

## **EL ACUERDO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE AMPLIACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL**

*Sentencia del Tribunal Supremo 156/2021, de 3 de febrero (ECLI: ES:TS:2021:639)*

CRISTINA ROLDÁN MALENO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** un número significativo de trabajadores de la empresa Unión Fenosa Distribución vienen realizando rotatoriamente el servicio de retén, mediante el cual permanecen localizables fuera de su jornada laboral para ponerse a disposición de la empresa si son requeridos para ello. Dicha disponibilidad se retribuye, no teniendo la consideración de tiempo de trabajo. Las características de esta prestación se regulan en el convenio colectivo de grupo de empresas que rige las relaciones laborales entre las partes (II Convenio Colectivo de Gas Natural Fenosa S.A.), determinando la empresa los puestos de trabajo sobre los que recae esta prestación.

La parte empresarial inicia un periodo de consultas de cara a suprimir los retenes en determinados puestos dado su uso escaso hasta inexistente en los últimos dos años. El periodo de consultas concluye con acuerdo suscrito por USO por la parte social, cuya mayoría le permite hacerlo en solitario. En paralelo, se acuerda igualmente en ese mismo periodo de consultas un nuevo modelo de resolución de incidencias en el que se regula la disponibilidad fuera de la jornada de trabajo. Las secciones sindicales que no suscriben los acuerdos (CGT por un lado, CCOO, UGT y CIG, por otro) interponen sendas demandas de conflicto colectivo ya que entienden que el procedimiento seguido conculca la legalidad vigente, pues no debió hacer uso de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo sino de la inaplicación de convenio colectivo.

**RESUMEN:** El objeto del litigio viene constituido por el procedimiento seguido para desafectar del servicio de retenes a dos grupos de trabajadores, y, simultáneamente, acordar un nuevo modelo para atender las incidencias fuera de la jornada de trabajo. Se interesa por los demandantes la nulidad del acuerdo alcanzado alegando que, al no haberse seguido el procedimiento adecuado, se ha vulnerado la libertad sindical en su vertiente funcional de negociación colectiva. Los demandantes sostienen, además, que no se ha suprimido el servicio de retén, sino que éste ha sido sustituido por un modelo alternativo, cambiando su

\* Investigadora predoctoral (FPU) de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

denominación. El Tribunal Supremo ratifica el pronunciamiento de instancia (SAN 8/2019, de 25 de enero) en la que se califica la actuación empresarial conforme a derecho. Fundamenta el fallo en el acuerdo alcanzado y en el propio convenio colectivo, donde los retenes se configuran como una herramienta disponible para el empresario, cuya única obligación para usarla, más o menos según sus intereses, es la de comunicarlo con una semana de antelación.

## ÍNDICE

1. LOS CONTORNOS ENTRE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y LA INAPLICACIÓN DE CONVENIO. BREVE ALUSIÓN A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.
2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA DE AMPLIACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL.
3. CONCLUSIONES.

### 1. LOS CONTORNOS ENTRE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y LA INAPLICACIÓN DE CONVENIO. BREVE ALUSIÓN A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

En el ámbito de la llamada flexibilidad interna, fuertemente potenciada en las últimas reformas -en teoría para evitar que las empresas opten por medidas más gravosas como el despido<sup>1</sup>-, nuestro derecho positivo contiene una serie de instituciones jurídicas que posibilitan que, en las materias más trascendentales de la relación laboral y con sujeción a causalidad sobrevenida, la parte empresarial pueda modificar o desvincularse de lo previamente pactado. Ello opera independientemente de la fuente donde se regule aquello que se pretende alterar, si bien la fuente resulta un elemento fundamental, porque en función de ella deberá seguirse un *iter* procedimental y sustantivo u otro distinto, cuyo desenlace, en el supuesto de que no se consiga un acuerdo entre las partes, difiere significativamente. Dentro de estas figuras jurídicas, dos de las más recurrentes y a las que nos estamos refiriendo son, como sabemos, la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET y la inaplicación de convenio del art. 82.3 ET, comúnmente conocida como “descuelgue”. La primera será aplicable a

<sup>1</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 35/2010 expone que se pretende: «... potenciar los instrumentos de flexibilidad interna en el transcurso de las relaciones laborales, favoreciendo la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo». Posteriormente, se reitera esta idea en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, y el Capítulo III de dicho texto legal se titula «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo». Sobre la incongruencia de esta idea con el abaratamiento del despido, vid. Sanguinetti Raymond, W., «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes», *Revista de Derecho Social*, N. 57, 2012, pág. 129.

las condiciones reguladas en virtud del contrato de trabajo, de una decisión del empresario o de pactos y acuerdos colectivos (extraestatutarios), mientras que la segunda hará lo propio con los convenios colectivos estatutarios.

Como es sabido, al quedarse encuadrados en el art. 41 ET y no acompañar a los estatutarios en el 82.3 ET, la eficacia de los convenios extraestatutarios es más frágil, y, además, su carácter colectivo o individual vendrá determinado cuantitativamente por el número de trabajadores afectados. Pero, en realidad, y más allá de las diferencias procedimentales -es decir, la necesidad o no de realizar el periodo de consultas-, el que la MSCCT sea individual o colectiva no altera el resultado final: en los convenios extraestatutarios la parte empresarial tiene poder para modificar unilateralmente lo pactado, ignorando la naturaleza colectiva de la fuente reguladora y la fuerza vinculante que a ésta le otorga el 37.1 CE<sup>2</sup>.

Sobre todas estas cuestiones, y dado su difícil encaje -en concreto del descuelgue, pero no sólo, pues como acabamos de ver hay más aristas- con lo que se constata en nuestro modelo de negociación colectiva y su imbricación con el derecho fundamental a la libertad sindical, han sido numerosas las críticas doctrinales que se han vertido sobre la configuración jurídica de la flexibilidad interna resultante del último periodo reformador<sup>3</sup>, por entender que los poderes del empresario salían reforzados de manera exorbitante y contraria al diseño constitucional<sup>4</sup>.

Continuando con la delimitación con la inaplicación de convenio estatuario, los límites entre estas dos figuras, en fin, no siempre son nítidos (tampoco lo eran antes de las últimas reformas), de manera que, si en el plano teórico pueden generar dudas y discusión, en la práctica son fuente de conflicto y litigiosidad. La cuestión no es baladí, debido fundamentalmente, más allá de a otras notables diferencias, a la presencia de esa unilateralidad que ostenta el empresario en el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que concluya sin acuerdo<sup>5</sup>. Obligándolo la inaplicación, por el contrario, a un procedimiento más

<sup>2</sup> Crítico con esta separación entre convenios estatutarios y extraestatutarios, vid. Sanguinetti Raymond, W., «La reforma flexibilizadora de las modificaciones...», *cit.*, pág. 144; sobre la constitucionalidad de modificar por vía unilateral lo pactado por la negociación colectiva se pronunció la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4º.

<sup>3</sup> Por todos, vid. Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F., «La nueva reforma laboral», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N. 5, 2012, págs. 1-39; y Baylos Grau, A., «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», *Revista de Derecho Social*, N. 57, 2012, págs. 9 a 18.

<sup>4</sup> Ampliamente, Ruiz Castillo, M.M., Escribano Gutiérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2013.

<sup>5</sup> En el caso de que haya acuerdo, sin embargo, las dos figuras convergen, puesto que se presumirá que concurre la causa, y la impugnación por vía judicial cabrá únicamente por existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 41.4 in fine). No obstante, la presunción es

largo cuyo resultado final ya no está supeditado al acuerdo desde la reforma de 2012, pero tampoco queda a su arbitrio, sino sujeto en última instancia a un arbitraje obligatorio si lo activa una de las partes, allí donde las previas potenciales soluciones que el legislador se encarga de desgranar y promover prolijamente hayan fracasado en su intento de obtener el ansiado acuerdo -comisión paritaria del convenio, procedimientos del art. 83 ET en su caso, y, por último, el arbitraje de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios-<sup>6</sup>. Es lógico, por lo tanto, que en estos casos la parte social defienda y se aferre a la vía del descuelgue allí donde es posible, dado que su confección es algo más garantista -si bien parece esfumarse la opción de la extinción indemnizada<sup>7</sup>-, mientras que la parte empresarial tratará de justificar la adecuación de la MSCT, más ágil y afín a sus intereses.

Como consecuencia de que el régimen jurídico deja espacio, como decíamos, a varios interrogantes y a distintas opciones interpretativas, los tribunales han sido los encargados de ir puliendo y delimitando las fronteras entre estas dos herramientas de las que dispone el empresario, lo cual no deja de ser paradójico, dado que la limitación del control judicial ha constituido un objetivo manifiesto de las reformas más recientes de nuestro ordenamiento<sup>8</sup>.

Centrándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a dicho periodo reformador, la sentencia objeto de este comentario trae a colación lo establecido con anterioridad por el tribunal acerca de las semejanzas y diferencias entre ambas instituciones. Así, se hace alusión a su sentencia de 3 de julio de 2019 (núm. 532/2019), dado que en ella se recogen los criterios jurisprudenciales que rigen la materia, que sintetizan a su vez lo establecido en sentencias precedentes<sup>9</sup>:

*iuris tantum*. Vid. Alameda Castillo, M.T., y Blázquez Agudo, E.M., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N. 14, 2016, pág. 13 del texto en línea.

<sup>6</sup> Críticamente, vid. Gorelli Hernández, J., «El arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo», en Gorelli Hernández, J. (coord.), *El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, págs. 223-234.

<sup>7</sup> Sin embargo, algunos tribunales han entendido que no por ello deja de ser aplicable, aunque no es la posición mayoritaria. Vid. Herráiz Martín, M.S., «El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 3, 2017, pág. 12 del texto en línea.

<sup>8</sup> Toscani Giménez, D., «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral*, N. 21-22, 2012, pág. 2 y ss.

<sup>9</sup> Vid. FJ 2º apartado segundo, donde se mencionan las STS 17 diciembre 2014 (rec. 24/2014), 23 junio 2015 (rec. 315/2013) y STS 6 julio 2016 (rec. 155/2015). Véase, en esta materia, y mencionando tal jurisprudencia, el estudio de Martínez Moreno, C., «Impugnación de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios», *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 4, 2016, págs. 323-345.

- Respecto de la causalidad, es similar para ambas figuras. Tanto en una como en otra se trata de responder a una situación (sobrevvenida) problemática para la empresa que atienda a razones económicas, técnicas, organizativas o productivas.
- Respecto de las materias: se recuerda que, si bien hay casi una total identidad, la lista del art. 41 ET es abierta, mientras que se trata de un elenco cerrado la del 82.3 ET.
- Respecto de la sustancialidad: mientras que cualquier modificación de condiciones de trabajo reguladas en un convenio estatutario debe seguir el procedimiento del 82.3 ET, el procedimiento del art. 41 ET está reservado para aquellas alteraciones que reúnan la condición de sustancialidad.
- La duración de la medida: en el descuelgue será temporal, pues no puede sobrepasar el tiempo de duración del convenio colectivo que se deja de aplicar. Sin embargo, en la MSCT no hay limitaciones heterónomas en este sentido.
- Se señalan, en fin, diferencias en cuanto a la impugnación (plazos, modalidad procesal, etc.) y al hecho de que, en la MSCT de carácter individual, el trabajador/a tenga la opción de rechazarla y acogerse a la extinción indemnizada.

Brevemente, en cuanto a las causas, la laxitud con la que están configuradas es el rasgo que las define, como tantas veces ha descrito la doctrina. Véase como en la redacción de la MSCT se exige meramente que la medida guarde relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. En el caso de la inaplicación de convenio, aproximándose algo más a la regulación del despido colectivo<sup>10</sup> -y de manera idéntica a la suspensión del contrato o reducción de jornada del art. 47 ET-, el legislador sí describe y “endurece” qué se entenderá por causa económica, bastando con que las pérdidas se prevean aun cuando no se hayan materializado, con lo cual tampoco aquí podría decirse que la causalidad resulte exigente. En el resto de las causas, ambas figuras se asemejan. En realidad, la sentencia objeto de este comentario despacha esta cuestión señalando, de manera genérica, que las causas son casi coincidentes. No obstante, pese al panorama descrito, las causas deberán superar en caso de control por parte de los tribunales un juicio de idoneidad que las conecte con la medida, atendiendo no sólo al dato fáctico sino a su finalidad<sup>11</sup>. Relativo al carácter sustancial o no de la

<sup>10</sup> No obstante, no debe olvidarse la desaparición de la previa conexión con el mantenimiento del empleo. Vid. Cruz Villalón, J., «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, N. 57, 2012, pág. 237.

<sup>11</sup> Martínez Moreno, C., «Impugnación de medidas de modificación sustancial... *cit.*», pág. 4 del texto en línea.

alteración, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, con los problemas que ello conlleva, quedando nuevamente a interpretación jurisprudencial el dilucidar si se alcanza este requisito, atendiendo a diversos criterios -donde cobra especial importancia la intensidad- que toman como base común el perjuicio o mayor onerosidad para el trabajador/a<sup>12</sup>. Si se concluye que la alteración carece de sustancialidad, entonces nos situaríamos dentro de la esfera del *ius variandi* propio del poder de dirección. Nos parece destacable, por razones obvias, el asunto de la temporalidad o no de la medida, como ya se ha dicho al principio. A este respecto, no debe olvidarse que la modificación sustancial, del mismo modo que el descuelgue, es causal, no estando establecido que la medida deba ser definitiva, aunque exista esa posibilidad. Parece razonable que si se produce un cambio en las causas que la originaron, la modificación peyorativa también desaparezca. En ese sentido, podrían haberse previsto mecanismos de control a tal efecto, y en nuestro derecho positivo nada impide que puedan establecerse en el futuro.

En definitiva, pese a todo lo descrito y como puede deducirse, si bien algunos contornos parecen estar razonablemente definidos, cuando se desciende a casos concretos hay que analizarlos uno a uno, pues algunas zonas grises no terminan de esclarecerse con las pautas mencionadas.

## **2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA DE AMPLIACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL.**

En el caso concreto que se analiza en esta sede, como hemos descrito, el núcleo del debate y de los recursos de casación gira alrededor de si el procedimiento de modificación sustancial -finalizado con acuerdo- ha sido el adecuado o si, por el contrario, lo que procedía era una inaplicación de convenio colectivo, que es la tesis de los sindicatos que impugnan el acuerdo alcanzado entre la empresa y USO, que afecta a 305 trabajadores. En conexión a dicha controversia, la parte sindical -dividida como se aludía en CGT por un lado y UGT, CCOO y CIG por otro- alega que la actuación de la empresa, en realidad, ha tenido como finalidad no desligar a determinados trabajadores en función de sus puestos del servicio de retén -que por lo demás se mantiene en algunas actividades-, sino sustituir la regulación convencional del mismo por una alternativa. Ello es así porque, como se adelantaba, en el mismo periodo de consultas en el que se pacta esta desafectación del servicio de retén, se negocia y acuerda la regulación de, textualmente, un «nuevo soporte para atender incidencias excepcionales». De hecho, «racionalizar» el sistema de gestión de incidencias es el objetivo expreso del periodo de consultas iniciado a instancia empresarial. Según la empresa, no podría ser de otra manera, es decir,

<sup>12</sup> Un repaso a diversos ejemplos donde los tribunales aprecian o no este requisito puede verse en Poquet Català, R., «Los difusos contornos del concepto de “modificación sustancial de las condiciones de trabajo” y la Ley 3/2012», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, N. 355, 2012, págs. 53 a 60.

no se podrían suprimir los retenes sin tratar seguidamente el modelo propuesto. Este argumento contrasta en cierto modo con la aseveración y los datos sobre la inutilización del retén, como veremos más adelante.

Tiene relevancia, y por ello queremos hacer una breve alusión, quiénes son los sujetos negociadores del acuerdo con que finaliza el procedimiento iniciado por la empresa. Debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo por el que se regulan las relaciones de trabajo es un convenio de grupo de empresas, distribuidas en todo el territorio nacional en diversos centros de trabajo. El convenio está suscrito, según se expresa, por las secciones sindicales de USO, CC.OO., UGT Y CIG, mientras que el pacto que aquí se discute se produce en el ámbito de determinados y concretos centros de trabajo, que tienen como empleadora a UFD Distribución Eléctrica, S.A., empresa del Grupo Gas Natural Fenosa S.A. Así, negocian las secciones sindicales representativas de dichos centros afectados por la medida. Es decir, si bien es cierto que bajo las siglas de las mismas organizaciones sindicales, los sujetos difieren y negocian en un ámbito inferior, en una especie de negociación descentralizada en cadena. Ello cobra relevancia porque, tal y como aducen los sindicatos en su demanda, de haberse seguido el procedimiento de descuelgue, que es el que consideran aplicable al caso, la composición del órgano negociador habría sido distinta. Esto es, en el nivel negociado, USO ha tenido mayoría suficiente para poder pactar en solitario con la empresa, dado que su representatividad en los centros de trabajo afectados le ha conferido siete vocales de trece. Sin embargo, no habría sido así en la comisión negociadora del convenio, donde su representatividad desciende a cinco vocales de trece<sup>13</sup>. Siguiendo con la cuestión de los sujetos, hay otro dato en el relato de hechos probados que merece ser traído a colación cuanto menos como dato para la reflexión, y es el hecho de que bajo las mismas siglas sindicales -excepto CGT- que en el caso analizado promueven la demanda, se habían suscrito en fechas muy recientes dos acuerdos con idéntico objeto y resultado, suprimiendo el servicio de retén en diversos centros de trabajo de zonas geográficas concretas, afectando a un total de 168 trabajadores. Se pone de manifiesto todo ello con la única intención de dejar constancia de algo que entendemos que resulta de interés, y es la fragmentación interna de intereses, problemática que puede estar presente en todos los ámbitos, pero seguramente es susceptible de producirse con mayor facilidad en estos entornos de grupos empresariales u otras fórmulas superpuestas<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Hecho probado tercero, apartados tercero y sexto.

<sup>14</sup> Vid. Soler Arrebola, J.A., «Reflexiones sobre la negociación colectiva en redes empresariales horizontales y verticales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N. 238, 2021, págs. 67-112.

A continuación, y sintéticamente, veamos qué establece el convenio colectivo sobre la figura que para este grupo de trabajadores deja de aplicarse, al objeto de poder arrojar luz sobre la cuestión de si estamos ante una modificación sustancial o una inaplicación de convenio colectivo del 82.3 ET. El retén se describe en el art. 34.V como un servicio por el que los trabajadores están «localizables y disponibles fuera de su jornada laboral para su incorporación al trabajo cuando sean requeridos para ello, con el fin de garantizar el mantenimiento del servicio o el funcionamiento de los equipos e instalaciones». En primer lugar, dada la condición de *numerus clausus* de la lista de materias del art. 82.3 ET, es importante dilucidar si el retén puede relacionarse con alguna de las allí enunciadas y, en su caso, con cuál de ellas. Pese a que el mencionado precepto convencional lo encuadra en los distintos horarios aplicables en la empresa, entendemos que ello podría ser el fruto de una técnica inexacta, pues no se constata que el retén determine o afecte al horario, como tampoco a la jornada, más allá de que, en caso de activación, las horas de trabajo efectivas contabilicen como extraordinarias o suplementarias. Lo cierto es que ni el convenio, ni la sentencia de instancia ni la aquí analizada, atribuyen naturaleza jurídica al retén. Bajo nuestro punto de vista, no habiendo encontrado ningún elemento que permita incluirlo en los apartados a), b) y c) del art. 82.3 ET, estaríamos ante una prestación que afecta la cuantía salarial, puesto que se retribuye la disponibilidad, independientemente de que se produzca una efectiva activación, si bien, en el caso de que así sea, se retribuye adicionalmente (por los gastos de desplazamiento y por el tiempo de trabajo). Entendemos, pues, que lo que se está suprimiendo es una disponibilidad que da lugar a un complemento salarial, no habiendo por lo tanto impedimento para encuadrarlo en las materias de la inaplicación de convenio.

El precepto convencional aludido remite, por último, a varios anexos del convenio (V, VI, VIII y IX) en los cuales se regulan las condiciones del servicio, destacando, al margen de lo mencionado sobre la retribución y la ausencia de consideración de tiempo de trabajo<sup>15</sup>. A este respecto no debe olvidarse que la disponibilidad y localización fuera de la jornada laboral, si bien no tienen la consideración de tiempo de trabajo -salvo que el convenio establezca cosa distinta, que en este supuesto no es el caso- incide de manera significativa en la vida del trabajador. Su libertad de movimientos se ve notablemente restringida, en cuanto que tiene que estar en un radio que le permita desplazarse con premura al centro de trabajo en caso de ser requerido. Circunstancia que a su vez, evidentemente, afecta y condiciona la vida personal. No se trata, por lo tanto, de una cuestión menor.

<sup>15</sup> Sobre esta materia puede verse Rodríguez Sanz De Galdeano, B., «La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N. 41, 2010, págs. 51-79; recientemente Requena Montes, O., «Tiempo de presencia como tiempo de trabajo: el cómputo de las horas extraordinarias», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, N. 238, 2021, págs. 291-302.



Destaca a su vez, en la regulación convencional, su adscripción obligatoria, salvo excepciones fruto de cláusulas convencionales de décadas atrás. Tal regulación, fragmentada debido a que se trata de anexos aplicables según las diversas empresas del grupo, contiene también, entre otros aspectos, el radio de permanencia de los trabajadores afectados, el ciclo de rotación (intensificable en caso de necesidad empresarial), la retribución, el calendario, los medios técnicos de localización, las incidencias, la presentación al trabajo, la interrupción, el descanso en caso de activación, las sustituciones o la formación.

Pues bien, es precisamente la cláusula referente a la interrupción del servicio (Anexo VI apartado segundo) la que resulta en primer lugar determinante para la orientación del fallo, pues en ella se establece que la empresa puede interrumpir el servicio cuando lo considere necesario, bastando para ello una comunicación con al menos una semana de antelación a los afectados. Del mismo modo y con idéntico plazo, la parte empresarial podrá volver a dotar de operatividad al retén.

Tras analizar el articulado convencional que regula la figura discutida, y tras repasar su propia doctrina en la materia objeto del litigio, reseñada en el apartado anterior, la Sala concluye que la actuación de la empresa se encuadra dentro de las facultades que el propio convenio le confiere. El siguiente paso es colegir que no estamos ante un descuelgue de convenio colectivo, sino que el procedimiento de la modificación sustancial es suficiente, y ello debido al nuevo sistema implantado. De esta forma, y aunque quizá algo veladamente, no se distancia de la interpretación tribunal de instancia, según el cual es la empresa quien opta por un proceso más garantista que el pactado colectivamente, siendo el nuevo sistema lo que llevaría a la necesidad de acudir al procedimiento de la modificación sustancial.

Razona sobre la finalidad de los arts. 41.6 y 82.3 ET, destinados a que la parte empresarial, cuando se trate de alterar condiciones reguladas en convenio colectivo estatutario, no eluda un procedimiento que no le permite decidir unilateralmente. A juicio del órgano juzgador, sin discutir la relevancia de la medida, ello no ocurre en este caso concreto. Y no ocurre precisamente porque el convenio permite que se creen los retenes en los puestos que la empresa determine, y, en ese caso, su funcionamiento debe ajustarse a las condiciones que en él se establecen, no pudiendo eludirlas ni modificarlas sin acudir al art. 82.3 ET, pero se trata de una posibilidad y no de una obligación. Es por ello que la decisión empresarial puede suponer una modificación sustancial, pero no un incumplimiento del convenio. Prosigue su hilo argumental insistiendo en que, tras leer con imparcialidad los preceptos convencionales, no puede concluirse que se establezca para la empresa obligación alguna de constitución, mantenimiento o preservación indefinida de esta figura, constituida como una herramienta organizativa de la empresa que por lo tanto obedece a su propio interés. En definitiva, tras un examen del convenio, el tribunal no constata la obligación de mantener este servicio, sino la obligación de, en caso de que esté activo, regirse por las condiciones que en él se establecen.

Llegados a este punto, y en íntima conexión con esto último, es el momento de profundizar en la cuestión, clave para la resolución del caso, de si lo acaecido ha sido, en efecto, una supresión del retén para determinados trabajadores o, por el contrario, bajo esa apariencia formal subyace una alteración de las condiciones de esa prestación y, claro está, de su denominación. Esto es, si se llegase a la conclusión de que, como plantean los sindicatos, la realidad práctica responde a lo segundo, en ese caso no cabría duda de la aplicabilidad del procedimiento del 82.3 ET. La consecuencia jurídica, de haberse impuesto esta línea argumental, habría sido la nulidad de lo acordado en el periodo de consultas. En cuanto a la postura empresarial en este debate, en su oposición a la demanda la empresa sostuvo que la medida afectaba únicamente a dos puestos: supervisores y técnicos, cuya prestación consistía en la práctica en responder a las consultas de las empresas externas que se encargaban de resolver la avería en el terreno, proporcionándoles asesoramiento. La empresa esgrime que ya no necesita que los trabajadores adscritos a esos dos puestos efectúen este servicio, puesto que la inversión económica en la red eléctrica se ha materializado en una notable reducción de averías que deriva en la inutilización de la disponibilidad de estos trabajadores. En la misma línea, tal actualización tecnológica permite, en la actualidad, que las averías puedan resolverse mediante un sistema de telecontrol. Se explicita que las ocupaciones que se desligan del retén están muy sobredimensionadas y su uso ya no es necesario, pero, paradójicamente, a continuación se expone que el servicio de retén es insuficiente para determinadas situaciones, como la meteorología muy adversa. A mayor abundamiento, es la propia empresa quien reconoce que no puede desafectar a esos 305 trabajadores sin a su vez negociar otro modelo para las incidencias en el que vuelve a incluir esos puestos, aunque con una configuración distinta y un protagonismo reducido.

La Sala no comparte la posición sindical al respecto ni manifiesta tampoco duda alguna sobre esta cuestión. Para ello, se apoya en dos datos que considera relevantes a estos efectos:

- La actualización tecnológica referida, sacando a relucir el dato de que en los años 2017 y 2018 (la fecha del acuerdo discutido es de noviembre de 2018) no se ha precisado de activación alguna, mientras que en los años precedentes se describe que en un 19% de los días de servicio se precisaba intervención en una incidencia, mientras que el 33% de los días de servicio dicha intervención atendía entre una y dos incidencias.
- Por otro lado, el Tribunal se apoya en el plus de legitimidad que otorga el que el periodo de consultas concluyese con acuerdo, siendo por tanto adoptado por la mayoría de la representación de los trabajadores. Así, entiende que el hecho de que el cambio instado no provenga de una decisión unilateral sino de un acuerdo avalado por la negociación colectiva, otorga validez a lo actuado y refuerza la idea de que se ha seguido el procedimiento adecuado.

Respecto del primer argumento esgrimido, el elevado nivel tecnológico y la inutilización en la actualidad del servicio de retén, entendemos que, por importante que sea y por acreditado que haya quedado, no es clave para lo que aquí se está discutiendo. Qué duda cabe de que tal nivel tecnológico ha tenido como consecuencia que a la empresa ya no le sea útil el sistema de retén que venía utilizándose, pero ello no la autoriza a alterarlo por el procedimiento que más conveniente le sea, sino que habrá de estar al que legalmente sea aplicable. Entendemos, por lo tanto, que lo que realmente ha tenido peso ha sido la segunda consideración, es decir, la legitimidad que aporta el acuerdo con los representantes de los trabajadores. Nos encontramos, pues, con que es a través del pacto producido por la negociación colectiva como se valida lo actuado y los resultados que arroja, sin profundizar lo suficiente en si se ajusta a derecho o menos, como si se pudiese concluir que bien está lo que está pactado.

Sin embargo, no se profundiza en el elemento crucial, que es el nuevo modelo de gestión de incidencias, al que meramente se refiere para establecer que es obvio que la empresa tiene la obligación de disponer de algún mecanismo que atienda estas situaciones de incidencias, averías, etc. fuera de la jornada de trabajo. En lugar de analizar este nuevo modelo, explicando a través de él las razones que le llevan a concluir que la nueva regulación dista del antiguo retén y que, por lo tanto, no estamos ante un cambio meramente formal que en la práctica se traduce con la continuidad del servicio con otras condiciones y otro nombre, la Sala, haciendo suyo el alegato empresarial, insiste en sostener su argumentación poniendo de manifiesto los datos que evidencian que la utilización del retén venía siendo en los últimos tiempos residual o nula. A juicio del Tribunal, ello es suficiente para llegar a la conclusión de que nada tienen que ver el nuevo modelo y el antiguo retén. Bajo nuestro punto de vista, las conclusiones tenían que haber tenido como elemento nuclear la confrontación de ambos sistemas, que es el elemento material que permitiría avalar o desvirtuar las alegaciones opuestas de las partes. En ese sentido, la Sala ha sido bastante parca en su exposición, y los elementos en los cuales se apoya resultan, a nuestro juicio, insuficientes para explicar la procedencia de la modificación sustancial.

Ciertamente, si se analiza el nuevo modelo de gestión de incidencias fuera de jornada, puede plantearse que contiene palpables similitudes con el servicio de retén. En primer lugar, llama rápidamente la atención el hecho de que los dos puestos (supervisores y técnicos) que se desafectan del retén están incluidos expresamente en una de las dos modalidades que contempla el nuevo soporte. Su adscripción, por el contrario, en este modelo es voluntaria. Durante las negociaciones, según se relata en los hechos probados, la empresa expresó haber cedido a la petición sindical de que el nuevo modelo fuese de adscripción voluntaria, y advierte que consideró la posibilidad de externalizar las incidencias, no habiendo finalmente optado por esa vía por ser más gravosa para el personal. Se modifica el funcionamiento de la propia disponibilidad, que ahora consistirá en adscribirse voluntariamente a las

listas y, si la empresa lo requiere, hacerla efectiva, distinguiendo entre situaciones en que será posible preavisar y situaciones en las que no. En el específico supuesto de las activaciones extraordinarias sin posibilidad de preaviso, los trabajadores no tienen la obligación de estar localizables, de manera que, si no se contacta con ellos, se pasará al siguiente de la lista. Se modifica, por su parte, el sistema de retribución, en el sentido de que, alterando las características de la disponibilidad, se altera también la percepción de un importe que ya no será fijo, sino que irá en función de si se requiere o no esa disponibilidad y de si, ulteriormente, se produce o no la activación. Estamos por lo tanto ante una regulación que parece ser más *flexible*. Cabe decir que en el nuevo modelo la contribución de estos trabajadores a la gestión de incidencias lo es a modo complementario o de refuerzo, ante situaciones extraordinarias, pues el servicio de incidencias ordinario se lleva a cabo por otros trabajadores, en concreto por los responsables de operaciones. Es decir, sí que se evidencia una menor necesidad cuantitativa de que los supervisores y técnicos estén disponibles fuera de su jornada, pero, por el contrario, no se acredita que su disponibilidad ya no sea necesaria, sino todo lo contrario.

Por lo tanto, tras una lectura comparativa del nuevo modelo, lo cierto es que no nos resulta irracional ni inverosímil la tesis sindical, en el sentido de que en ambos casos estamos ante una fórmula organizativa que regula la disponibilidad fuera de la jornada laboral, y si el convenio contiene las condiciones del ejercicio de esa disponibilidad, su evitación debería haberse producido mediante la inaplicación de convenio colectivo del art. 82.3 ET. O, en su caso, y vistas las contrapartidas ofrecidas -a las que nos referiremos seguidamente-, incluso podría haberse negociado en el siguiente convenio colectivo, una vez decaída la vigencia del actual (31/12/2020). Pudiera ser, entonces, que el argumento sindical de que no se ha desafectado a determinados trabajadores del retén, sino que éste en sí se ha visto sustituido por un modelo alternativo, tenga más veracidad de la que se le ha dado en el proceso judicial. El tramitarlo por la vía del descuelgue habría provocado posiblemente una dinámica negocial diferente, sin que ello equivalga, forzosamente, a que el resultado hubiese sido distinto.

A nuestro juicio, y partiendo de que lo ocurrido no ha sido una desafectación del retén de determinados trabajadores, se está validando que un acuerdo colectivo pueda establecer excepciones a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, donde se regula bajo qué requisitos y procedimiento es posible, en una lista de materias tasada, inaplicar temporalmente las condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario. Excepciones, como se aprecia, en el sentido de rebajar las exigencias, no de aumentarlas (para esto último, en principio, no habría obstáculos, pues nada impide al empresario renunciar y limitar sus poderes). Esta idea de que los resultados de la negociación colectiva puedan rebajar la regulación legal contrasta con aquella otra que nos llevaría a razonar que el art. 82.3 ET constituye una norma de derecho necesario.

La inaplicación de convenio colectivo, como sabemos, constituye una excepción a la eficacia jurídica y personal de la que está dotado este instrumento, así como de su vigencia. Es, por tanto, una herramienta excepcional, aplicable únicamente en determinadas situaciones en las cuales el legislador consiente que temporalmente no opere la fuerza vinculante propia de los convenios colectivos. ¿Puede la negociación colectiva desviarse de esta configuración *in peius*? Advértase que una respuesta afirmativa colisionaría jurídicamente, a nuestro entender, con el precepto en particular y, más ampliamente, con la arquitectura legal y constitucional en esta materia. Insistimos en que ya de por sí la inaplicación de convenio tiene un carácter excepcional y temporal, y se trata de una figura que se inserta, pese a las contradicciones teóricas y las tensiones sociales que genera, con la supuesta finalidad de evitar que las circunstancias adversas o incluso meramente orientadas a la mejora de la empresa acaben produciendo resultados más gravosos, especialmente la pérdida de puestos de trabajo. Es por ello por lo que se permite, y es por ello por lo que la parte empresarial cuenta igualmente en nuestro derecho positivo con otras figuras dentro de lo que viene llamándose flexibilidad interna, algunas de las cuales incluso posibilitan que el contratante fuerte altere condiciones de manera unilateral, algo impensable en el derecho común<sup>16</sup>, del que nuestra disciplina se escindió precisamente por la constatación de los nocivos efectos que la desigualdad real entre las partes producían. ¿Autoriza ello a que dichas previsiones excepcionales sean disponibles para la negociación colectiva? ¿Puede la negociación colectiva desviarse de la configuración legal y aumentar los poderes empresariales? Aunque la sentencia analizada no lo dice expresamente, pues lo plantea en otros términos, la respuesta a efectos prácticos ha sido afirmativa. En ese sentido, no parece ser algo aislado, pues pueden encontrarse ejemplos jurisprudenciales recientes en la misma línea, que abiertamente afirman que no hay ningún obstáculo para que el convenio autorice, para determinados grupos de trabajadores, a eludir el procedimiento de inaplicación del convenio y sustituirlo por el de la modificación sustancial<sup>17</sup>.

En cuanto a las contrapartidas ofrecidas a los trabajadores que se desafectan del servicio de retén, no puede decirse que no estén presentes, algo que por otra parte debería de ser lo normal en toda negociación que materialmente lo sea. Como compensación a la pérdida de la retribución del servicio suprimido, la empresa se compromete a mantener un porcentaje de dicha retribución a los trabajadores afectados durante un periodo de tres años, variable según la anualidad (80% el primer año, 40% el segundo y 10% el tercero), además de adicionar un plus transitorio que amortigüe la progresiva pérdida salarial.

<sup>16</sup> Ruiz Castillo, M.<sup>a</sup> M., «El pacto individual y las fuentes del Derecho del Trabajo», en Cruz Villalón, J., (Coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, págs. 315-347, CES, Madrid, 1995.

<sup>17</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1123/2020, de 15 de diciembre, relativa al horario.

La figura discutida, en fin, se ha regulado colectivamente como una herramienta de la parte empresarial, que tiene plena potestad para decidir sobre su continuidad. Tras suprimirla para algunos puestos, en el mismo periodo de consultas, se acuerda otro modelo de disponibilidad fuera de la jornada, en el que expresamente están llamados los mismos colectivos de trabajadores que se desligan de la regulación precedente, y el tribunal lo valida apoyándose en que se hace mediante acuerdo. Como hemos mantenido, pese a que sendos tribunales y ministerios fiscales han sido del mismo parecer, la posibilidad de estar ante una sustitución del modelo de disponibilidad fuera de jornada elusiva del convenio colectivo y del régimen jurídico que le es de aplicación, bajo nuestro punto de vista, sí tiene fundamento.

### 3. CONCLUSIONES

Más allá de lo expuesto, queremos finalizar este comentario haciendo una breve reflexión relacionada con todo lo expuesto. Bajo nuestro punto de vista, tanto el convenio colectivo como el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, constituyen ejemplos paradigmáticos de la asunción o expansión de funciones que en las últimas décadas viene asumiendo la negociación colectiva. Tal tendencia, consistente en virar la orientación de los productos de la negociación colectiva para que respondan, también, a las necesidades e intereses empresariales, de manera que dicha parte pueda usarlos como un instrumento organizativo, se ha visto fomentada y reforzada en cada reforma laboral, habiendo sido particularmente contundentes las que siguieron a la crisis del año ocho.

Toda vez que en las reformas de los noventa la negociación colectiva ganó espacios en detrimento de la fuente legal, en el último periodo reformador se puso el acento en dar un paso más, consistente en priorizar el ámbito de negociación de la empresa en detrimento del sectorial, por considerarlo, otra vez, más dúcil para los resultados pretendidos. Por esa misma razón, se ampliaron los sujetos negociadores. El objetivo, poco novedoso, es que los convenios, pactos y acuerdos sean instrumentos idóneos para obtener condiciones de trabajo más flexibles -en el sentido de adaptables a los intereses empresariales-, de manera que se modificaron y ampliaron las posibilidades que recoge nuestro ordenamiento jurídico para que sea posible alterar por distintas vías las condiciones de trabajo, con un marcado protagonismo de la negociación colectiva en este ámbito. Aumentaron, paralelamente, los poderes empresariales. Así, esta tendencia alcanzó cotas inéditas hasta el momento. Dicho esto último con permiso de saber qué nos deparará el derecho del trabajo post pandemia, dado que cada crisis económica -por lo demás, cíclicas y recurrentes en el sistema productivo vigente- ha sido utilizada para dar un paso más en la flexibilización de las relaciones de trabajo, traducándose tal flexibilización, en la práctica, en menores niveles de tutela para el contratante más débil de la relación laboral.

El panorama apenas descrito hace que los convenios y acuerdos colectivos se alejen del paradigma clásico que estudiamos cuando nos acercamos a esta materia, en el que aprendemos que los productos de la negociación colectiva tienen teóricamente un perfil adquisitivo para los trabajadores y limitativo para los poderes del empresario. Alejándose de este esquema, no es desde hace mucho una novedad que los convenios colectivos, en algún momento vehículo para la adquisición de mejoras, sean con frecuencia portadores de condiciones peyorativas. Así, más que mejorar condiciones mínimas, se ha ido avanzando en aquella otra función del convenio más ligada a la organización y gestión empresarial.

Bajo nuestro punto de vista, el caso analizado y su problemática constituyen, como decíamos, un ejemplo ilustrativo de esta tendencia. En primer lugar, es el propio convenio colectivo el que regula la cuestión discutida configurándola como una herramienta empresarial que, como tal, permanece a su disposición. Posteriormente, vuelve a ser la negociación colectiva la que alcanza en el mismo proceso un acuerdo para regular de manera distinta la disponibilidad fuera de la jornada, siendo ello suficiente para que el Tribunal valide toda la operación, pese a que los mismos puestos que ya no eran necesarios están llamados expresamente en el nuevo modelo.

Ahora bien, una cosa es que se suscriban estos acuerdos -en muchas ocasiones legales, pues como hemos reflejado se potencian desde la fuente legal-, y otra distinta que la jurisprudencia los valide en aquellos casos en que van más allá de lo que, generosamente, se les está permitido. Ya hemos tratado de sustentar, jurídicamente, nuestras serias dudas al respecto. Por ello, queremos finalizar recordando que, en los cimientos de nuestra disciplina, se halla la indiscutible necesidad de reequilibrar posiciones entre las partes. Con una legislación que, desde hace décadas, no transita esa vía, y una correlación de fuerzas actualmente muy dispar, donde el sujeto social se encuentra más y más debilitado, determinadas líneas jurisprudenciales no hacen sino contribuir a profundizar en un desequilibrio que tiene muchos frentes y que es por definición ontológico.