formación del trabajador, no se contemple esta causa de extinción. Excluido, de nuevo y por los mismos motivos, el olvido, hay que aceptar que esta eliminación debe tener algún tipo de voluntariedad.

En un primer momento, cabe pensar que podría ser coherente con la idea expresada por algunos autores de que dignidad y formación⁴⁸ del trabajador se presentan, con cierta habitualidad, como dos caras de una misma moneda; de tal modo que la vulneración de la segunda conlleva, en la mayoría de los casos, la de la primera⁴⁹. Pese a que esta conexión es una realidad; ello no es óbice

⁴⁷ La dignidad es un derecho de titularidad individual, que está muy comprometido por las circunstancias y condiciones de cada persona. Partiendo de esta premisa, la doctrina judicial ha indicado que “*la dignidad del trabajador equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, se provoque un menoscabo en este precepto... [que cree] en los demás una impresión de caída, en desgracia, combinada en el hecho de la degradación efectiva [puesto que todo trabajador] tiene derecho a mantenerse en su puesto de trabajo con la honorabilidad que es debida a toda persona humana y especialmente a quien trabaja*”, a lo que hay que añadir que se trata de un atentado que debe desencadenar sus efectos en el ámbito del contrato de trabajo –tanto es así que se ha acuñado “*la expresión dignidad profesional*”–, Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador...*”, opus., cit., pp. 435 y 439.

⁴⁸ Para una delimitación de estos conceptos, Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador...*”, opus., cit., pp. 432 y ss.

⁴⁹ Así lo entiende Román de la Torre, “*Modificación sustancial...*”, opus., cit., p. 260.

para que en determinados supuestos el perjuicio sobre estas dos esferas del trabajador sea independiente y, por serlo, no tenga sentido, bajo este argumento, esta supresión de la formación del trabajador.

Eliminada esta interpretación, la única posible es la literal. De acuerdo con ésta, se ha excluido la formación profesional a efectos, exclusivamente, de reducir las posibilidades del trabajador de ampararse en esta causa de extinción contractual⁵⁰ que, de probarse, conlleva la indemnización del despido improcedente que, aún con la rebaja sufrida con el RDL 3/2012, sigue siendo muy superior a la que le correspondería de extinguir el contrato, por cualquier causa personal, como consecuencia de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Pero yendo más allá. Si al trabajador no le cabe la vía legal del art. 50.1.a) del ET; de acuerdo con la posición de los órganos jurisdiccionales, tampoco le cabría la extinción indemnizada del art. 41 de la norma estatutaria. Según nuestros tribunales, la formación profesional no puede considerarse incluida en el ámbito del perjuicio personal, que ampara y protege la indemnización del art. 41 del ET. Esto es, no se trata de un perjuicio evaluable conforme a la relación costes-beneficios del trabajador, sino que afecta directamente a su desarrollo profesional⁵¹, al ver cercenadas sus posibilidades y aspiraciones profesionales como consecuencia de una decisión empresarial que, aunque adoptada en el marco del precepto estatutario, repercute negativamente, y no como mera opción, en el trabajador. O sea, que no puede quedar, o al menos debería ser así, violentada por criterios de organización empresarial o, si se prefiere, de flexibilidad interna. Siendo así, la reforma de 2012 obliga a los órganos jurisdiccionales a modificar, de manera totalmente injustificada, su postura o a generar una nueva argumentación que permita, siempre y en todo caso, subsumir el atentado a la formación profesional en la esfera de la dignidad del trabajador.

Pero las novedades del art. 50.1.a) del ET no finalizan con esta importante elusión de la formación profesional, ya que también se ha incluido, como causa para que el trabajador solicite la extinción del contrato, que no se cumplan las exigencias del art. 41 del ET.

⁵⁰ Al tiempo, como afirma Goerlich Peset, que esta desaparición excluye “*el caso más frecuente de modificación sustancial de efectos resolutorios –la vinculada a la extralimitación de la movilidad funcional–*”, “*El Real Decreto-Ley 3/2012...*”, opus., cit., p. 38.

⁵¹ Por daño a la formación profesional, hay que entender “*la obstaculización del ejercicio del derecho establecido con carácter general en el art. 4.2.b) ET, concretado por el art. 23 ET en la obtención de formación fuera de la empresa*”; partiendo de aquí, la doctrina judicial incorpora a este derecho “*la promoción dentro de la empresa*” pero, a continuación, se limita en el sentido de que sólo se considera perjuicio “*específico el que guarda proporción, por su gravedad, con la reacción extintiva a que dará lugar, no siendo suficiente la mera contrariedad en el proyecto profesional*”, San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., pp. 322 y 323.

Como se aceptaba por los órganos jurisdiccionales antes de la modificación, el incumplimiento empresarial del art. 41 del ET “denota una conducta prepotente que afecta gravemente a la dignidad de los trabajadores al desconocer por vía de hecho sus más elementales derechos”⁵².

Como es natural, la amplitud del tenor de este precepto hace entender que cualquier incumplimiento permite acudir al art. 50.1.a); sin embargo, la doctrina judicial, cuando formaba, aunque con matizaciones, parte del párrafo tercero de este artículo, había concretado y constreñido esta opción a la inobservancia del correspondiente procedimiento; y muy particularmente el incumplimiento del período de consultas en las modificaciones sustanciales de naturaleza colectiva⁵³. Es más, esta incorporación no va a afectar, en demasía, al desarrollo y puesta en marcha de las correspondientes modificaciones sustanciales, puesto que el procedimiento, tanto para las individuales como para las colectivas –no contenidas en un convenio estatutario– está bastante mermado de requisitos. En consecuencia, la facilidad legal para el empresario a la hora de adoptar estas medidas hace que, en términos cuantitativos, sean escasas las ocasiones, en la que el trabajador podrá acudir a este incumplimiento del art. 50.1.a) del ET.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

5.1. Eliminación del control por parte de la autoridad laboral

Para el caso de la movilidad geográfica se ha suprimido, en esa línea de restringir al máximo el papel de la autoridad laboral, la posibilidad concedida por el art. 40 del ET de que ésta pudiera ampliar y paralizar la medida tras su adopción unilateral por el empleador –ante la falta de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores–. No hay que olvidar que esta decisión de la autoridad laboral estaba justificada por “*las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifi[casen]*”.

⁵² Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1987 (5672) y de 13 de junio de 1988 (5279) aunque, en estas fechas, se reconducían al art. 50.1.c) del ET.

⁵³ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 595/2012 –de 28 de febrero–, “*lo que no se puede es omitir el procedimiento para la adopción de esa modificación logrando acuerdos individuales con los trabajadores... negociándose de modo individual con los trabajadores afectados, lo que no es admisible con independencia de la mayor, menor o total conformidad que éstos tengan ante esa modificación*”, puesto que en tal caso, continúa este órgano, transcribiendo palabras del Tribunal Constitucional, no se puede aceptar, pues sería “*modificaciones unilaterales o acordadas individualmente que por su trascendencia, importancia y significado, supusiesen la introducción unilateral de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo, soslayando y evitando la intervención de los representantes sindicales... vaciando sustancialmente de contenido efectivo al convenio colectivo de trabajo*”.

Una vez más, la flexibilidad y la pronta ejecutividad de la medida pueden ser las causas de esta supresión, por lo que se concede primacía a ella sobre cualquier otro de sus aspectos colaterales. Esto es, en más de una ocasión, a pesar de la legalidad en sentido amplio de la medida, puede darse la circunstancia de que ésta genere importantes perjuicios para los trabajadores en particular, y para el ámbito de relaciones laborales en general. En tales ocasiones, no estaba de más algún tipo de control por parte de la autoridad laboral, que actuase a modo de filtro; máxime, en momentos como el actual, en el que la permeabilidad del mercado de trabajo a los cambios empresariales se traduce, en la generalidad de los casos, en destrucción de empleo.

5.2. Los criterios de preferencia de permanencia en la empresa ante supuestos de movilidad geográfica

El art. 40 del ET ha incorporado una apostilla final en la histórica prioridad de permanencia en la empresa. De acuerdo con ésta, junto a los representantes legales de los trabajadores, se incorporan otros colectivos “*tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad*”⁵⁴. No está de más aclarar que el fundamento de esta preferencia difiere del clásico de los representantes de los trabajadores. Mientras que en este último supuesto, lo que el legislador busca es evitar decisiones empresariales que tengan como objetivo perjudicar –sancionar indirectamente– al representante por el desempeño de las funciones que le son propias; en los nuevos criterios de preferencia, lo que se busca es evitar, por diferentes motivos, el traslado de aquellos colectivos, a los que les puede resultar más gravosa la correspondiente movilidad geográfica.

Este añadido comporta dos relativas novedades. Por un lado, que el legislador lo único que ha hecho es dar carta de naturaleza a una opción, que ya formaba parte, aunque también es cierto que no de manera extendida, de la *praxis* convencional. Y por otro lado, que la norma contempla una enumeración abierta –por pura lógica, condicionada por la realidad de la empresa–, que exige de una concreción, cuya sede natural es el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa. En caso contrario, es decir, cuando los criterios de preferencia no sean fruto de ninguno de estos dos productos de la negociación

⁵⁴ Esto ha obligado a que se modifique el art. 138 de la LJS; de tal modo que en el caso de que el trabajador impugnase la decisión empresarial como consecuencia de la aplicación de los criterios de preferencia, también deberán ser demandados los sujetos beneficiados por la medida –así como los representantes de los trabajadores cuando la misma haya contado con su acuerdo–, en un claro supuesto de *litis* consorcio pasivo necesario. Ello, de algún modo, ya estaba aceptado para el caso de que las preferencias estuviesen contenidas en convenio colectivo como recoge San Martín Mazzucconi, “*la modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., pp. 313 y 314.

colectiva, hay que cuestionarse si la decisión recae, en exclusiva, en el empleador. Siguiendo la tónica de la reforma, la respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Así, el empleador decidirá los criterios de preferencia, siempre y cuando no sean de naturaleza discriminatoria, y, probablemente, orientados, pero nada más que eso, por el tenor legal.

Abundando algo más, hay que cuestionarse la posibilidad de que por convenio colectivo –no así por acuerdo de empresa al haber intervenido directamente el empleador afectado o, sencillamente, cuando la medida sea adoptada en solitario por éste– se establezca unos criterios de preferencia, que choquen con la organización empresarial; en tales casos, qué sucede. Dicho de otro modo, la movilidad geográfica perfectamente puede estar fundamentada en razones organizativas, siendo estas mismas razones las que aconsejen que el traslado deba ser del trabajador que, conforme al convenio colectivo, tiene preferencia de permanencia en la empresa. Hay que preguntarse si este último podría hacer valer su derecho con el consecuente perjuicio para la empresa. En principio, la respuesta tiene que ser, otra vez, afirmativa; sin embargo, la importancia, cada vez mayor, del interés empresarial –en el que están insertos estos criterios organizativos– unido al reforzamiento y ampliación de los poderes empresariales puede, en un futuro cercano, cambiar el sentido de la respuesta.

5.3. Las nuevas incorporaciones nacidas de la ley 3/2012: discapacitados y víctimas del terrorismo

Entre los colectivos, que requieren de una especial atención, el legislador ha apostado por los discapacitados y por las víctimas del terrorismo. Por lo que aquí interesa, se ha modificado el art. 40 del ET al tiempo que se ha incorporado un nuevo párrafo con la finalidad de dar cabida a sendos colectivos. Esto es, se ha incluido en el art. 40.3.bis), junto a las víctimas de la violencia de género⁵⁵, a las del terrorismo; mientras que se ha añadido un nuevo párrafo al apartado 3, el actual *ter*, en virtud del cual se concede el derecho preferente al traslado a las personas discapacitadas sometidas a un tratamiento de rehabilitación. Ahora bien, los términos del ejercicio de este derecho son equiparados para los tres colectivos; y sobre los mismos, la Ley 3/2012 no ha acometido ningún tipo de reforma. Así pues, hay que centrarse, fundamentalmente, en la consideración de víctima del terrorismo, de un lado, y, en la configuración del derecho para las personas discapacitadas, de otro.

⁵⁵ La actual referencia a las víctimas de la violencia de género en este precepto estatutario no puede entenderse, pese a su tenor, como neutra pues, como precisan Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, su procedencia de la Ley Orgánica 1/2004 “*obliga a seguir identificando esos trabajadores con las mujeres víctimas de esa execrable violencia*”, “*Las reformas de la reforma...*”, opus., cit., p. 19.

Con respecto a las víctimas del terrorismo, la Ley 3/2012 ha redimensionado el concepto, lo que ha obligado a modificar varios artículos de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁵⁶. A partir de ahora y a efectos laborales, víctimas del terrorismo son “*las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad*”⁵⁷ durante al menos dos años anteriores y los hijos, tanto de los heridos como de los fallecidos, previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme” –art. 33 de la Ley- y, a la par, las “*personas que acrediten sufrir situaciones de amenazas y coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas*” –art. 5 de la Ley-.

Exactamente, el art. 33, tras su modificación, concede a las víctimas del terrorismo el derecho, junto al de reordenación del tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica –en puridad no se trata de un derecho al traslado sino, simplemente y con todo, de un derecho preferente a dicho traslado-. De ahí la citada incorporación de este colectivo al art. 40.3.bis del ET. No es necesario detenerse, ni un instante, en las razones justificativas de esta medida. Basta con decir que el hecho de ser sujeto pasivo, directa o indirectamente, de la violencia terrorista en cualquiera de sus grados y formas se convierte en argumento, más que suficiente, para que el trabajador-víctima pueda solicitar el traslado.

Como se ha adelantado, el régimen jurídico de este derecho preferente al traslado no se ha visto alterado, en un punto, que puede pasar fácilmente inadvertido pero cuyas consecuencias son inocuas. Este no es otro que la referencia a que el traslado se llevará a cabo siempre que exista una vacante “*del mismo grupo profesional o categoría equivalente*”. Como es sabido por todos, la modificación operada en el sistema de clasificación profesional ha supuesto la desaparición de las categorías profesionales y, por lo tanto, ello no es más que una rémora del pasado, de la que el legislador no ha sido consciente, posiblemente fruto de la propia inercia.

Con respecto a los discapacitados, en dos ocasiones se refiere a los mismos el actual art. 40 del ET. En un caso, la ya estudiada preferencia de permanencia; y en otro, el indicado art. 40.3.ter del ET fruto de la Ley 3/2012.

En este último supuesto, se instituye un derecho preferente de la persona discapacitada a ser trasladada en las mismas condiciones, que las trabajadoras víctimas de la violencia de género y que los trabajadores víctimas del terro-

⁵⁶ BOE de 23 de septiembre de 2011.

⁵⁷ Un derecho que ya estaba disciplinado en la Ley 29/2011 –art. 35- para los “*cónyuges o personas vinculadas por análoga relación de afectividad*” de los empleados públicos; siempre y cuando hubiese una vacante, para estos últimos, en la misma localidad.

rismo. Por lo que existe una remisión en cuanto al ejercicio de este derecho; y no, como es natural, en relación con los requisitos necesarios para que el discapacitado lo haga valer, y que son los siguientes.

En primer lugar, que el trabajador discapacitado debe acreditar “*la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento*”. Ello se convierte, al menos en teoría, en el presupuesto básico para proceder al correspondiente traslado. Es el discapacitado sobre el que recae la obligación de constatar –y casi demostrar– dicha necesidad cuando, en principio, debería bastar la declaración del órgano sanitario. Pero en la medida en que no es especialmente costosa la demostración, no debe entenderse como un obstáculo arbitrario al ejercicio de este derecho. No obstante, el problema se suscita cuando es el discapacitado el que opta, por los motivos que sean, por un centro ubicado en una localidad distinta a la del centro de trabajo. Probablemente, es el único supuesto, en el que la acreditación, por el discapacitado, tendría que ir más allá de la mera prescripción médica pero, no por ello, debería denegársele el derecho, puesto que sería obstaculizarle la posibilidad de rehabilitación o, si se prefiere, de mejoría en su condición personal. Quizá no resulte forzado entender que la expresión del art. 40.3.ter del ET cuando afirma que se debe tratar de “*una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento*”, no está, por pura lógica, referida sólo a impedimentos físicos sino también personales. Es decir, que para el discapacitado el tratamiento sea más asequible por comodidad, por economía, por confianza en el equipo sanitario, etcétera.

En segundo lugar, que debe consistir en un tratamiento “*de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad*”. Dos puntualizaciones hay que realizar. Por un lado, hay que cuestionarse, por así decirlo, la naturaleza del tratamiento. O sea, si debe ser prescrito, necesariamente, por los órganos públicos del sistema de salud o, si por el contrario, puede serlo por cualquier facultativo médico. Partiendo de la lógica distinción entre el reconocimiento de la discapacidad –que estaría sujeto al pertinente procedimiento– y el tratamiento; este último podría provenir de cualquier instancia médica, ya que, en muchas ocasiones, es fruto de la decisión del discapacitado por mejorar en su estado. No es descabellado pensar que hay casos, en los que su empeño excede la diligencia médica pública, así como hay tratamientos, que no siempre son ofrecidos por el sistema público de salud, que cada vez está viendo más recortadas las opciones de asegurar el derecho constitucional de protección a la salud, que es el fundamento del art. 40.3.ter del ET. Por tanto y en coherencia con el grandilocuente –porque no siempre se garantiza desde las instancias públicas– argumento utilizado por la norma legal, hay que aceptar que la persona discapacitada, cualquiera que sea el origen y características del tratamiento, debe asegurársele el ejercicio de este derecho. Bastando, a estos efectos, con la simple posibilidad de que el mismo mejore su condición o, al menos, le permita desarrollar su vida con mayor dignidad.

No debe perderse de vista, y sería la segunda observación, que el tenor del precepto indica que el tratamiento debe ser de rehabilitación. Acudiendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, la rehabilitación supone el “conjunto de métodos que tiene por finalidad la recuperación de una actividad o función perdida o disminuida por traumatismo o enfermedad”; es más, el art. 40.3.ter del ET añade rehabilitación física o psicológica, con lo cual se está ampliando, de manera considerable, las opciones de rehabilitación. Ahora bien, la empresa podría ampararse, siguiendo el concepto, en que cuando el tratamiento no conlleve una recuperación de la actividad o de la función –y, en muchos supuestos, no será posible por el grado de discapacidad, por las condiciones propias de la persona e, incluso, por el fracaso del tratamiento- no tiene por qué conceder el derecho al traslado. Ni que decir tiene que este entorpecimiento al ejercicio del derecho, además de mermar las posibilidades de normalización del discapacitado en el entorno social y laboral, resultaría totalmente contradictorio con el fundamento, ya señalado, del art. 40.3.ter del ET.

En tercer lugar, que el puesto vacante sea del mismo grupo profesional que el que ocupa el discapacitado en el centro de origen. Se debe considerar una exigencia lógica. En la medida en que la reforma ha instituido el sistema de grupos profesionales, la adscripción del trabajador a un grupo va a permitir una mayor movilidad funcional que, en este caso y paradójicamente, puede beneficiar a la persona discapacitada, al haber más oportunidades para el correspondiente traslado.

En suma, el art. 40.3.ter del ET presenta importantes deficiencias nacidas de la limitación del supuesto de hecho, de la oscuridad de determinadas exigencias y de la naturaleza preferente del derecho, que unidas a la realidad de las personas discapacitadas en el mercado de trabajo –no está de más recordar sus altas tasas de desempleo fruto, en gran medida, del incumplimiento de la cuota de reserva, incluso por las propias administraciones públicas-, permite afirmar que este precepto puede que se convierta en una mera declaración de intenciones o, siguiendo un símil, en una mera labor cosmética.

6. FLEXISEGURIDAD Y REFORMA DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

Tras el análisis del nuevo régimen jurídico, nacido de la reforma de 2012, de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de la movilidad geográfica, se va a proceder a estudiar si éste responde a la exigencia que, conforme a la propia normativa, debe presidir la reforma que no es otra, que la conocida flexiseguridad. Y que no por conocida, está exenta de discrepancias y debates muy condicionados por posturas de muy distinto sesgo e intencionalidad.

En una ligera aproximación a la idea de flexiseguridad, hay que partir de que son muchos los documentos, a todos los niveles, referidos a ella pero, principalmente, destacan los de ámbito comunitario y, entre ellos, dos. En primer lugar, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*⁵⁸. Aunque desarrolla el tema, lo cierto es que su concepción de flexiseguridad puede calificarse, como mínimo, de ridícula, ya que simplemente la define “*como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral*”; o sea, que es casi como no decir nada⁵⁹. Y en segundo lugar, por su proximidad temporal y conexión con el tema del empleo, las Orientaciones para el empleo (2010-2014)⁶⁰. En éstas, se recomienda a los Estados miembros la integración “*en sus políticas de mercado laboral de los principios de flexibilidad y seguridad laboral*” a fin de “*aumentar la participación en el mercado laboral y a luchar contra la segmentación, la inactividad y las desigualdades entre sexos, reduciendo a la vez el estructural*” –Orientación nº 7-; pero no se especifica los términos de dicha integración.

En consecuencia, en estas orientaciones, y en particular en la trascrita, no está presente, lo que no significa que no pudiera ser una expresión de la misma, la necesidad, en términos tan amplios como se ha hecho con la reforma española, de adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos y necesidades de la empresa. Quizás, la razón de ello se encuentre en la idea de flexiseguridad, de la que parte la Unión Europea. En virtud de ésta, la seguridad, como elemento integrante del binomio flexibilidad-seguridad, está referida al mercado de trabajo⁶¹, y no al puesto de trabajo⁶², que es la que interesa e importa en el contexto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

⁵⁸ Véase nota nº 1.

⁵⁹ Es más, como sostiene Ojeda Avilés, “*sin duda el entusiasmo de la Comisión Europea sobre las posibilidades de la flexiseguridad ha rayado con los límites de lo ingenuo*”, “*La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, Madrid, 2010, p. 574.

⁶⁰ Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2010/707/UE) -DOUE de 24 de noviembre de 2010-.

⁶¹ O sea, “*la idea común es reducir el “daño” producido por la pérdida del empleo cuando ésta deviene inevitable, y centrarse en facilitar la vuelta pronta al trabajo, mediante políticas activas y prestaciones generosas de desempleo, pero que no desanimen la vuelta al trabajo*”, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “*Flexiseguridad: el debate europeo...*”, opus., cit., p. 11. Resulta curioso que la Comisión Europea afirme, al referirse a esta idea, que “*los ciudadanos necesitan cada vez más la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo, ya que cada vez son menos los que conservan el mismo puesto de trabajo de por vida*”, “*Hacia los principios comunes de la flexiseguridad...*”. Aunque esta realidad es cierta no debe anular, de ninguna de las maneras, la seguridad en el puesto de trabajo que, aún hoy y hoy más, requiere de unos férreos mecanismos de protección.

Ahora bien, este posicionamiento comunitario puede conducir, acogiendo las palabras, en absoluto voluntaristas, de LOI, a que “*la pretensión de “proteger a los trabajadores en el mercado y no en la relación de trabajo” se mostraría únicamente como un eslogan que –en ausencia de una serie de intervenciones importantes en el sistema de asistencia económica en caso de desempleo involuntario, un sistema efectivo de formación profesional y una red eficiente de servicios para el empleo- se convertiría en un caballo de Troya para destruir los sistemas que articulan la seguridad, incluyendo la relativa al puesto de trabajo, sin contrapartida alguna*”⁶³; esto es, puede desencadenar unas consecuencias muy peligrosas al desatenderse esa otra necesaria esfera de la protección, que es la del puesto de trabajo.

Rechazada, desde estas páginas, la limitación y simplificación de la seguridad en el mercado y extendiéndola, *a sensu contrario*, al puesto de trabajo, el problema no acaba. Todo lo contrario. Se hace sumamente complejo, y de ahí los debates, lograr el equilibrio reclamado por la flexiseguridad. Con otras palabras, el objetivo debe ser nivelar las dosis de flexibilidad empresarial y de seguridad de los trabajadores –también, se reitera, en el puesto de trabajo-. Esta pretensión, *a priori* y en teoría, asequible se encuentra con un enorme handicap a vencer: los posicionamientos ideológicos, que han deambulado, como es natural, en un doble sentido, dando lugar a lo que se ha llamado flexiseguridad neoliberal y flexiseguridad garantista⁶⁴. Cada una de las cuales, ni que decir tiene, se inclina hacia uno de los dos elementos compositivos de la flexiseguridad.

Aun aceptando estas reglas del juego, se quiere hacer un paréntesis, quizás atrevido, consistente en que esta dicotomía lo único que pone de manifiesto, y basta a estos efectos con remitirse a los hechos y a las medidas existentes hasta el momento, es que la flexiseguridad es una falacia edificada sobre débiles cimientos en cuanto que sus materiales son posicionamientos y tendencias político-ideológicas. Si a ello se suma que, desgraciadamente, la batalla entre flexibilidad y seguridad siempre tiene vencedores y vencidos, parece casi imposible lograr la flexibilidad empresarial sin que existan recortes en los derechos de los trabajadores o, en caso contrario, que esa seguridad impida al empleador aportar su necesario grado de flexibilidad en la gestión de su organización.

⁶² De hecho, entre los ejes de actuación contenidos en la mencionada Comunicación de la Comisión no hay referencia alguna a esta seguridad en el puesto de trabajo.

⁶³ “*La función del riesgo en el paso de la seguridad a la flexiseguridad*”, en “*Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*”, Madrid, 2007, p. 87.

⁶⁴ Sobre estos términos, MORENO VIDA, “*La flexiseguridad en la ordenación de las políticas de empleo*”, en “*Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*”, Valencia, 2010, p. 573.

Hecho este paréntesis, por otro lado clave, hay que continuar, como se ha anticipado, con las reglas del juego –curiosamente aceptadas mayoritariamente con total naturalidad⁶⁵–; siendo éstas, las que van a servir inexorablemente de barómetro a la reciente reforma española, que parte, según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de que con ella se “*trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social*”.

No debe pasar desapercibido que el Gobierno ha utilizado, con sumo cuidado, las palabras referidas a la seguridad de los trabajadores; de tal modo que ha reconducido el concepto –o, si se prefiere, ha desviado la atención del lector– al ya señalado de seguridad en el empleo o, si se quiere, en el mercado de trabajo, obviando cualquier referencia a la seguridad en el puesto de trabajo. Dos consideraciones merecen esta intencionada reconducción.

Por un lado, que España, a diferencia del país de referencia en esta dirección que es Dinamarca, no posee, hoy por hoy, una estructura formativa y de prestaciones sociales que, ni de manera mínima, garantice esta seguridad en el mercado de trabajo y, por no tenerla, la voluntad de la norma es una entelequia. Pero, aún teniéndola, no se debe caer en el engaño, que genera la idea de seguridad en el mercado de trabajo. Y ello porque la relación entre empleabilidad –nacida de un aprendizaje a lo largo de la vida– y empleo no es tan automática como se quiere hacer ver. La actual crisis corrobora esta afirmación, ya que ha puesto de manifiesto, de manera palmaria, la absoluta vinculación del empleo a las circunstancias económicas. Tanto es así que trabajadores, correctamente cualificados y competentes, están acusando, de manera significativa, el desempleo. Por lo que conducir la seguridad únicamente hacia su manifestación de seguridad en el mercado de trabajo es muestra, sencillamente del liberalismo imperante en nuestro país en la actualidad, puesto que se traduce en la negación a los trabajadores de toda seguridad, al no poder garantizárseles un empleo, ni presente ni futuro, ni una formación adecuada e idónea⁶⁶, ni unas prestaciones sociales garantizadoras de unos mínimos durante todo el período de transición –como lo pone de manifiesto las últimas decisiones, contenidas en el RDL 20/2012⁶⁷, que vienen a mermar la capacidad adquisitiva de las personas desempleadas beneficiarias de la prestación por desempleo–.

⁶⁵ Lo que no significa que no haya, como indica Ojeda Avilés, posiciones doctrinales en contra como la de los profesores Rodríguez-Piñero o, fuera de nuestras fronteras, Romagnoli, “*La deconstrucción...*”, opus., cit., p. 583.

⁶⁶ El Programa Nacional de Reformas de 2012, cuando alude a las políticas activas de empleo, afirma que su revisión “*se efectuará progresivamente, en un contexto de restricción presupuestaria, lo que incrementa las exigencias de eficiencia de estas políticas*”. Ello va a redundar, inevitablemente, en la calidad y la cantidad de la oferta formativa.

⁶⁷ RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio).

Y por otro lado, que la ausencia de alusiones, en la reforma, a la seguridad en el puesto de trabajo deja abierta la puerta a diferentes y muy variadas intervenciones, no necesariamente supeditadas a garantizar la protección del trabajador en su puesto de trabajo. De hecho, así ha sido, por lo que hay que aceptar las palabras de GOERLICH PESET de que *“la flexiseguridad ‘a la española’ resulta tener poco de seguridad y mucho de flexibilidad”*⁶⁸. Ello es lo que ha permitido el amplísimo margen de maniobrabilidad empresarial en las instituciones, que se están estudiando. Basta, a estos efectos, con recordar la desaparición del componente teleológico de la medida, la inclusión de la cuantía salarial o el acortamiento del plazo de notificación. Por tanto, el empleador ha consolidado una posición totalmente hegemónica y protagonista en el ámbito de la flexibilidad interna⁶⁹.

Este posicionamiento gubernamental no es incoherente con la intencionalidad mostrada por la reforma de 2012; de ahí que la primacía del interés empresarial ha condicionado, como se ha visto, la actual regulación. Eso sí, una primacía que tiene como deriva, a juicio de los artífices de la reforma, el mantenimiento del puesto por el trabajador⁷⁰. Dicho de otro modo, el espíritu de la norma es que salvaguardando el interés empresarial, se conseguirá el de los trabajadores, lo que no se puede ocultar que recuerda a planteamientos de antaño. Quizás, desde esta visión, hay que leer la Ley 3/2012 cuando afirma que la reforma tiene, entre sus objetivos, *“la estabilidad en el empleo”*. La cual debería entenderse en concordancia con el fin último de toda moderna política de empleo; esto es, la calidad en el empleo. De modo que así se diera cumplimiento a la propuesta comunitaria, contenida en la Orientación nº 7, de que los Estados miembros deberán abordar *“la cuestión de la calidad de los puestos trabajo y de las condiciones de empleo”* –lo que, afortunadamente, se aleja de la idea de seguridad en el mercado-. Siendo así, hay que cuestionarse si la actual regulación de los artículos 40 y 41 del ET permite al trabajador permanecer –haciendo dogma de fe de que así ocurrirá- en su puesto de trabajo en condiciones de calidad.

⁶⁸ “El Real Decreto-Ley 3/2012...”, opus., cit., p. 17.

⁶⁹ De hecho, como reconoce Cruz Villalón, *“la flexibilidad interna se concibe exclusivamente como un vehículo para reforzar sus facultades directivas en la empresa, reclamando en ese orden el incremento de sus facultades discrecionales y unilaterales de gestión en el ámbito de la empresa”*, “La flexibilidad interna en la reforma laboral...”, opus., cit., p. 127.

⁷⁰ Desde esta configuración, como defienden Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *“el trabajo se desprende de su valor propio y es tratado como un factor de la producción y de la economía, partiendo de la premisa de que la eliminación de rigideces laborales favorece a la producción y a la economía y que, por ello, permitirá crear empleo”*, “Las reformas de la reforma...”, opus., cit., p. 2. De igual modo, estos autores más Valdés Dal-Ré en *“La nueva reforma...”*, opus., cit., p. 3.

Como mínimo hay que dudar la respuesta pues siendo realistas, con lo visto en estas páginas, no puede negarse que la calidad del puesto de trabajo no es más que un planteamiento teórico y, por tanto, con demasiada frecuencia, irrealizable. Así las cosas, hay que confiar en el otro polo sobre el que se construye los nuevos artículos 40 y 41 del ET, es decir, la simple permanencia del trabajador en su puesto de trabajo. Dicho de otro modo, que la flexibilidad interna juegue, pese a todo, como mecanismo neutralizador de la destrucción de empleo; de tal forma que sirva para ajustar nuestras desastrosas tasas de empleo y de desempleo. En esta dirección parece moverse el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva cuando indica, aunque sólo se refiere al tiempo de trabajo y a la movilidad funcional, que este tipo de flexibilidad puede desincentivar *“el uso de la extinción de la relación laboral como instrumento para la adecuación de la capacidad productiva al ciclo”*.

Ahora bien, dicho fortalecimiento de la flexibilidad interna, como alternativa a la destrucción de empleo, no puede ir acompañado, de ninguna de las maneras, de un aligeramiento y facilitación de la flexibilidad en la salida -y ello, curiosamente, es lo que ha hecho la reforma de 2012⁷¹- pues, de ser así, la tendencia natural del empleador es decantarse por esta última. Así, la flexibilidad interna se convierte en un objetivo *“utópico cuando el empleador tiene vías mucho más fáciles de ajuste mediante la reducción directa de la plantilla”*⁷².

Si a todo ello se une el retroceso de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores nacido de esta reforma en general, y de estos preceptos en particular, hay que concluir que el equilibrio entre flexibilidad y seguridad se inclina a favor de la primera o, si se prefiere, del empleador, por lo que, como a finales del siglo XIX, se requiere de un fortalecimiento de los elementos esenciales del Derecho del Trabajo, que venga a nivelar el consustancial conflicto patológico de intereses; y no existe, a estos efectos, más fórmula que la pactación colectiva. De ahí que lo deseable hubiese sido que la flexibilidad interna hubiese tenido como soporte jurídico, siempre y en todo caso, cualquiera de los productos propios de la negociación colectiva⁷³.

De este modo, además, se hubiera dado cumplimiento a la Orientación comunitaria n° 7 cuando establece que *“debe prestarse también la adecuada atención, juntamente con los interlocutores sociales, a la flexibilidad interna*

⁷¹ Así queda puesto de manifiesto en el Programa Nacional de Reformas de 2012 cuando se lee que *“la reforma laboral debe ser interpretada como una medida integral, de forma que el análisis de cada medida debe ser realizado con relación al resto de medidas adoptadas para evitar sacar conclusiones erróneas, dado que unas y otras medidas interactúan entre sí”*.

⁷² Alfonso Mellado, *“Las actuaciones...”*, opus., cit., p. 92.

⁷³ De esta opinión, entre otros autores, ALFONSO MELLADO, *“Las actuaciones...”*, opus., cit., p. 141 y Moreno Vida, *“La flexiseguridad...”*, opus., cit., p. 574.

en el lugar de trabajo” o, en términos más generales, la Comisión, en su momento, indicó que *“la implicación de los interlocutores sociales es fundamental para garantizar que la flexiseguridad redunde en beneficios de todos”*⁷⁴. La imposición gubernativa de la reforma, no sólo ha hecho caso omiso a la indicación europea, sino también al II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, cuyos firmantes *“consideran que los convenios deberían incorporar la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, así como la calidad del mismo”*.

Indudablemente, los acuerdos colectivos, como instrumentos de la flexibilidad interna, requieren de un tiempo y de un consenso que, a juicio del Gobierno, no parece que sean necesarios, por lo que basta la voluntad empresarial, como criterio rector de esta flexibilidad –o, acogiendo palabras de nuestra doctrina, se ha desarrollado *“un modelo de flexibilidad unilateral”*⁷⁵–, favoreciéndose así la conocida tendencia a la individualización, que rompe totalmente los equilibrios de fuerza y poder entre las partes de la relación laboral.

A todo lo dicho, cabe objetar que se produzca, consecuencia de la reforma, un cambio radical, aunque sorprendente, en el comportamiento del mercado de trabajo español. Cambio que, hasta la fecha, no se ha producido. Se está ante una reforma de naturaleza urgentísima debido a las particulares condiciones que aquejan a nuestro país –y no sólo en relación con el desempleo–, por lo que debe haberse adoptado medidas de rápida aplicación e interiorización pues, de lo contrario, supondrán un esfuerzo baldío y, como siempre, se esperará a que el empleo vaya a remolque de la economía –siendo la idea inspiradora del Programa Nacional de Reformas de 2012–. Y si la reforma está dando frutos a corto plazo⁷⁶, éstos no parecen que sean los deseados. Según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social⁷⁷, en el mes de enero de 2013, al año casi de la entrada en vigor de la reforma, el número de parados está en 4.980.778. Sólo

⁷⁴ *“Hacia los principios comunes de la flexiseguridad...”*, opus., cit.

⁷⁵ Así, se intenta *“reinstalar en nuestro sistema jurídico la concepción de la empresa como un territorio de exclusiva gestión por el empresario, rescatando del baúl de la memoria, a donde le había colocado la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, la figura del empresario como el Señor de su casa...figura ésta ligada a concepciones autoritarias de los sistemas de relaciones laborales”*, Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *“La nueva reforma...”*, opus., cit., pp. 8 y 20.

⁷⁶ Según el Programa Nacional de Reformas de 2012, el corto plazo abarca el intervalo 2012-2015; además, por la vinculación con la marcha de la economía, dice este documento, que *“la reforma no surt[irá] el 100% de sus efectividad potencial”* en este período de tiempo.

⁷⁷ Datos del desempleo del mes de enero, www.meyss.es.

con este dato, cabe afirmar que los ajustes necesarios –si es que lo eran– por nuestro mercado de trabajo no han existido, puesto que los pretendidos efectos de la reforma han brillado por su ausencia. Por consiguiente, la valoración de la reforma en materia de flexibilidad interna como instrumento para evitar la destrucción de empleo, y no sólo en este punto, no puede ser más que negativa, ya que el paro sigue en ascenso sin que la regresión en los derechos de los trabajadores esté sirviendo más que para ampliar el margen del poder empresarial.

Se quiere finalizar estas páginas con las palabras de LOY, en 2007, cuando sostuvo, con toda razón, que *“hoy observamos como remedios que recortan “conquistas” del movimiento obrero y sindical y de los movimientos políticos progresistas se definen “reformas”, incluso cuando simplemente restauran situaciones propias del “viejo”, como diríamos, Derecho del Trabajo”*⁷⁸.

⁷⁸ “Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, en “Aportaciones al debate comunitario...”, opus., cit., p. 63.