

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014 /2015



LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO: ANÁLISIS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

*The non-application of labor conditions agreed in collective
agreement: Analysis of their legal status*

Realizado por la alumna Dña. Irene Salgado García

Tutorizado por la Profesora Dña. Susana Rodríguez Escanciano

ÍNDICE

RESUMEN Y <i>ABSTRACT</i>	5
OBJETO	6
METODOLOGÍA	8
CUERPO DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO:	
I. INTRODUCCIÓN	10
II. EL DESCUELGUE COMO MECANISMO DE FLEXIBILIDAD INTERNA .	15
III. ANTECEDENTES	16
IV. TIPOLOGÍA DE CONVENIOS: SU INCIDENCIA EN EL CAUCE DE INAPLICACIÓN	20
V. CONVENIOS COLECTIVOS AFECTADOS: SECTORIALES O DE EMPRESA	23
VI. FIJACIÓN DEL PERÍODO VACACIONAL COMO MATERIA NEGOCIABLE AL AMPARO DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	25
VII. JUSTIFICACIÓN CAUSAL	27
VIII. LÍMITES MATERIALES	32
IX. IMPOSIBILIDAD DE DESCUELGUE UNILATERAL	38
X. LAS DUDAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES AL SECTOR PÚBLICO	41

XI. PROCEDIMIENTO DE DESCUELGUE: REMISIÓN AL ARTÍCULO 41. DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES T Y ANÁLISIS DE LA COMISIÓN AD HOC	43
XII. EL ACUERDO DE DESCUELGUE	50
1) Contenido	50
2) Eficacia temporal, subjetiva y jurídica	51
3) Presunción de existencia de causa y posibilidades de impugnación	53
XIII. LA FALTA DE ACUERDO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTAS Y LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DEL MISMO: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE VOLUNTARIO	54
XIV. LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS EN EL PROCEDIMIENTO DE DESCUELGUE EN CASO DE DESACUERDO	59
1) Concepto, formación y regulación	59
2) Objeto y ámbito de actuación	60
3) El procedimiento de inaplicación ante la CCNCC	61
<u>3.1. Legitimación</u>	62
<u>3.2. Solicitud</u>	63
<u>3.3. Documentación</u>	64
<u>3.4. Plazo</u>	65
4) Actuaciones de la Comisión	66
5) Resolución: decisión o laudo arbitral	68
6) Comunicación a la Autoridad Laboral	73

7) Ausencia de pronunciamiento por falta de quórum en la Comisión.....	74
8) Impugnación de la resolución. Alcance de la revisión jurisdiccional del laudo o decisión.....	75
XV.- EL DESCUELGUE EN CIFRAS	76
CONCLUSIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81

RESUMEN

La inaplicación o descuelgue de condiciones de trabajo, es una medida de carácter extraordinario que permite al empresario, previo desarrollo de un procedimiento, aplicar unas condiciones de trabajo diferentes a las que venían previstas en el convenio colectivo.

Las diferentes reformas laborales que tuvieron lugar entre 2010 y 2012 supusieron una enorme renovación en relación a la negociación colectiva, afectando a entidades esenciales como el convenio colectivo y a la eficacia del mismo. De este modo, la reforma de 2012 ha unificado el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, el descuelgue salarial y la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio colectivo. Este nuevo régimen normativo hace que la empresa obtenga una formidable facilidad para eludir algunas de las condiciones pactadas en el convenio colectivo, e incluso ofrece la posibilidad de que no se aplique el convenio colectivo de empresa. Así las cosas, con la aprobación de la reforma laboral de 2012, se ha reconocido, entre otras, la inaplicación de diversas materias del convenio colectivo aplicable en la empresa, siempre y cuando se cumplan las exigencias legales para ello.

ABSTRACT

The non-application or pick of working conditions, is an extraordinary arrangement that allows the businessman, prior development of a process, apply a working conditions different of which were established in the collective agreement.

The different labor reforms that took place between 2010 and 2012 represented a huge renovation in relation to collective bargaining, affecting essential entities as the collective agreement and effectiveness. Thus, the reformation of 2012 has unified the art. 82.3 of the Statute of Workers, the non-application and substantial change in conditions agreed in collective agreement.

This new regulatory regime, makes the business get a formidable easy escape from a few terms agreed in the collective agreement, and even offered the possibility that the enterprise collective agreement was not applied. So, with the approval of the labor reform of 2012, has been recognized, among others, the derogation from various fields of collective agreement in the business, provided that the legal requirements for this.

OBJETO

El interés y el objetivo de este Trabajo de Fin de Grado (TFG) radica en la actual reforma realizada sobre el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y todo lo relativo al descuelgue de condiciones que en el mismo se plasma, extendiéndose asimismo el ámbito de estudio sobre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que se aglutinan en el artículo 41 ET, entre otros preceptos de la misma norma.

Así pues, el fin de este trabajo es la descripción precisa de lo que ocurre sobre la empresa y sus trabajadores en caso de descuelgue de condiciones, siempre y cuando concurren las correspondientes causas (económicas, organizativas, técnicas y de producción). Esta modificación de condiciones de trabajo ha de aplicarse, asimismo, sobre el *numerus clausus* de materias que se especifica en el mencionado artículo 82.3 ET (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando exceda de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social). Además, esa inaplicación tiene un procedimiento que habrá de llevarse a cabo para el correcto descuelgue de condiciones, procedimiento que aquí se desarrolla detalladamente y que comienza con el período de consultas determinado en el artículo 41.4 ET. No obstante, si tal período de consultas culmina en desacuerdo, surge un segundo mecanismo propuesto ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) que será el último momento en el que se pueda conseguir una correcta inaplicación. Cabe destacar que el objeto de la CCNCC es resolver aquella disconformidad surgida entre la empresa y los representantes de los trabajadores cuando no se haya conseguido un acuerdo en el procedimiento de inaplicación precedente.

Cabe mencionar en este momento, el caso de que pueda o no darse acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores. Es decir, la finalidad que persigue el legislador a la hora de regular la inaplicación o descuelgue de condiciones. Parece claro que intenta favorecer dicho mecanismo y que por consiguiente se llegue finalmente al descuelgue, hecho que supone un desequilibrio en el sistema de relaciones laborales. Desde un primer momento durante el procedimiento, cuando se constituye la comisión *ad hoc*, puede darse un resultado de acuerdo o no acuerdo, como ha sido natural en cualquier proceso de negociación colectiva que se considere democrático. Sin embargo,

el legislador continúa imponiendo que tal acuerdo se consiga, por medio, como se ha dicho antes, de diversos mecanismos de solución, como el de mediación y arbitraje voluntario y la final actuación de la CCNCC en caso de que tampoco en esa segunda etapa se hubiese llegado al perseguido acuerdo.

De este modo, cabe señalar que la finalidad de este estudio es ahondar en el nuevo régimen jurídico de dicha inaplicación de condiciones de trabajo y averiguar por medio de tales explicaciones en qué medida esta actual regulación es equitativa para empresario y trabajador.

METODOLOGÍA

La sistemática utilizada para llevar a cabo este Trabajo de Fin de Grado (TFG), puede organizarse de la siguiente manera:

En primer lugar, un balance de los temas más interesantes dentro del Derecho del Trabajo ofrecidos por la tutora del proyecto y su final elección, siendo como resultado el estudio titulado de “La inaplicación de condiciones laborales pactadas en convenio colectivo: análisis de su régimen jurídico”, que se considera parte del Derecho Colectivo de la mencionada asignatura.

En segundo lugar, una búsqueda pormenorizada de la bibliografía más adecuada para la realización de dicho TFG, como son algunas obras de diferentes autores que se dedican en mayor o menor medida a la temática del presente proyecto, revistas de temática laboral, como son la Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Revista Relaciones Laborales o Revista de Información Laboral e incluso búsqueda en diversas páginas web, como la dedicada al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEySS) para poder plasmar de forma más acertada, por ejemplo, la cantidad de depósitos de inaplicaciones de convenios en los registros de las distintas Autoridades Laborales.

En tercer lugar, se ha hecho uso de diferentes fuentes normativas que, de un modo u otro tienen incidencia en los aspectos más interesantes que en este TFG se estudian. Fundamentalmente, estas fuentes normativas son la anterior y la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores (ET), y en especial, el artículo 82.3 ET, puesto que en él se desglosan los más importantes puntos de este proyecto. No obstante, el artículo 41 ET también ha sido de gran importancia, teniendo en cuenta que en él se regulan las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Además, se ha llevado un seguimiento detallado de lo publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) para que la vigencia de este TFG sea la más actual posible.

En cuarto lugar, un análisis jurisprudencial minucioso de los dictados más interesantes que los Tribunales han emitido en cuanto a inaplicación de condiciones de trabajo, como es la STS 3157/2013, de 27 de Mayo de 2013, en la que se trata la correcta o no inclusión de las vacaciones dentro de la lista de materias del artículo 82.3 ET.

Finalmente, se ha estructurado el trabajo en varios Títulos con sus correspondientes Secciones y se ha procedido a su completo desarrollo haciendo uso de todas y cada una de las fuentes bibliográficas mencionadas anteriormente, siempre desde una perspectiva crítica detectando las virtudes y los defectos del régimen jurídico actual del descuelgue.

La introducción del proyecto, la metodología, el objeto, las conclusiones y el resumen o *abstract* han sido las piezas finales por plasmar en él, puesto que se entiende que para ejecutar este TFG de una forma correctamente deductiva, era preciso tal sistema.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto más acertado de lo que se entiende por inaplicación o descuelgue de condiciones de trabajo, es el de un mecanismo que actúa en situaciones extraordinarias, y que otorga al empresario, previo desarrollo de un procedimiento, la facultad de aplicar unas condiciones de trabajo que no estaban previstas de origen en el convenio colectivo que afecte a su empresa. Dichas condiciones de trabajo obligan tanto a empresario como trabajador durante el tiempo de su vigencia, salvo si se da el caso de que se promueva el procedimiento de descuelgue, hecho que se va a estudiar en este Trabajo de Fin de Grado (TFG).

Sin embargo, esta institución es relativamente nueva, puesto que no siempre se ha permitido la inaplicación de condiciones de trabajo con la enorme flexibilidad actual. Centrando la atención en esta plasticidad de la inaplicación de condiciones de trabajo, se observa que las medidas expresadas en el Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tienen como finalidad promover tal flexibilidad interna de manera que se sitúe sobre la externa, y lo indica de la siguiente forma: *“en un sistema que genere incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada”*. Dispositivos como la reducción temporal de la jornada o la suspensión del contrato, los ajustes en otras condiciones contractuales de trabajo, la inaplicación de determinadas condiciones del convenio colectivo y las rebajas de salarios, son medidas que están siendo utilizadas intensamente por las empresas para reducir costes laborales y mejorar su competitividad, como alternativa a los despidos económicos.

Si bien, el descuelgue al que nos estamos refiriendo, como dijimos anteriormente, no siempre se ha configurado de esta manera que permita al empresario esta enorme maleabilidad de las condiciones de trabajo, sino que es producto de diversas reformas que parten del Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980, en el cual se indicaba que los incrementos salariales que se encontraban dentro de los convenios colectivos no se aplicarían obligatoriamente en las empresas que se encontrasen en una situación económica desfavorable. No obstante, la Ley 11/1994 introducirá en el ordenamiento jurídico laboral de forma definitiva la institución del

descuelgue de condiciones de trabajo. En la misma, se observa que su artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) disponía que los convenios supraempresariales habrían de establecer las “*condiciones y procedimientos*” por los que podría no aplicarse el régimen salarial previsto en aquellos “*empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación*”.

Así pues, las sucesivas reformas de 2010 y 2011 volvieron a ahondar sobre el tema con la finalidad de flexibilizar aún más las condiciones para su utilización y así permitir al empresario rebajar salarios y otras condiciones sin tener que destruir puestos de trabajo en el caso de que la empresa se encontrase en una situación económica adversa.

No obstante, cabe afirmar que la reforma más actual, de 2012, es en cuanto a descuelgue de condiciones de trabajo la más agresiva llevada a cabo por el momento, ya que entre otras cosas ha ampliado de manera drástica el ámbito de aplicación material hasta la cifra de siete (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando exceda de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social). Este recuento de materias se trata de un *numerus clausus*, o lista de carácter cerrado, hecho que parece no tener discusión y que a la postre ostenta una opinión unánime en la doctrina¹.

Puede destacarse además, que la novedad más llamativa es la posibilidad de descuelgue en relación con las mejoras voluntarias; incluso se desprende la idea del estrecho vínculo en cuanto al descuelgue de las mejoras voluntarias ligadas a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes².

¹ Así lo indica RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: “*Es claro que se trata de una lista cerrada, al faltar algún tipo de referencia a su carácter abierto, que pudiera admitir la inaplicación de otras materias al margen de las señaladas. Este carácter se confirma sobre todo al comparar esta redacción con la de su paralelo, el artículo 41 ET, para el cual [...]. Dado el carácter excepcional que se predica de esta técnica, es lógico que se tase su alcance fijando con detalle las materias susceptibles de ser afectadas por uso. Aun así, es listado muy amplio, resultado de una ampliación progresiva a través de cambios legislativos sucesivos*”.

² MERCADER UGUINA, *Lecciones de derecho del trabajo*, 5ª Edición, Valencia. Tirant lo Blanch, 2012

Esta inaplicación podrá llevarse a cabo siempre y cuando se hayan podido justificar debidamente las causas de inaplicación, como son las económicas, organizativas, técnicas o de producción. Existe causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, lo cual se va a producir en dos situaciones diferentes: existencia de pérdidas actuales o previstas; o en caso de disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas (entendiéndose por persistencia cuando tal situación se produce durante dos trimestres consecutivos comparados con los mismos trimestres del año anterior). De otro lado, hay causa técnica cuando se produzcan cambios, entre otros, en los medios o instrumentos de producción; causa organizativa cuando haya cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en la manera de organizar la producción; y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar.

El procedimiento de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo también se modificó en algunos aspectos, como por ejemplo, en el hecho de que el legislador promueva de manera insistente el acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores en aras de conseguir en cualquier caso dicho acuerdo. Tal hecho antes no se contemplaba, puesto que anteriormente uno de los resultados naturales que surgían de la negociación colectiva era, efectivamente, el no acuerdo, promoviendo así el carácter democrático del sistema. Así pues, en esta última reforma, se siguen una serie de pasos que culminan en el seguro acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, beneficiando ineludiblemente al primero de ellos.

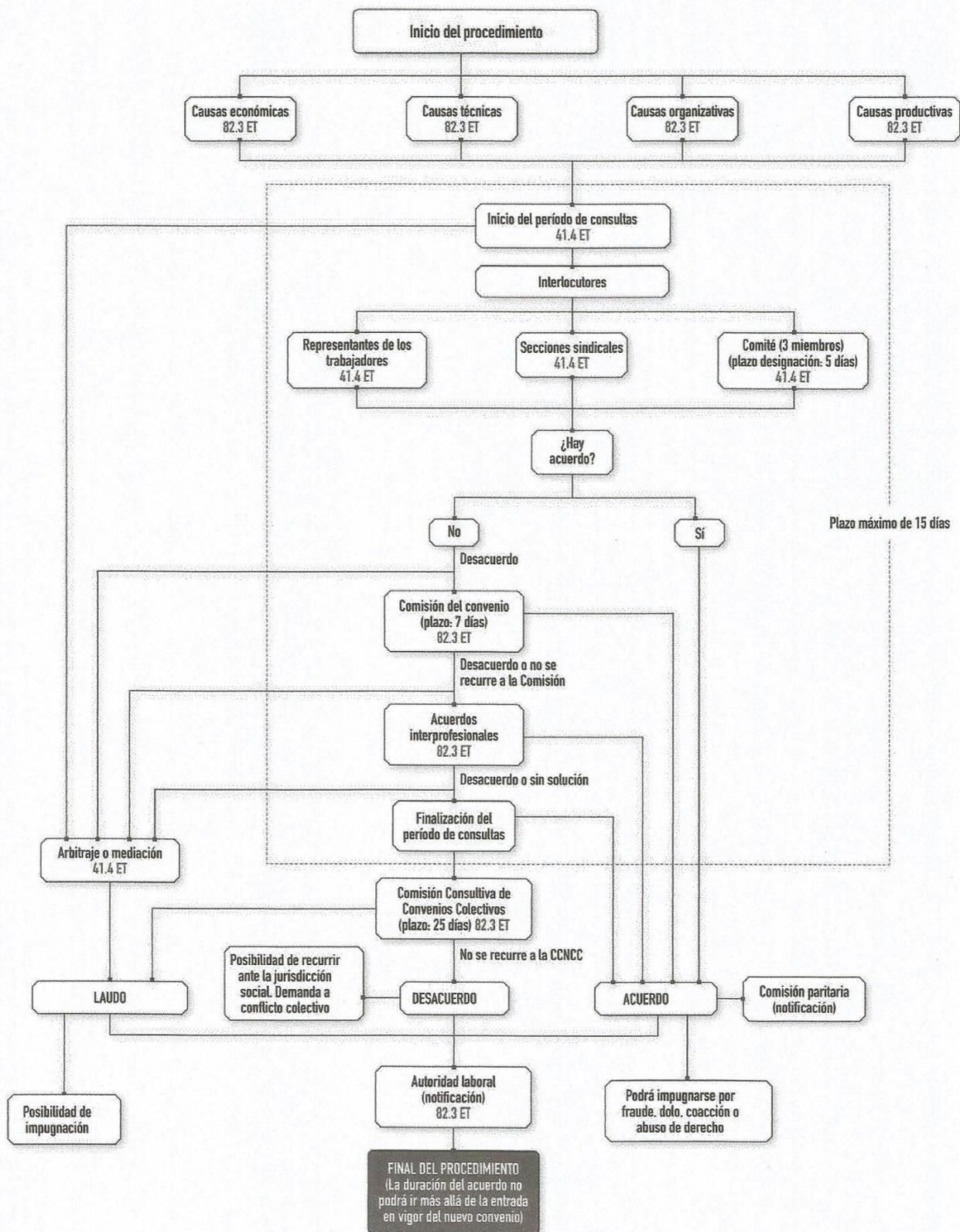
En resumidas cuentas, el procedimiento actual de descuelgue, comienza con el proyecto empresarial de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo que deberá ser negociado con los representantes legales o sindicales en la empresa o, si no existen, con una comisión *ad hoc* elegida según el artículo 41.4 ET, todo ello, durante el correspondiente período de consultas.

Si no se hubiese obtenido un acuerdo, intervendrá la comisión paritaria del convenio, siempre que éste la hubiera previsto y, en su falta, se prevé que pueda pronunciarse a petición de cualquiera de las partes.

Si la discrepancia no se resuelve en el seno de la comisión paritaria por falta de acuerdo, entonces se obliga a las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que resulten de aplicación en la empresa.

Finalmente, si no se hubiera solucionado el conflicto, procede la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o al órgano autonómico que resulte territorialmente competente, para que, bien directamente (mediante decisión adoptada en su propio seno) o designando a un árbitro (con las debidas garantías para garantizar su imparcialidad), ponga fin a la controversia a petición de cualquiera de las partes.

A continuación, se facilita un gráfico detallado que de manera resumida expone las diversas etapas del procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo, y que posteriormente, se desarrollará pormenorizadamente:



Así pues, se va a realizar una exposición detallada de lo que ha ocurrido tras las reformas llevadas a cabo desde 2010 hasta el momento actual en el que nos encontramos, pasando por un estudio de la trascendencia material y causal que influye notoriamente en la inaplicación de condiciones del trabajo, y centrando también la atención en la actuación final de la CCNNCC, sin olvidar, naturalmente, el procedimiento en el cual se observarán las diversas actuaciones tanto de empresario como de los trabajadores y las consecuencias que tendrá su intervención.

II. EL DESCUELGUE COMO MECANISMO DE FLEXIBILIDAD INTERNA

Los cambios introducidos en la posibilidad de alterar o inaplicar en una empresa, lo dispuesto en el convenio colectivo, junto con la prioridad absoluta que se concede al convenio colectivo de empresa frente a los niveles superiores de negociación en la regulación de un importante grupo de y la limitación temporal de la ultra-actividad de los convenios colectivos a un año desde su denuncia (salvo pacto en contrario), constituyen las tres aportaciones más relevantes de la reforma laboral de 2012 en lo que a negociación colectiva se refiere⁴.

El descuelgue convencional a través de un acuerdo de empresa o, llegado el caso, un arbitraje, supone una importante excepción a la eficacia general del convenio colectivo, cuyo alcance no puede pasar desapercibido⁵.

Las medidas que se indican en el Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tienen como objetivo promover la

⁴ GOERLICH PESSET, J.M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia, tirant lo blanch, 2013, pág. 49.

⁵SEMPERE NAVARRO, A-V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la Reforma Laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pág. 126, señalan que “nos encontramos ante una pieza esencial del diseño de nuestra negociación colectiva; mediante esta especie de válvula de seguridad se habría querido compensar la eficacia general y el carácter sectorial de buena parte de los convenios colectivos, a fin de evitar que la presión retributiva o de otros costes fuese tan elevada como para provocar graves perjuicios a las empresas”.

flexibilidad interna de forma preferente a la externa y lo especifica de la siguiente forma: *“en un sistema que genere incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada”*. Mecanismos como la suspensión del contrato o la reducción temporal de la jornada, las rebajas de salarios, los ajustes en otras condiciones contractuales de trabajo y la inaplicación de determinadas condiciones del convenio colectivo son medidas están siendo utilizadas intensamente por las empresas para reducir costes laborales y mejorar su competitividad, como alternativa a los despidos económicos.

Los acuerdos de descuelgue en épocas de crisis adquieren, especialmente los de contenido retributivo, mucha relevancia, al tratarse de uno de los mecanismos que pueden resultar de ayuda para que las empresas superen la situación negativa en la que se hallan inmersas. En definitiva, se trata de fortalecer los dispositivos de adaptación de las condiciones de trabajo al contexto concreto que está atravesando una determinada empresa y que, como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, *“la negociación colectiva se convierta en un instrumento, y no en un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”*.

III. ANTECEDENTES

La figura del descuelgue convencional regulado ahora de forma integral, en el artículo 82.3 ET, no es ninguna novedad. Los orígenes del mismo se remontan al Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980, que indicaba que los incrementos del salario previstos en convenio colectivo no se aplicarían obligatoriamente para las empresas que justificasen una precaria situación económica. Los tribunales laborales aceptaron este hecho, reconociéndoles legitimidad al amparo de la libertad negocial consagrada en el artículo 37 de la CE y por las propias normas estatutarias (arts. 82 y 85.2 ET), aunque sólo fuera en lo relativo al régimen salarial pactado⁶.

⁶ Vid. SAN de 22 junio 1994, proc. 100/1994, posteriormente confirmada por la STS de 18 enero 1996, rec. 2695/1995.

Será la Ley 11/1994 la que introduce de forma definitiva en el ordenamiento jurídico laboral la figura del descuelgue. Por un lado, la reforma estatutaria de 1994 daba cabida explícitamente a la modificación de las condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos de cualquier ámbito (presumiéndolas sustanciales). Además, dio nueva redacción al artículo 82.3 del ET, señalando que los convenios supraempresariales deberían establecer las “*condiciones y procedimientos*” por los que podría no aplicarse el régimen salarial previsto en aquellos “*a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación*”. No obstante, el propio precepto observaba la teoría de que el convenio supraempresarial no regulase esta materia, y para que esto no impidiese a una empresa con dificultades evadirse de su régimen salarial, se preveía un mecanismo subsidiario de inaplicación mediante acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

En la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 señalaba que la reforma trataba de “*proporcionar adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral*” pero también perseguía el hecho de tratar de impedir una “*fórmula puramente desreguladora en el terreno laboral*”. No obstante, la experiencia aplicativa del instrumento de descuelgue convencional no estuvo a la altura de las previsiones, pues aparte de que la negociación colectiva sectorial no siempre fue respetuosa con el mandato de inclusión de las cláusulas de descuelgue, los convenios que lo hicieron optaron por establecer tal suerte de exigencias causales y procedimentales al mismo tiempo que terminaron por convertirlo en un recurso de excepcional utilización y escasa o nula viabilidad⁷.

Las reformas de 2010 y 2011 tuvieron la intención de flexibilizar las condiciones para su utilización, conformándolo como un instrumento de flexibilidad interna que permitía a las empresas rebajar salarios y otras condiciones en situaciones económicas adversas, sin tener que recurrir a la destrucción de puestos de trabajo.

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modificó el artículo 82.3 ET, es decir, los requisitos y procedimientos para

⁷ Un estudio monográfico del tratamiento dispensado por la negociación colectiva a la figura del descuelgue salarial en la situación normativa anterior a 2010 a cargo de SEMPERE NAVARRO, A-V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDES, L., *El descuelgue salarial: estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva*, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor (Navarra), 2009.

llevar a cabo el descuelgue pasaron a ser regulados por el legislador, y no por los convenios de ámbito supraempresarial como era menester en la anterior regulación. Así, lo que en ese momento se diferenciaba como dos vías de descuelgue⁸, se encontraron vinculadas en un mismo procedimiento establecido para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo⁹.

Por otro lado, el legislador manifestó un interés intenso y creciente en resolver las situaciones de bloqueo derivadas de la falta de acuerdo en las negociaciones previas: si el RDL 10/2010 previó la obligatoriedad para los intervinientes en las consultas de acudir a los procedimientos establecidos en los acuerdos interconfederales de solución de conflictos, la posterior Ley 35/2010 pasó a obligar a los negociadores de éstos a establecer “procedimientos de aplicación general y directa” que permitieran solventar de manera efectiva las discrepancias existentes en los períodos de consultas de los artículos 41.6 y 82.3 ET, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, desapareciendo el papel que, en la regulación anterior, se asignaba a la comisión paritaria en materia de solución de conflictos (sin perjuicio de tener que comunicar a la misma el acuerdo de descuelgue). La nueva regulación no garantizaba, sin embargo, una solución a la discrepancia entre las partes en el caso de que los citados procedimientos de solución extrajudicial no resultasen de aplicación –pocos de ellos se referían de manera expresa a los descuelgues salariales y tampoco se activó con carácter general después de la reforma de 2010 un proceso de revisión de dichos acuerdos para dotarlos de eficacia directa¹⁰- o, cuando habiéndolo sido, no hubieran resuelto el conflicto.

Respecto a las habilitantes del descuelgue, se produjo tanto una relajación en la demarcación de las causas como una limitación de las posibilidades de control judicial de éstas: de un lado, se pasó de exigir el daño a la “estabilidad económica” de la empresa al daño a la “situación y perspectivas económicas” de la misma, con lo que ya no era

⁸ El descuelgue salarial, por un lado, y el de las demás condiciones de trabajo, por otro.

⁹ GOERLICH PESSET, J.M., *Régimen de la negociación colectiva...*, cit., pág. 52.

¹⁰ Como muestra baste lo siguiente, (aunque muy significativo): el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial)(ASAC), aunque se dota de la eficacia general y directa propia de los Acuerdos sobre materias concretas negociados conforme al art. 83.3 del ET, e incluye entre los conflictos que serán susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en el mismo los derivados de discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por el art. 82.3 ET -art. 4.e)-, al regular dichos procedimientos acuerda establecer que el arbitraje “sólo será posible cuando ambas partes, de mutuo acuerdo, lo soliciten por escrito” [art. 8.1.b) ASAC]. Y en cuanto a la mediación, aunque se establece que la misma será obligatoria siempre que la solicite una de las partes [art. 8.1.a) ASAC], nada garantiza que finalice con acuerdo.

imprescindible que la organización productiva estuviera atravesando una situación económica negativa en la fecha del descuelgue, pues bastaba con la simple previsión de pérdidas, añadiendo la precisión de que la aplicación de la cláusula salarial convencional pudiera “afectar al mantenimiento del empleo en la empresa”; dicho de otro modo, la inaplicación del régimen salarial del convenio supraempresarial se presentaba como una alternativa a la adopción de medidas de flexibilidad externa, con destrucción de puestos de trabajo, a las que legítimamente podía recurrir la empresa para superar una situación económica adversa¹¹.

La Ley 35/2010 pretendió hacer más viable la técnica del descuelgue en temas retributivos, pero la situación no mejoró, y ello a pesar de que RDL 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, introdujo los siguientes cambios: primero, en cuanto a las causas, permitía el descuelgue salarial en la situación de disminución en los ingresos; en segundo lugar, en cuanto al procedimiento, el mencionado RDL 7/2011 añadió la posibilidad de instar un trámite ante la comisión paritaria, obligatoria para la otra parte, y si tenía éxito, resultaba dirimente.

La razón de esta reforma, se debe a la baja utilización que se había hecho de la fórmula de ajuste salarial como consecuencia de las dificultades aplicativas que planteaba su diseño incluso tras la reforma de 2010, en especial por la falta de previsión de un mecanismo que diera respuesta definitiva a la solicitud de inaplicación en los casos de falta de acuerdo entre las partes de las consultas; así se dispone en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012; *“La última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno”*.

En consecuencia, el legislador de 2012 piensa, en términos muy gráficos, que “más vale trabajadores con retribuciones rebajadas que nuevos parados¹². El RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 han introducido modificaciones muy significativas en el régimen jurídico de esta

¹¹ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Descuelgue salarial”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (coords.), *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 155.

¹² SEMPERE NAVARRO, A-V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio)*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 110.

institución, que afectan, por un lado a las causas, y por otro al procedimiento, o a los efectos de la inaplicación del convenio. Se ha unificado en el artículo 82.3 ET el régimen jurídico del descuelgue del convenio colectivo, que desde el año 1994 se regulaba de forma diferenciada en dos preceptos: el artículo 41.6, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, y el artículo 82.3, sobre el descuelgue del régimen salarial del convenio de ámbito superior a la empresa. Actualmente, el artículo 41.6 ET, establece que la modificación de las condiciones de trabajo recogidas en los convenios colectivos y regulados en el Título III, habrán de realizarse según el procedimiento del artículo 82.3 ET. El procedimiento regulado en el artículo 41 ET sirve para modificar las condiciones recogidas en acuerdos o pactos de empresa y en convenios colectivos extraestatutarios. Por ello, el cambio o sustitución de las condiciones de trabajo de un convenio colectivo, no se regula como una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ha cambiado por una forma materialmente ampliada de descuelgue¹³.

Además de refundir y ampliar las condiciones de trabajo susceptibles de inaplicación – las mismas que pueden ser objeto de una modificación sustancial según el artículo 41 ET más las mejoras voluntarias de protección social-, la relajación causal y, sobre todo, las facilidades procedimentales que las normas de 2012 introducen para lograr la efectiva inaplicación del convenio colectivo –la solución del conflicto, caso de no existir acuerdo en el periodo de consultas y de fracasar los medios de solución autónoma, pasa ahora por un arbitraje o decisión vinculante en el seno de la CCNCC u órgano autonómico equivalente-, han producido un importante redimensionamiento de su eficacia y un considerable incremento en el número de inaplicaciones, que se ha disparado hasta convertirse en un importante instrumento a la hora de intentar salvar la situación económica de la empresa, como se tendrá ocasión de comprobar en el siguiente epígrafe.

IV. TIPOLOGÍA DE CONVENIOS: SU INCIDENCIA EN EL CAUCE DE INAPLICACIÓN

La última de las reformas (esto es, la de 2012) mantiene la dualidad de tratamiento entre convenios colectivos estatutarios y el resto de los pactos y acuerdos colectivos,

¹³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012”, en *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 98.

incluyendo en el segundo de los grupos a los convenios colectivos extraestatutarios. En estos términos formales, la diferencia se produce en clave sistemática de ubicación por precepto de las correspondientes fórmulas de inaplicación convencional: el mecanismo de descuelgue de condiciones previsto en el art. 82.3 del ET se restringe a los convenios colectivos estatutarios, en tanto que los restantes productos de negociación colectiva quedan reconducidos a los procedimientos de modificaciones sustanciales del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores. Desde la perspectiva material, lo relevante es que todos aquellos convenios ya cuerdos que no tienen el carácter de convenios estatutarios, al canalizarse por la vía del art. 41 ET, a la postre se pueden modificar por decisión unilateral del empleador, aparte de otros efectos ampliatorios de no poca trascendencia, en los términos que por contraste analizaremos a continuación: se amplían al máximo las causas justificativas de la inaplicación, la relación de condiciones modificable es ilimitada al ser la lista correspondiente una relación abierta y ni siquiera se someten al período de consultas cuando se les da el tratamiento de modificaciones individuales por no superar los umbrales cuantitativos previstos en dicho precepto para marcar la frontera entre cambios individuales y colectivos.

De todos estos elementos diferenciales en el tratamiento entre unos y otros tipos de convenios y acuerdos colectivos, el de mayor alcance es el que permite que la inaplicación de lo pactado se produzca por voluntad unilateral del empleador, con amplia superación del principio civil de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar a voluntad de una de las partes y, sobre todo, contraviniendo el principio laboral de garantía del *pacta sunt servanda* colectivo. Dicho de otro modo, con ello no queda garantizado el respeto a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, sino que es una regla de alcance constitucional a favor del conjunto de los convenios colectivos celebrados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, se vulnera el mandato constitucional cuando se habilita un procedimiento fácil y de muy escasa limitación que desemboca en facultad al empleador para que no respete la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Es cierto que algún pronunciamiento aislado de nuestro Tribunal Supremo ha admitido la corrección de esta fórmula tal como está presente desde hace tiempo reflejada en el art. 41 del ET¹⁴, sin embargo, dicha doctrina, aparte de no haberse reiterado hasta el momento presente como para considerarse que el mismo crea jurisprudencia asentada, se efectúa exclusivamente desde la perspectiva de interpretación de la legalidad ordinaria y,

¹⁴ STS 6 de Octubre de 2009, RJ 5661

por ello, sin entrar a fondo en el análisis de las objeciones de constitucionalidad que se le pueden hacer al mecanismo de modificación unilateral tal como se encuentra recogido en el citado art. 41 ET.

Visto este elemento desde la otra perspectiva, comoquiera que todos los descuelgues de convenios estatutarios a partir de ahora se desenvuelven extramuros del procedimiento de modificaciones sustanciales (art. 41.6 ET¹⁵), situándose necesariamente en el ámbito de la regulación sobre descuelgues (art. 82.3 ET¹⁶), ello significa que cualquier tipo de inaplicación convencional se canaliza por esta última vía con independencia de su afectación cuantitativa. Dicho de otro modo, en ningún caso se aplican los umbrales numéricos del art. 41 ET, de modo que aunque se pretenda una inaplicación parcial por afectar a un número reducido de trabajadores dentro de la empresa, siempre y en todo caso se deberá ello tramitar a través del procedimiento del art. 82.3¹⁷.

En segundo lugar, hasta el momento, el procedimiento de inaplicación salarial estaba circunscrito al supuesto de un convenio colectivo sectorial respecto del cual la situación de una concreta empresa requería inaplicar dichas condiciones en ese específico ámbito de la empresa; perspectiva que era esencialmente la que había propiciado que se asentara en el lenguaje habitual, no técnico legal, el término “descuelgue”, en la medida en que era una sola empresa la que se separaba del régimen de condiciones salariales previsto en el convenio sectorial, en tanto que el conjunto de las restantes empresas del sector se mantenían en el ámbito de aplicación de este convenio. Ahora, sin embargo, el texto estatutario incorpora no sólo la hipótesis del descuelgue respecto del convenio sectorial sino adicionalmente la del mismo proceso respecto de lo pactado en un convenio de empresa, en términos tales que a partir de ahora incluye también el fenómeno del “autodescuelgue”. Conviene advertir en este punto, que la novedad es relativa, por cuanto que con precedencia era posible articular la mayoría de estos descuelgues por la vía del art. 41 ET o bien por la vía del acuerdo voluntario de anticipo de la renovación de cualquier convenio colectivo, siempre viable en desarrollo del principio general de

¹⁵ En el cual se indica que las modificaciones de las condiciones de trabajo que se encuentran en los convenios colectivos se deberán hacer con arreglo a lo dispuesto en el artículo 82.3 ET

¹⁶ Artículo referido a lo relacionado con las materias objeto de inaplicación y el procedimiento a seguir para obtener un acuerdo en caso de ser necesario el descuelgue.

¹⁷ En el mismo sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva, en prensa.

autonomía contractual colectiva de los legitimados para pactar o renovar un convenio colectivo. Eso sí, no deja de tener su trascendencia cuando ahora se arbitra un mecanismo que al final desemboca en una fórmula que no garantiza que el descuelgue se articule como un procedimiento de flexibilidad negociada.

La situación es distinta si se trata de un convenio colectivo extraestatutario, al que se puede llegar por dos vías:

- Por necesidad o imposibilidad originaria, cuando no existan representantes legitimados para negociar un convenio colectivo estatutario conforme a los arts. 87 a 89 ET
- De forma voluntaria o imposibilidad sobrevenida, cuando sí existan representantes legitimados para negociar un convenio colectivo estatutario y las partes decidan negociar extraestatutariamente y respetando en todo momento el deber de negociar de buena fe que se refleja en el art. 89.1 ET.

De este modo, y como podemos ver en diversas sentencias del Tribunal Supremo, el contenido de dichos convenios ha mermado considerablemente, haciendo nulas las cláusulas de imposible aplicación individualizada y de necesaria aplicación a todos los trabajadores de la empresa.

No obstante, estos convenios colectivos extraestatutarios están limitados por las normas legales y reglamentarias imperativas (absolutas y mínimas)¹⁸.

V. CONVENIOS COLECTIVOS AFECTADOS: SECTORIALES O DE EMPRESA

El acuerdo de descuelgue por el que se procede a la inaplicación, puede afectar bien a los convenios de sector, con independencia de cuál sea el ámbito geográfico del mismo, nacional, autonómico, provincial o incluso inferior; o bien, podrá afectar al propio convenio colectivo de empresa, fenómeno ya mencionado anteriormente, que responde al nombre de “autodescuelgue”.

¹⁸ STS de 22 de octubre de 1993.

Esta duplicidad de la tipología convencional puede verse afectada por el hecho de que el descuelgue de condiciones, es un mecanismo que procede de la refundición de otras dos instituciones precedentes: por un lado el descuelgue salarial, que afectaba a convenios colectivos de nivel superior; y por otro lado, la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, a través de acuerdo de empresa, que se refería a las condiciones pactadas en el convenio en dicho ámbito. Por ello, el hecho de que se haya construido la nueva figura sobre la base de estos elementos preexistentes, ha hecho que deban conservarse aspectos esenciales de ambos.

No obstante, el descuelgue no se ha limitado a fusionar el régimen jurídico de las dos vías anteriores; al contrario, la reforma de 2012 ha ido mucho más allá de lo que las reformas anteriores permitían, y la diferencia es la siguiente: bajo el régimen jurídico precedente, el descuelgue salarial afectaba sólo al convenio de ámbito superior, de manera que esta institución pretendía evitar que los incrementos dañinos para la empresa y negociados en ámbitos superiores fuesen aplicables. Hoy, el descuelgue puede afectar al propio convenio de empresa. Consecuentemente las posibilidades de adaptación del salario que hay hoy, son mucho mayores, convirtiendo en papel mojado incluso los convenios en los que existe una intermediación absoluta con su realidad productiva y económica. De otro lado, la modificación sustancial afectaba a convenios de empresa; pero con la regulación actual el descuelgue de condiciones puede referirse a convenios colectivos de ámbito superior. Dicho de otra manera, se han incrementado de manera exponencial las dosis de flexibilidad.

Llegados a este punto, cabe preguntar ¿es posible un descuelgue a nivel inferior a la empresa? Con la regulación actual parece que no es admisible la posibilidad de un descuelgue de condiciones de ámbito inferior a la empresa; es decir, un acuerdo de centro de trabajo no podría inaplicar en dicho ámbito lo pactado en un convenio de sector o en el propio convenio colectivo de empresa. El hecho de que la regulación laboral actual se refiera de manera expresa a la posibilidad de inaplicar “en la empresa” puede vetar esta posibilidad. Por otra parte, también procede tener en cuenta que al conformar las causas justificativas del descuelgue, el legislador se refiere a que de los “resultados económicos de la empresa” se deduzca una situación económica negativa; por lo tanto lo que va a tenerse en cuenta son las circunstancias de toda la empresa, no de un concreto centro de trabajo. En el mismo sentido, tampoco sería idóneo un acuerdo de descuelgue aplicado

respecto de un convenio colectivo inferior al nivel de empresa, pues el precepto admite la inaplicación de condiciones previstas en un convenio “de sector o de empresa”, pero en modo alguno de ámbito inferior.

VI. FIJACIÓN DEL PERIODO VACACIONAL COMO MATERIA NEGOCIABLE AL AMPARO DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Como hemos analizado previamente en el apartado de alcance material, el artículo 82.3 ET establece una lista de carácter cerrado en la que se incluyen siete elementos que son objeto de descuelgue.

En palabras de Rojas Martín, el nuevo procedimiento de descuelgue se sustenta sobre el cumplimiento de tres requisitos:

“1º) Requisito causal: deben concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

2º) Requisito material: a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma, la norma establece ahora un listado cerrado de materias cuya regulación convencional puede ser inaplicada por esta vía: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de Seguridad Social.

3º) Requisito formal: básicamente, y con independencia de lo que se aclarará en varios puntos del presente texto, el proceso de inaplicación, deberá ir precedido de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4 ET entre la dirección de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, cuya duración no superará los quince días y que versará sobre las causas motivadores de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. El acuerdo se llevará a cabo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET. El resultado de dicho acuerdo se

comunicará a la autoridad laboral y se notificará a la comisión paritaria del convenio colectivo.”.

Abordando la correcta o no inclusión de las vacaciones dentro de la lista del artículo 82.3 ET, podemos decir que a pesar de que la doctrina establece firmemente que se trata de un *numerus clausus* en el cual no caben añadiduras, parece ser que el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia en sentido contrario, es decir, incluyendo una materia a mayores (el período vacacional) dentro de ese artículo 82.3 ET; no tanto incluyéndola literalmente, sino aplicándola analógicamente.¹⁹

El Alto Tribunal estimó el recurso de casación, entendiendo que de todo modo cabía admitir las vacaciones dentro de esa lista de materias objeto de descuelgue y que esto era así debido a tres motivos:

- Por analogía, puesto que el período vacacional es materia de importancia similar a la jornada de trabajo, horario y retribución.
- Por interpretación sistemática de la norma, ya que aunque no se hable literalmente de vacaciones, debe extenderse dicho significado a jornada de trabajo, horario y distribución de tiempo de trabajo, pues al igual que éstos, las vacaciones se encuentran reguladas en el capítulo II, sección V (art 38 ET), bajo la denominación “Tiempo de trabajo”.
- Ajustando la interpretación al criterio finalista de la norma, aludiéndose al preámbulo del RDL 3/2012, en el cual se refleja el objetivo de “*fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa*”, no encontrando dicha Sala ningún argumento para no incluir las vacaciones en el conjunto de materias objeto de inaplicación del convenio.

¹⁹ STS Nº 3157/2013 de 27 de Mayo de 2013, que resuelve el recurso de casación 90/2012 y que enfrenta a Arcelor Mittal España S.A. con los sindicatos de CCOO, UGT y USO por haber interpuesto periodos vacacionales inferiores a 28 días naturales para los trabajadores de los centros de trabajo de Gijón y Avilés.

VII. JUSTIFICACIÓN CAUSAL

El hecho de que sea factible inaplicar la regulación de un convenio colectivo, sustituyendo esa ordenación por otra peyorativa, supone una posibilidad verdaderamente caprichosa en términos jurídicos; de ahí que se tome como natural que el legislador haya concretado un conjunto de límites.

El primero de ellos es el causal: la exigencia de un motivo como elemento desencadenante del descuelgue, limitando el legislador cuáles son las causas que pueden originar el descuelgue. No obstante, este primer veto es excepcionalmente débil y que otorga al empresario una gran flexibilidad que además, incluso por el mismo legislador se presume la existencia de causa cuando existe acuerdo. En buena medida la flexibilidad que aporta el descuelgue de condiciones de trabajo procede justamente de una débil causalidad.²⁰

De una forma generalizada, el art. 82.3 ET establece que el descuelgue de condiciones puede llevarse a cabo cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Existe causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, lo cual se va a producir en dos situaciones diferentes: existencia de pérdidas actuales o previstas; o en caso de disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas (entendiéndose por persistencia cuando tal situación se produce durante dos trimestres consecutivos comparados con los mismos trimestres del año anterior). De otro lado, hay causa técnica cuando se produzcan cambios, entre otros, en los medios o instrumentos de producción; causa organizativa cuando haya cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en la manera de organizar la producción; y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar.

Como ya se ha dicho con anterioridad, a este momento en el que nos encontramos se ha llegado gracias a unas sucesivas reformas. Tal evolución además ha afectado a las dos instituciones jurídicas que han confluído en el descuelgue del convenio (la modificación de condiciones sustanciales pactadas en convenio colectivo y el descuelgue salarial).

²⁰ Tal como ha señalado ESCUDERO RODRÍGUEZ, la actual regulación supone un riesgo de confundir la exigencia legal de justa causa, con la mera y simple exigencia de una excusa.

Inicialmente, la causalidad en el descuelgue salarial está vinculada exclusivamente a la posibilidad de que la “estabilidad económica” de la empresa “pudiera verse dañada” por la aplicación del salario regulado en un convenio de nivel superior²¹; es decir, se posibilitaba el descuelgue pero sólo ante una causa muy concreta. La regulación establecida en el RDL. 10/2010²² amplió este planteamiento causal, pues admitía el descuelgue salarial “cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades del empleo”. La verdadera novedad causal introducida por la reforma de 2010 estaba en el control de la causa: en la redacción de 1994 el legislador cedía buena parte de la capacidad para especificar la causa o circunstancias en las que se permitía el descuelgue a la negociación colectiva de nivel superior; lo cual supuso que el descuelgue salarial quedaba reservado tan sólo para situaciones realmente extremas²³. Con las reformas introducidas en 2010 desaparece ese control que ejerce el convenio de sector, liberalizando la posibilidad del descuelgue salarial. Además, la reforma de 2010 planteaba la posibilidad de un descuelgue salarial preventivo, tal y como destacó algún sector doctrinal²⁴, al hacer depender la causa económica de las “perspectivas económicas” de la empresa. Posteriormente el RDL. 7/2011 mantuvo la redacción procedente de la reforma de 2010, si bien ampliaba aún más las causas al admitir el descuelgue salarial cuando la empresa sufría una disminución persistente de su nivel de ingresos.

En cuanto a la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio colectivo, en la reforma de 1994 ya se establecía que las causas que la justificaban eran las económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ahora bien, se entendía que concurrían tales

²¹ Vid. la redacción del art. 82.3 ET resultado de la reforma de 1994.

²² La redacción del precepto se mantuvo, en materia de causalidad, en los mismos parámetros en la Ley 35/2010.

²³ NAVARRO NIETO, F.: “Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva”, *Temas Laborales* nº 107 (2010), p 204.

²⁴ En este sentido FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue (...)”, op. cit., p 36. Este mismo autor en “Cláusulas de descuelgue empresarial”, en AA.VV., “La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa”, Comares, Granada 2011, pp. 240-241; también GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna (...)”, op. cit., p 410; de igual modo LLANO SANCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral* nº 22 de 2010, p 2643; MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales* nº 23-24 de 2011, p 172. 28 Establecía el RDL. 7/2011 que podía plantearse la situación de un descuelgue salarial de la empresa, “cuando ésta tenga una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma”. Esto ha hecho señalar a algún autor que la reforma de 2011 supuso para el descuelgue salarial una cierta apertura causal; en este sentido CRUZ VILLALÓN, J.: op. cit., p 232.

causas “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca la posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. Este planteamiento se mantuvo durante la reforma del RDL 10/ 2010, pero la Ley 35/2010, incluyó en la justificación de la modificación sustancial, el elemento preventivo, entendiendo que se cumplía la causa cuando la modificación “contribuya a prevenir un evolución negativa de la empresa”, manteniéndose esta redacción en el RDL 7/2011.

En la regulación confluyen descuelgue salarial y modificación sustancial en el art. 82.3 ET. Como ha señalado la doctrina, esta regulación supone aplicar al descuelgue de condiciones el modelo normativo establecido en materia de causas de despido colectivo²⁵.

En cuanto a la causa económica se define como una “situación económica negativa”, concepto genérico que ha de darse en cualquiera de los casos en que se alegue. Dentro de la misma el legislador especifica que son tres las situaciones justifican el descuelgue: a) las pérdidas actuales, b) la previsión de futuras pérdidas, c) la disminución persistente de ingresos que afecten a la viabilidad de la empresa o la capacidad de mantener el empleo.

Los interrogantes que puede provocar este abanico son importantes. Por ejemplo, se admite el descuelgue por la existencia de pérdidas actuales, pero, ¿qué nivel de pérdidas justifica el despido colectivo? Nótese la ambigüedad de esta situación, pues el legislador no puntualiza en absoluto su intensidad ni la duración que debe tener para ser relevante a los efectos de esta causa²⁶, lo que podría hacer plantearse que cualquier tipo de pérdida pudiera justificar el descuelgue. La flexibilidad de esta concepción legal es evidente, pues todo lo que suponga pérdidas económicas de la empresa ya justificaría la decisión del descuelgue, aun cuando la cuantía de las mismas sea reducida o insignificante; todo lo cual plantea con crudeza la posibilidad de utilización de esta vía de modo abusivo por parte de los empresarios. En este caso, entendemos que la respuesta no es sino la de

²⁵ En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales* nº 115 (2012), p 110.

²⁶ Sobre la cuestión GALA DURAN, C.: “Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)”, *Relaciones Laborales* nº 11 de 2012, p 1308.

estimar que el uso antisocial del derecho no puede ser permitido en nuestro ordenamiento tal y como deriva del art. 7.2 del Código Civil.

De otro lado, la literalidad actual admite la figura del descuelgue preventivo, al que se pueden aplicar idénticas críticas que se acaban de formular en el párrafo anterior: no se objetiva en modo alguno la certeza relativa a la existencia futura de pérdidas, ¿qué nivel de certeza es exigible en la previsión de pérdidas futuras?, y sobre todo, ¿cómo puede probarse la existencia de pérdidas previstas? Sobre ello el legislador guarda silencio.

En tercer lugar, en cuanto a la disminución de ingresos ordinarios o ventas, debemos señalar que en sí mismo esta forma de configurar la causa económica ya aporta una flexibilidad enorme, pues la empresa ni tan siquiera ha de afrontar una situación con pérdidas económicas, bastando que haya una disminución de los ingresos o ventas, aun cuando la empresa siga generando beneficios.

Desde este punto de vista, resulta que la empresa no sólo ha de tener siempre unos resultados económicos favorables, sino que medido en períodos trimestrales, siempre deben ser aún mejores que los resultados del mismo período durante el año anterior: no sólo debe ganar, sino que debe ganar siempre más.

En todo caso, cabe insistir en que el canon interpretativo que debemos utilizar para determinar la existencia de esta causa debe descansar sobre la proscripción del abuso de derecho y del uso antisocial del derecho (art. 7.2 CC). Al menos, el legislador ha objetivado mínimamente la interpretación de qué debemos entender como persistente: dicha persistencia se genera cuando la disminución se mantiene durante dos trimestres consecutivos, en comparación con los mismos trimestres del año anterior (comparación simétrica²⁷). Con ello el legislador evita que se produzcan situaciones en las que el empresario pueda aprovechar la evolución cíclica de los resultados de la empresa (de ahí la comparación con los mismos trimestres del año anterior, y no con el inmediatamente anterior).

²⁷ Expresión utilizada por DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral* nº 17-18 de 2012, p 1792.

Así pues, el principal problema derivado de esta regulación es el de la prueba de las circunstancias que pueden desencadenar la causa económica. Con anterioridad se ha advertido que el art. 82.3 ET es tributario del art. 51.1 ET, precepto que funciona como la regla central en la regulación de la “causa económica”. Pues bien, en la regulación actual, el art. 51.1 ET con la vigente literalidad se ha suprimido expresamente la necesidad de acreditar la razonabilidad de la decisión empresarial, cuestión que es plenamente trasladable al descuelgue. Hasta la reforma de 2012 cuando se planteaba un despido colectivo por causa económica, si se entraba a determinar la existencia o inexistencia de causa, resultaba de aplicación el llamado “juicio de razonabilidad”, doctrina de origen jurisprudencial a través de la que podía constatarse la existencia o no de causa. Dada la falta de referencia legal en relación a la razonabilidad de la decisión empresarial surge la duda de que en caso de cuestionamiento de la falta de causa en el descuelgue de condiciones, se juzgue la cuestión desde esta perspectiva. Si se mantiene la necesidad de este juicio de razonabilidad, supondría que debe probarse la conexión entre la modificación de condiciones y las causas alegadas²⁸. En definitiva, debe acreditarse la adecuación de la medida a los objetivos perseguidos. El empresario debe ser capaz de justificar, en términos de razonabilidad, que es una decisión adecuada para conseguir superar las dificultades de la empresa.

Tal como ha quedado la literalidad de la redacción actual de los arts. 51 y 82.3 ET, el legislador ha suprimido el control de razonabilidad, por lo que parecería que ese criterio utilizado por la jurisprudencia a la hora de enjuiciar la existencia de causa económica ha desaparecido de nuestro ordenamiento. En todo caso, parece que es evidente que debe realizarse una interpretación de la causa económica en términos de automaticidad.

La nueva regulación va a suponer un incremento notable de la capacidad empresarial para poder poner en marcha una modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio, pues al margen de que la causa económica sea hoy más amplia que en la regulación anterior, además, siguiendo la regulación de las causas del despido colectivo, se han incluido las causas tecnológicas, organizativas y productivas, que antes no estaban

²⁸ STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162.

presente. Con ello se evidencia que las posibilidades causales son hoy día más amplias que en redacciones anteriores, pues su configuración es mucho más flexible; y sobre todo, suponen una clara ampliación respecto de la modificación del salario, pues el antiguo descuelgue salarial sólo admitía la causa económica. En suma, la amplitud de causas para justificar el descuelgue, deja un importante margen a la decisión del empresario, pues la carga de ambigüedad es bastante relevante, estando lejos de constituirse como una regulación que consiga objetivar de manera clara los motivos que dan lugar al descuelgue.

Si, una vez dicho lo anterior, se le adhiere el hecho de que, como hemos dicho, apenas sea necesario que la causa exista, esta se presume cuando se alcanza el acuerdo con los representantes de los trabajadores, limitándose acusadamente la posibilidad de oponerse a ese acuerdo²⁹. Como conclusión es que se ha determinado una regulación que es abiertamente flexible desde la visión causal; o como ha señalado algún autor, se trata de una regulación “mínimamente causal”³⁰.

VIII. LÍMITES MATERIALES

Tras la exposición por el legislador de la existencia de causas que justifican la inaplicación de condiciones de trabajo, comienza a regular un conjunto de materias sobre las cuales el empresario ha de tener cuidado, de forma que la posibilidad de inaplicar las condiciones pactadas en convenio y regular otras condiciones diferentes se ciñe a tal conjunto.

Brevemente, cabe destacar que el legislador ha ido reformando todo lo concerniente al descuelgue, y su origen, como ya hemos dicho con anterioridad, comenzó ineludiblemente en 1994 cuando en la redacción del art. 41.2 ET del momento se incluía el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, el sistema de

²⁹ No obstante, NAVARRO NIETO, F. estima que existe margen de maniobra suficiente para poder destruir la presunción, dado que el acuerdo puede impugnarse en caso de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. Op. cit., p 206.

³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, Temas Laborales nº 115 2012.

trabajo y rendimiento. Por su parte, el descuelgue salarial en la redacción de 1994 (art. 82.3 ET) se refería únicamente al salario. Con posterioridad la reforma de 2010 (art. 41.6 ET) amplió un poco más las condiciones reguladas en convenio que podían modificarse (añadía la distribución del tiempo de trabajo y las funciones cuando superaban los límites del art. 39 ET). Con las reformas de 2012 se refunden en el art. 82.3 ET las condiciones del convenio que pueden inaplicar y modificarse, añadiendo además la jornada y las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Es conveniente señalar que el listado de condiciones de trabajo se refiere tanto al descuelgue de convenios de sector como de empresa. Con ello se resuelve la disyuntiva que se había llevado a cabo con el art. 41.6 ET en la redacción dada por la Ley 35/2010, a tenor del cual el límite material se refería tan sólo a la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio estatutario de sector, de manera que dicho límite material no era aplicable a la modificación de convenios de empresa. Desde la perspectiva de las concretas condiciones de trabajo que pueden ser objeto de inaplicación y modificación, lo primero que debe señalarse es que se trata de un listado cerrado, no admitiéndose la posibilidad de una ampliación del conjunto de materias allí recogidas. En cuanto a las concretas materias que se incluyen, parecen obedecer todas ellas a un mismo criterio: se trata de aquel conjunto de condiciones cuya alteración puede facilitar tanto una mayor eficiencia del funcionamiento de la empresa al escapar de la uniformidad del convenio aplicable, como una mayor capacidad de adaptación a las condiciones económicas, facilitando así la competitividad de la empresa.

Un rápido análisis de este listado evidencia que se trata de aquellas materias que tienen un gran peso específico dentro de la regulación del convenio colectivo, y que repercuten de manera más directa en que la empresa pueda adquirir más flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias concretas en las que debe actuar, facilitando la posibilidad de adecuar los costes de trabajo a sus necesidades económicas. En líneas generales, supone sobre todo la posibilidad de reconfigurar el tiempo de trabajo (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos), el salario y la retribución (sistema de remuneración y cuantía salarial, mejoras voluntarias), y las funciones.

Centrando ahora la atención en aquellas incorporaciones de condiciones de trabajo que se hayan realizado a través del conjunto de reformas producidas entre 2010 y 2012. Es

menester apuntar, en primer lugar, que hace referencia a la jornada de trabajo. Se trata de una materia que fue objeto de incorporación a la posibilidad de descuelgue con el RDL 3/2012, sin que se mencionara anteriormente en la regulación sobre modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio colectivo. Con la reforma de 1994 se admitía la modificación del horario de trabajo; pero jornada y horario son instituciones diferentes³¹: la jornada de trabajo se refiere al “*quantum*” del tiempo de trabajo, a cuánto tiempo debe destinar el trabajador al desarrollo de su prestación de trabajo³². Cuestión diferente es la relativa al horario de trabajo, que en puridad hace referencia a la distribución del tiempo de actividad: cuándo se comienza a trabajar y cuándo se termina, si esos períodos son continuados o no, si se desarrollan durante el día o durante la noche, etc.³³; y el horario de trabajo siempre había formado parte de las materias en las que era posible una modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio colectivo.

Que el legislador haya incluido entre las condiciones de trabajo susceptibles de descuelgue a la jornada supone la posibilidad de modificar la cuantificación del tiempo de trabajo que se haya pactado en el convenio; es decir, la posibilidad de regular jornadas de trabajo más amplias; si bien, en todo caso deberán respetar los máximos legales regulados en el art. 34 ET. Lo que no es factible, bajo mi punto de vista, es que a través

³¹ Tal como señaló ESCUDERO RODRÍGUEZ, en el tiempo de trabajo hay una doble vertiente de planos que convergen: “el volumen del trabajo prestado, ordinario y extraordinario y, de otro, su ordenación interna o distribución dentro de determinados parámetros, sean diarios, semanales, mensuales o anuales. Es decir, las vertientes cuantitativa y cualitativa del tiempo de trabajo que, por cierto, están indisolublemente unidas, pues pueden considerarse planos interdependientes entre sí”. “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 4 de 1999, p 313.

³² Tal como afirma BODAS MARTIN, R.: “La jornada de trabajo está formada por el número de horas, que el trabajador está obligado a trabajar efectivamente, destacándose, por tanto, el aspecto cuantitativo (...)”. *La jornada laboral*, Dykinson, Madrid 2002, p 12. En el mismo sentido CARCELEN GARCÍA, J., quien señala que “La jornada podría definirse como el tiempo debido por el trabajador al empresario en virtud de la relación contractual que les vincula. Pero tal deuda temporal no es abstracta ni ilimitada, sino que debe ser acotada en cuanto a su duración, la cual debe fijarse dentro de unos parámetros, así mismo temporales, con el fin de poder ser objeto de su cómputo. Sin embargo, la duración de la jornada no se realiza sólo en función de un único parámetro, sino en relación con diferentes unidades de tiempo. Así, se habla de jornada anual, mensual, semanal y diaria”; op. cit., p 23.

³³ Como señala FITA ORTEGA, F.: “Se trata, por un lado, de aquello en lo que propiamente consiste la jornada, es decir, la determinación del número total de horas durante las cuales puede exigirse la efectiva prestación de servicios de los trabajadores (aspecto cuantitativo de la jornada); y, por otro, del horario, esto es, de la identificación de los momentos en que, dentro del límite anterior, puede exigirse al trabajador la realización de sus tareas (aspecto cualitativo de la jornada de trabajo)”. *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p 27. De igual manera la jurisprudencia, tal como afirma la STSJ de Valencia de 15 de noviembre de 2005, AS 2006\1268: “El cambio operado no afecta a la jornada, sino únicamente al horario, esto es, a la delimitación del momento concreto en que se fijan las horas de comienzo y finalización del trabajo (...)”.

del descuelgue se pueda producir una conversión de contratos a jornada completa a tiempo parcial: si bien el art. 12.4 e) ET, al regular el contrato a tiempo parcial prohíbe la conversión a través de una modificación sustancial ex art. 41.1 a) ET, nada afirma respecto de la vía del descuelgue. Sin embargo, el art. 12.4 e) ET deja muy claro que la conversión sólo puede producirse de manera voluntaria para el trabajador (“siempre tendrá carácter voluntario”); lo que impediría acudir a la vía del descuelgue. Más aún, lo que plantea el art. 82.3 ET cuando se refiere a la jornada de trabajo es una alteración de la cuantificación de la misma, pero en modo alguno se refiere el legislador en este último precepto a una conversión de la naturaleza contractual del propio contrato de trabajo.

Junto con el descuelgue de la jornada de trabajo, se ha establecido la posibilidad de proceder al descuelgue del horario y la distribución del tiempo de trabajo. Lo primero ya estaba incluido en la regulación establecida en la reforma de 1994, lo segundo viene de las reformas introducidas en 2010 (en concreto, de la mano del RDL 10/2010). En realidad no se trata de una novedad, pues las modificaciones del horario de trabajo suponen una alteración de la distribución del tiempo de trabajo, por lo que en realidad el legislador vino a reforzar la distinción entre jornada y horario.

Otra de las materias que se ha incorporado recientemente es la relativa a las funciones, cuando excedan de los límites previstos para la movilidad funcional del art. 39 ET; concretamente se incorpora al listado de condiciones pactadas en convenio estatutario susceptibles de modificación sustancial a través de la Ley 35/2010. El art. 39.5 ET establecía (y establece) que el cambio de funciones diferentes a las pactadas que superase los límites de la movilidad funcional ordinaria o extraordinaria regulada en dicho art. 39 debe realizarse bien por acuerdo entre las partes, o bien a través de las reglas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo. La novedad que aporta el art. 82.3 ET consiste en el hecho de que se incorpora esta posibilidad a la modificación de condiciones pactada en convenio o descuelgue de condiciones.

Las funciones que puede desarrollar el trabajador derivan de la clasificación profesional del mismo, que se realiza por acuerdo entre las partes ex art. 22.4 ET. A partir de ahí sus funciones son las correspondientes a su grupo, estando fijadas las mismas por convenio colectivo. El art. 39 ET regula la capacidad empresarial de especificar cuáles son las tareas o funciones que en cada concreto momento desarrolla cada trabajador. En principio

esta capacidad del empresario se ve limitada por la pertenencia del trabajador a un grupo profesional (movilidad dentro del grupo o movilidad ordinaria). Sin embargo, las aristas del grupo profesional pueden superarse a través de la movilidad extraordinaria (art. 39.2 ET), que es una institución que también tiene límites legales. Cuando el art. 39.4 ET prevé la posibilidad de superar tales límites a través de un acuerdo entre las partes o a las reglas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, hace referencia a la posibilidad de ir aún más allá de los límites legales en la especificación de las tareas que debe desarrollar el trabajador.

Teniendo en cuenta que el art. 82.3 ET se refiere al descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo, se puede entender que el papel que puede asumir este último precepto en relación al cambio de funciones es el de la alteración de las funciones pactadas en el propio convenio colectivo. Es decir, la modificación de funciones atribuidas a cada grupo profesional. Ahora bien, la cuestión es tremendamente compleja, pues el art. 82.3 ET sólo se refiere a la modificación de funciones más allá del art. 39 ET; en ningún caso, y esto es importante, se admite la posibilidad de un descuelgue de la clasificación profesional; y la clasificación profesional no es sólo una estructura de grupos profesionales (A, B, C, etc.), sino que supone la determinación del conjunto de tareas de cada grupo³⁴. Dicho de otra manera: no parece admisible que por la vía del art. 82.3 ET se desarrollen cambios de funciones que impliquen en la práctica una alteración del sistema de clasificación profesional (suprimiendo grupos profesionales, o manteniendo formalmente un grupo, si bien permitiendo que esos trabajadores desarrollen todas o las sustanciales tareas de un grupo inferior), pues el legislador no ha previsto el descuelgue de condiciones relativas a la clasificación profesional. De otro lado, es evidente que también sería inviable la alteración de la adscripción de concretos trabajadores a un grupo profesional, pues es algo que está reservado al acuerdo individual entre trabajador y empresario y que ni siquiera se regula en el marco del art. 39 ET.

El sistema de remuneración y la cuantía salarial representan, sin duda, dos de las condiciones de trabajo a cuya inaplicación recurren con mayor frecuencia los empresarios

³⁴ Como señala el art. 22.2 ET, “Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación (...)”.

ante cualquier necesidad económico-productiva vinculada al mantenimiento de la empresa.

Bajo la noción de sistema de remuneración se cobijan las diferentes modalidades de salarios: por unidad de tiempo, por unidad de obra, salarios mixtos (por ejemplo, abono de una parte del salario en cuantía fija más primas variables o incentivos en función del rendimiento o de los resultados del trabajo), comisiones, etc. El sistema de remuneración incluye también los diferentes complementos salariales que forman el salario, por lo que un cambio en la remuneración puede llegar a comportar la inaplicación de alguno de los complementos reconocidos en el convenio.

En cuanto a la cuantía salarial, para precisar qué sea o no salario ha de acudirse a las definiciones del artículo 26 ET, quedando excluidas de la posibilidad de descuelgue las percepciones extrasalariales establecidas en el convenio, salvo las mejoras voluntarias de prestaciones públicas de seguridad social: compensaciones por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral (dietas y kilometraje, plus por quebranto de moneda, pluses de distancia y transporte, plus por renovación de vestuario, etc.); prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social; indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. Es lógico que no quepa la inaplicación (para empeorarlas) de las cláusulas convencionales que establecen partidas extrasalariales, dado su carácter indemnizatorio o compensatorio de gastos asumidos por el trabajador.

Para terminar con las condiciones que se han incorporado de manera novedosa a las posibilidades del descuelgue, procede hacer referencia a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Esta inclusión tiene un sentido claramente económico, pues lo que se está planteando es la posibilidad de que las empresas dejen de abonar cantidades económicas que pueden suponer un importante coste para las mismas, e incluso amenazar su estabilidad económica al reducir sus recursos. Además, en la práctica esta posibilidad va a suponer que el descuelgue de condiciones afecta no sólo a los trabajadores en activo, sino también a aquellos que ya hayan cesado en el trabajo y estén disfrutando de posibles mejoras tras la extinción del contrato. Ello supone una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del descuelgue de condiciones de trabajo, que lo acerca, aún más, a la propia figura del convenio colectivo y a sus funciones.

Teniendo en cuenta lo anterior y conociendo, como se verá posteriormente, que ante la falta de representantes de los trabajadores, el descuelgue puede ser decidido por una comisión *ad hoc*, cabe preguntar sobre la adecuación constitucional de que una simple comisión de hasta tres trabajadores, sujetos que, según las reglas tradicionales en materia de legitimación para negociar, no tienen verdadera capacidad representativa, desde luego no representan a los que ya no son trabajadores y hoy son perceptores de mejoras, puedan eliminar o modificar una mejora.

También procede tener en cuenta que es frecuente encontrar, en las mejoras pactadas como consecuencia de un expediente de regulación de empleo que determina la extinción de contratos a cambio del mantenimiento de cotizaciones vía convenio especial financiado por la empresa, así como el abono de complementos a prestaciones de jubilación de carácter anticipado.

IX. IMPOSIBILIDAD DE DESCUELGO UNILATERAL

El procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo se caracteriza por ser indisponible, por lo que a pesar de que el período de consultas concluya sin haber obtenido un acuerdo, se debe continuar con el procedimiento y no proceder a la inaplicación o descuelgo de condiciones de trabajo de manera unilateral por la empresa. Esto *“no es una actuación que reúna validez jurídica, lo que conlleva que tal decisión unilateral de la empresa ha de ser declarada nula”*³⁵. De nada serviría entonces que se alegue la situación perjudicial económicamente para la empresa o incluso crítica, *“puesto que ello, en su caso, podrá justificar el correspondiente procedimiento de inaplicación del convenio en virtud de lo dispuesto en el mismo artículo 82.3 ET, pero en modo alguno legitima el puro y llano incumplimiento convencional”*³⁶. Tampoco sería válido a estos efectos el pacto individual, al comportar una renuncia de derechos prohibida por el artículo 3.5 ET.

³⁵ STSJ Asturias 1 marzo 2013, (rec. 3125/2012)

³⁶ SAN 23 mayo 2013, (proc. 120/2013)

La doctrina judicial³⁷ declara la nulidad de una modificación del sistema de remuneración aplicable en la empresa porque afecta a un complemento retributivo regulado en convenio colectivo estatutario y no se siguió el procedimiento del artículo 82.3 ET. Algún pronunciamiento³⁸, ha destacado de forma contundente que *“la empresa tenía y tiene la obligación, contraída en virtud del Convenio, de abonar los incrementos reclamados, sin que su sola decisión unilateralmente adoptada sea causa válida ni mecanismo hábil para dejar de cumplir con el citado compromiso... Los alegados descensos de ingresos publicitarios, que, por otra parte, no han sido acreditados en absoluto, podrían haber sustentado, en su caso, la iniciativa de la empresa de poner en marcha un procedimiento de inaplicación del convenio conforme al artículo 82.3 ET, pero en modo alguno pueden ser atendidos en este pleito como motivación de la conducta empresarial”*.

No obstante se debe distinguir esto del hecho de que una Ley imponga de manera directa una disminución de derechos, por ejemplo, en lo referido a las rebajas salariales a los empleados públicos, supuesto en el que no será necesario llevar a cabo el procedimiento de inaplicación porque en tal caso la norma de superior rango se impone a la inferior, limitándose la empresa (Administración o ente público) a cumplir el mandato legal³⁹.

Tratándose de la modificación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, no basta con someterse al procedimiento regulado en el artículo 41 ET. Aunque la lista de materias del artículo 41 y el hecho de que aparezca regulado en ambos lugares la existencia de un período de consultas, no quiere decir que ambos preceptos legales sean exactamente iguales y mucho menos que sean la misma institución, pues en ese caso no tendría sentido que se regulase lo mismo en lugares diferentes. De hecho, ni la fuente de la condición modificada/inaplicada, ni la definición de las causas habilitantes, ni la duración de la modificación, ni el procedimiento o el modo de resolver los bloqueos en la negociación, son coincidentes; incluso las consecuencias para los trabajadores son las mismas no se corresponden. Por ello, si lo que se pretende es la inaplicación de una o varias condiciones de trabajo previstas en el convenio, debe usarse el procedimiento regulado en el artículo 82.3 ET y no el del artículo 41.4 ET 1, pues ni siquiera la obtención

³⁷ SAN de 28 noviembre 2012 (proc. 205/2012)

³⁸ SAN de 10 enero 2013 (proc. 135/2012)

³⁹ SSTS 19 diciembre 2011 (rec. 6472011), 10 febrero 2012 (rec. 107/2011) o 24 abril 2012 (rec. 60/2012), entre otras; también SSAN 24 octubre 2012 (proc. 221/2012) y 21 marzo 2013 (proc. 375/2012).

de un acuerdo en el marco de este último precepto *“subsana la omisión de un procedimiento exigido legalmente, que es objetivamente distinto al previsto en el art. 41.4 ET”*⁴⁰.

Como adecuadamente indica la doctrina judicial⁴¹: *“El procedimiento de descuelgue salarial previsto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores es, de este modo, bastante más estricto, dado que exige, en principio, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Es decir, al contrario de lo que ocurre con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, no basta con seguir el periodo de consultas para poder aplicar la decisión empresarial. Si no se alcanza un acuerdo con los representantes de los trabajadores, no es posible llevar a efecto una modificación unilateral de lo pactado en convenio colectivo, sin perjuicio de que en caso de discrepancia deba acudir a la Comisión Paritaria y a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos”*. En la misma línea, se ha declarado nula por los tribunales⁴² la reducción en un 10% del salario de la totalidad de la plantilla de la empresa regulado en convenio, pues si bien la empresa desarrolló el período de consultas con los representantes de los trabajadores, no habiendo alcanzado un acuerdo, abandonó *“de forma total y absoluta, el seguimiento de la tramitación específicamente exigida por el art. 82.3 del ET, procediendo, sin ninguna otra actuación, a comunicar a los trabajadores la adopción de la medida de reducción salarial propuesta”*⁴³.

Las sentencias del Tribunal Supremo respecto a los asuntos de Ikea Ibérica, Alcampo y Carrefour⁴⁴ son muy interesantes para estudiar el caso que ahora nos ocupa, ya que se han pronunciado sobre la validez de la modificación sustancial de condiciones de trabajo consistente en aumentar el número de días trabajados en domingos y festivos, introducida unilateralmente por la empresa (en algún caso sin periodo de consultas) como consecuencia de la ampliación por ley de los horarios comerciales en la Comunidad de

⁴⁰ SAN de 12 junio 2013, (proc. 213/2013)

⁴¹ SJS de Terrassa de 27 septiembre 2013, (proc. 975/2012)

⁴² STSJ Castilla-La Mancha de 25 octubre de 2013 (rec. 13/2012)

⁴³ En parecidos términos, la STSJ Andalucía/Sevilla, de 12 diciembre 2013 (rec. 2538/2013)(AS 2014,760) consideran nula, por incumplimiento del procedimiento establecido en el art. 82.3 ET y en el convenio colectivo, la inaplicación salarial acordada unilateralmente por la empresa, en un supuesto en el que, tras el período de consultas sin acuerdo, la empresa no remitió a la comisión paritaria del convenio la información necesaria para que ésta pudiera pronunciarse sobre la discrepancia.

⁴⁴ SSTs de 5 noviembre 2013 (rec. 66/2013), 11 diciembre 2013 (rec. 40/2013) y 13 marzo 2014 (rec. 80/213).

Madrid. En todas ellas se sostiene que dicha modificación comporta una alteración del régimen jurídico convencional de la distribución de la jornada, establecida con precisión en el artículo 32 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, que sólo podría haberse llevado cabo a través del procedimiento de descuelgue regulado en el artículo 82.3 ET, por remisión al mismo desde el artículo 41.6 ET.

El procedimiento de descuelgue del artículo 82.3 ET también se aplica sobre las empresas que se encuentren en concurso, sin que, en caso de desacuerdo en el periodo de consultas⁴⁵, y no habiéndose acudido a los procedimientos indicados en el artículo 82.3 ET, pueda el juez del concurso decidir sobre la solicitud de la empresa, al carecer de competencia para ello por no resultar aplicables los arts. 8.2 y 64 de la Ley Concursal.

X. LAS DUDAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES AL SECTOR PÚBLICO

Se han planteado dudas sobre si para dejar sin efecto la aplicación de condiciones de trabajo recogidas en convenios colectivos de carácter laboral en el sector público podía aplicarse el procedimiento del artículo 82.3 ET o por el contrario debía acudirse al que se refiere el artículo 38.10 del Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP).

El artículo 7 del RDL 20/2012 ha dado una redacción nueva al artículo 32 del EBEP, aumentándolo en dos párrafos. La nueva literalidad del mismo prevé expresamente que la garantía del *“cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral”*, ceda *“cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para*

⁴⁵ El artículo 66 de la Ley Concursal establece que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores *“sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores”*. La exigencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores hay que entenderla referida a la redacción del art. 41 ET anterior al RDL 3/2012; en la actualidad, la falta de acuerdo no impedirá el descuelgue si se consigue dar solución a la discrepancia a través de los procedimientos diseñados en el art. 82.3 ET (comisión paritaria, procedimientos extrajudiciales, CCNCC u órgano equivalente).

salvaguardar el interés público”. Respecto a la causa, la disposición adicional 2ª del RDL 20/2012 establece que *“se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”*.

La solución únicamente afecta al personal laboral contratado por Administraciones Públicas en sentido propio. El resto, ocupado en entes, organismos o entidades que no tengan la consideración de Administración Pública⁴⁶, se regirá por las reglas laborales con carácter común, esto es: el artículo 82.3 ET y su desarrollo reglamentario. Este hecho se revela al estudiar lo dispuesto en el mencionado artículo 32 EBEP y lo que se indica en la disposición adicional 3ª del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la cual distingue dos situaciones: la del *“personal laboral de las Administraciones Públicas”* y la del que preste sus servicios en *“las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análogo naturaleza”*.

Sin embargo, algún pronunciamiento judicial⁴⁷ ha señalado que el procedimiento de descuelgue del artículo 82.3 ET resulta también de aplicación en una Administración Pública, como es en este caso, un Ayuntamiento decidió eliminar algunos complementos salariales al concurrir las causas económicas y organizativas alegadas, apreciándose cumplido el trámite de negociación en el periodo de consultas ya que si las medidas no fueron valoradas ni discutidas no fue por causas imputables a la entidad local. La medida de suspensión de los complementos retributivos que pretendía adoptar el Ayuntamiento se llevó directamente a la Mesa General de Negociación.

⁴⁶ Art. 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) sobre entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, y el 3.2 de dicho texto legal sobre delimitación de los referidos entes que tienen la consideración de Administración Pública.

⁴⁷ STSJ Murcia de 17 febrero 2014 (rec. 797/2013)

XI. PROCEDIMIENTO DE DESCUELGUE: REMISIÓN AL ARTÍCULO 41. DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y ANÁLISIS DE LA COMISIÓN *AD HOC*

Con una simple lectura del Estatuto de los Trabajadores, se observa que el art. 82.3 ET se remite esencialmente al art. 41.4 ET, lo que hace evidente que el vínculo entre descuelgue y modificación sustancial de condiciones de trabajo es del todo estrecho; de hecho podemos decir que en realidad el descuelgue de condiciones pactadas en convenio estatutario no es sino una modificación sustancial.

Así pues, procede señalar cuáles son los principales problemas que plantea dicho procedimiento desde la perspectiva del descuelgue de condiciones.

En primer lugar, la constitucionalidad del descuelgue de condiciones requiere de un mecanismo que se encuadre dentro del ámbito de la negociación colectiva: para alterar las condiciones pactadas en un convenio que es fuente del derecho se requiere otro instrumento de la negociación colectiva como es el acuerdo de empresa. El propio art. 82.3 ET se refiere al acuerdo previo desarrollo de un período de consultas en los términos del art. 41.4. Por lo tanto, estamos en el ámbito del derecho a la negociación colectiva.

No obstante lo anterior, cabe tener en cuenta que el art. 41.4 ET comienza su redacción señalando que “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación (...) deberá ir precedida (...) de un período de consultas”. Es decir, la literalidad del precepto plantea la posibilidad de sustituir el período de consultas, que sería dispositivo para las partes, de manera que podría acudir a mecanismos alternativos que no requiriesen el acuerdo entre empresario y trabajador. Esta es una posibilidad especialmente peligrosa, pues supondría una simplificación enorme del descuelgue de condiciones (en teoría podría llegarse incluso a una modificación unilateral por parte del empresario). Parece, pues, conveniente reinterpretar esta cuestión, entendiendo que la remisión que el art. 82.3 ET realiza al art. 41.4 ET se refiere al procedimiento de consultas recogido por este último precepto, pero no a la posibilidad de evitar o sustituirlo. Recordemos que el art. 82.3 ET es claro al afirmar la necesidad de acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores.

De otro lado, la actual regulación del art. 41.4 ET reitera reglas ya conocidas como que el período de consultas debe versar sobre las causas motivadoras (si existe o no causa), y sobre la necesidad de atenuar las consecuencias que la modificación puede suponer para los trabajadores afectados. Se reitera además, la regla que impone la obligación de negociar en base a la buena fe con vistas a conseguir el acuerdo⁴⁸. Sobre esta cuestión cabe destacar que se establece legalmente la obligación de negociar de buena fe, en contra de lo previsto por el art. 89.1 ET en materia de procedimiento de negociación de convenios colectivos: el deber de negociar de buena fe no surge si no se trata de revisar un convenio ya vencido. Pues bien, en este caso se trata justamente de inaplicar el convenio en vigor.

En cuanto a los sujetos legitimados para negociar durante el período de consultas y, en su caso, alcanzar el acuerdo que requiere el ordenamiento. A tenor de lo previsto por el art. 82.3 ET, el acuerdo será negociado entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto por el art. 87.1 ET. Dicho de otra manera, están legitimados los sujetos que pueden negociar un convenio colectivo de empresa a tenor de lo previsto por el art. 87.1 ET (comité de empresa, delegados de personal, o secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité). La regla es de especial importancia, pues en el fondo lo que está en juego es que el acuerdo de descuelgue sea tomado por sujetos representantes que tengan una carga representativa importante, tanto que son los mismos que pueden negociar un convenio colectivo. En buena medida ello va a suponer un argumento para reforzar la constitucionalidad del descuelgue, pues se inaplica un convenio que es fuente del derecho, a través de un acuerdo tomado por sujetos especialmente cualificados desde el punto de vista de su representatividad; además siendo argumento irrefutable también para defender la eficacia normativa y subjetiva general del acuerdo de descuelgue y de la regulación contenida en el mismo.

También desde la perspectiva de los sujetos legitimados para negociar, vamos a encontrarnos con otro de los problemas más importantes que plantea la regulación del

⁴⁸ La doctrina laboral ha subrayado que aun cuando el art. 41.4 ET nada especifica en relación con una posible obligación empresarial de facilitar información a los representantes de los trabajadores, la exigencia de negociar de buena fe implica necesariamente que la empresa deba facilitar toda la información relevante para acreditar la causa alegada.

período de consulta: la inexistencia de representación de los trabajadores. Dado que para el descuelgue se requiere el acuerdo con la representación de los trabajadores, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que no hay representación de los trabajadores? En estas circunstancias el acuerdo sería imposible y consecuentemente no cabía posibilidad alguna de descuelgue. Esto supondría que había un ámbito de empresas en las que no sería factible el descuelgue de condiciones de trabajo. Frente a esta situación el art. 82.3 ET sienta que los trabajadores “podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4”. Se produce así una remisión a lo previsto en esta última norma sobre el procedimiento de las modificaciones sustanciales.

Ya con la reforma introducida por el RDL 10/2010 se introdujo la posibilidad de una comisión *ad hoc* para aquellas situaciones en las que no existía representación de los trabajadores, habiendo evolucionado a través de las diferentes reformas legales y llegando hasta la regulación actual⁴⁹. La solución de nombrar a una comisión *ad hoc* está hoy día presente en diversos supuestos de períodos de consultas: arts. 41.4 ET (modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo), 40.2 ET (traslado colectivo), 47.1 ET (suspensión de carácter colectiva), 51.2 ET (despido colectivo) y 82.3 ET (descuelgue de condiciones)⁵⁰.

A tenor de lo previsto por el art. 41.4 ET caben dos configuraciones diferentes de la comisión *ad hoc*: bien una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa (lo que podríamos denominar comisión laboral), bien una comisión integrada por representantes de los sindicatos más representativos o simplemente representativos del sector al que pertenece la empresa (comisión sindical). En ambos casos el número de integrantes no puede superar el máximo de tres. La opción entre una u otra corresponde exclusivamente a los trabajadores. Nada se señala en cuanto al procedimiento para determinar cómo se tomará dicha decisión, pero parece que ha de realizarse a través de

⁴⁹ Inicialmente se regulaba una comisión con un máximo de tres miembros integrada, según su representación, por sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenecía la empresa, designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo (lo que podríamos denominar comisión sindical). No se contemplaba, sin embargo, la posibilidad de una comisión integrada por los trabajadores de la empresa (comisión laboral o de trabajadores). Esta última posibilidad se incorpora al ordenamiento con la posterior Ley 35/2010. A partir de aquí la redacción se conserva en el RDL 7/2011 y en el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, siendo la regulación actualmente en vigor.

⁵⁰ Los diferentes preceptos establecen una regulación común, señalando que estamos ante una solución unitaria o transversal.

una asamblea, con los requisitos y exigencias por el ordenamiento en cuanto a convocatoria y mayorías de aprobación.

Si se opta por una comisión de trabajadores, éstos deben ser elegidos democráticamente por los propios trabajadores, tal como señala el art. 41.4 ET. No obstante este precepto no se refiere en absoluto a cuál debe ser el procedimiento de elección, limitándose a señalar (la norma es común si se opta por la comisión sindical) que la designación debe realizarse en el plazo de cinco días desde el inicio del procedimiento de consultas. No parece aconsejable acudir al procedimiento de elección de los órganos de representación unitaria, pues su complejidad hace inviable esta posibilidad, así como el hecho de que los plazos de designación de la comisión son tremendamente cortos. Probablemente lo más adecuado sea acudir a una asamblea de trabajadores (la misma en la que se decide optar entre una comisión de trabajadores o sindical).

No obstante, cabe tener en cuenta que si se opta por esta vía, la mayoría exigida se predica respecto de los trabajadores de la empresa, no de los asistentes a la asamblea (art. 80 ET)⁵¹. Otra posibilidad sería utilizar la máxima flexibilidad posible, y no aplicar ni tan siquiera las reglas en materia de asamblea, bastando el acuerdo por mayoría simple. La designación de los integrantes de la comisión debe producirse por y entre los trabajadores de la empresa: los elegidos han de ser trabajadores y sólo pueden votar trabajadores de la empresa. Sin embargo, no se aclara en modo alguno si deben cumplir los requisitos para ser electores o elegibles en un proceso de elecciones sindicales. No haría falta decir que los representantes de los trabajadores deben tener capacidad jurídica y de obrar suficiente.

La otra posibilidad es la designación de una comisión sindical. El primer gran problema que se encuentra aquí es lo limitado del número de integrantes: sólo tres. Deben estar representados tanto los sindicatos más representativos como los simplemente representativos; por lo que tres integrantes pueden ser un número demasiado reducido, pudiendo generarse problemas importantes. Si bien son los trabajadores los que optan por una comisión de este tipo, la designación de los componentes de la misma va a

⁵¹ En contra de acudir como solución a la asamblea de trabajadores, NIETO ROJAS, P., señala cómo las asambleas deben estar presididas por la representación unitaria, posibilidad que en este caso es imposible. No obstante, no parece que este sea un argumento suficiente para negar la posibilidad de que el procedimiento de elección sea el de las asambleas de trabajadores.

corresponder a los propios sindicatos y no a los trabajadores. Más concretamente se señala que la designación se realiza “según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos” (es decir los incluidos en los arts. 6, 7.1 y 7.2 LOLS) del sector al que pertenezca la empresa; se trata de un criterio de proporcionalidad representativa. No se especifica cuál debe ser el ámbito de representatividad territorial del sindicato, con lo que pueden surgir problemas interpretativos. Además, dichos sindicatos deben estar legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación. Parece que en realidad esta última exigencia se refiere a la mayoría de representación del sector en la mesa negociadora para entender que esta se encuentra válidamente constituida (art. 88.2 ET), y no a la legitimación para negociar regulada en el art. 87 ET.

Tal como se ha señalado antes, la designación debe realizarse en el plazo de cinco días desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer paralización de dicho período de consultas. De un lado, el plazo es excesivamente breve, sobre todo para la designación de una comisión sindical (baste pensar que en este caso, lo primero que será necesario es un certificado del organismo público sobre la representatividad del sindicato, lo cual va a consumir buena parte de dichos cinco días). La falta de designación no supondrá la paralización del período de consultas de quince días, lo que supone que cada día que se consuma para nombrar a la comisión implica una reducción del propio plazo de negociación, lo cual carece de toda lógica, pues limita la negociación. Los acuerdos de la comisión requieren el voto favorable de la mayoría de los integrantes, de manera que sólo con esta mayoría se entiende lícitamente configurada la decisión de los trabajadores.

Podría ser que de los dos tipos de comisiones, los trabajadores fueran a inclinarse fundamentalmente por la de carácter laboral: de un lado la brevedad de los plazos va a aconsejar acudir al procedimiento más simple de designación, y de otro lado lo más lógico es que en una empresa de pequeñas dimensiones se desconfíe de una comisión integrada por sujetos externos a la misma, por lo que se va a preferir trabajadores que no sean extraños a la empresa. Esta última posibilidad, que los trabajadores estén representados a través de una comisión *ad hoc* integrada por los propios trabajadores, ha suscitado críticas entre la doctrina laboral que cuestiona su carácter como verdadero órgano de representación de los trabajadores. Desde luego no estamos ante un órgano de

representación de los intereses de carácter estable de los trabajadores, sino ante un mecanismo por el que puntualmente se acude a una solución de excepción para poder negociar una determinada cuestión como es (en este caso) el descuelgue salarial⁵².

Hay que tener en cuenta que la ausencia de representación se va a producir fundamentalmente en el ámbito de las pequeñas, donde no hay presencia sindical alguna y donde los trabajadores no han tenido práctica negociadora con su empresario. Al tratarse de ámbitos muy reducidos y al no existir una regulación mínimamente clara sobre el procedimiento, es perfectamente previsible que se produzca un importante nivel de interferencia del empresario en el proceso de designación de la comisión y en la elección de sus integrantes. Evidentemente esto va a cuestionar de manera directa que la comisión realice una defensa adecuada de los intereses de los trabajadores.

Además, la regulación de la comisión laboral presenta dos ausencias normativas que limitan, cuando no impiden, que la misma pueda ser considerada como un órgano de representación de los trabajadores. En primer lugar, no se ha regulado en modo alguno que los trabajadores integrantes de la comisión puedan beneficiarse de los derechos de protección propios de los representantes de los trabajadores. Obviamente esto limita el funcionamiento y el correcto desarrollo de un proceso de negociación por parte de esta comisión, pues al carecer de la protección propia de un órgano de representación, convierte a la comisión en un blanco especialmente susceptible de sufrir la presión empresarial, restándole toda eficacia como instrumento de negociación y de representación de los intereses de los trabajadores. No obstante lo anterior, siempre sería posible realizar una interpretación jurisprudencial favorable a entender que deben extenderse las garantías y prerrogativas propias de los representantes de los trabajadores, durante el procedimiento negociador y con posterioridad al mismo, a los integrantes de la comisión *ad hoc*. Lo relevante para considerar cuál es la naturaleza de este órgano de representación es la configuración legal del mismo, y es evidente que el legislador no ha facilitado en modo alguno una regulación en la que se otorgue a dicha comisión un tratamiento propio de órgano de representación de los trabajadores.

⁵²La posibilidad de que negocie una comisión *ad hoc* alcanza también a los supuestos de movilidad geográfica colectiva (art. 40.2 ET), modificaciones sustanciales de carácter colectiva (art. 41.4 ET), suspensión del contrato (art. 47.1 ET), o despido colectivo (art. 51.2 ET).

En segundo lugar, hay una otra ausencia que evidencia que no estamos realmente ante un verdadero órgano de representación de los trabajadores: la falta de regulación relativa a los derechos de previa información a la hora de negociar con su empresario. El legislador no ha previsto que sea facilitada información alguna a esta comisión, lo que reduce notoriamente las posibilidades de actuación de la misma, pues va a tener que funcionar a ciegas, o creer lo que el empresario considere necesario.

En definitiva, una comisión en la que la posibilidad de sufrir presiones e incluso manipulaciones por parte empresarial es absolutamente posible, todo ello desde el mismo momento en que los trabajadores vayan a optar entre una comisión sindical o laboral. Consecuentemente, no será difícil entender que el procedimiento de consultas se convertirá en un mero trámite de aceptación de la propuesta formulada por parte de la empresa.

La configuración que el legislador ha hecho de esta comisión laboral parece ser muy negativa. En la práctica no estamos ante un órgano de representación de los trabajadores, sino unos portavoces de los mismos; es decir, estamos ante una negociación directa entre el empresario y los trabajadores, no ante un verdadero sistema de negociación colectiva en la que se han designado a verdaderos representantes de los trabajadores. Diferente opinión se puede sostener respecto de la comisión de carácter sindical, pues se estaría utilizando una vía de representación de esta naturaleza.

Pero el principal problema que plantea la comisión *ad hoc* de trabajadores no es su naturaleza jurídica, sino las consecuencias que trae su actuación en el marco del art. 82.3 ET: que el legislador reconoce la posibilidad de que una comisión, a la que difícilmente podemos considerar que es órgano de representación, va a poder sumar su voluntad a la del empresario para inaplicar y modificar la regulación de un convenio. Dicho de otra manera, una comisión que carece de legitimación para negociar un convenio, sin embargo, puede decidir (junto con el empresario) la inaplicación de un convenio estatutario y la sustitución de parte de su contenido.

Finalmente, es preciso detenerse en la comprobación de si el desarrollo del periodo de consultas, que como hemos dicho, se perfila como primera fase del procedimiento de

inaplicación, se ha llevado a cabo de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.4 ET (al que se remite el art. 82.3 ET), esto es, en el seno de una comisión negociadora constituida con arreglo a sus previsiones y cumpliendo con el deber de buena fe en la negociación que se concreta en general, entre otras cosas, en que habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas de ambas partes⁵³; y, particularmente en el procedimiento de inaplicación del artículo 82.3 ET en que, de acuerdo con lo señalado por los tribunales⁵⁴, en ningún caso, se formule ante la Comisión Consultiva Nacional una petición de inaplicación cuyo contenido *modifique radicalmente* lo negociado durante el periodo de consultas y, por tanto, no haya podido ser discutido durante el mismo y así valorado por los representantes de los trabajadores.

XII. EL ACUERDO DE DESCUELGUE

1) Contenido

El contenido del acuerdo de descuelgue es doble: de un lado manifiesta la decisión de las partes de inaplicar ciertas condiciones reguladas en el convenio colectivo de referencia, y de otra, procede a la sustitución de dichas condiciones por una nueva regulación. Por lo tanto, no es suficiente con acordar la inaplicación de ciertas reglas del convenio, sino que es necesario establecer una regulación alternativa que llene el vacío que se genera por dicha inaplicación. El legislador ha establecido la obligación de especificar las nuevas condiciones, y ello es absolutamente lógico, pues de lo contrario se estaría facilitando no sólo una situación de inseguridad jurídica, sino la posibilidad de que el empresario pudiese determinar de manera unilateral alguna de las condiciones que previamente se declaran inaplicables. Con ello se estaría dejando a uno sólo de los contratantes la capacidad de determinar discrecionalmente el contenido de la prestación, vaciando de contenido al derecho a la negociación colectiva, generándose una situación de inconstitucionalidad.

En materia de igualdad y no discriminación el legislador ha establecido un importante límite, pues señala que la inaplicación no puede dar lugar al incumplimiento de las

⁵³ STS de 30 de junio de 2011; SAN de 21 de noviembre de 2012, (proc. 167/2012)

⁵⁴ SAN núm. 128/2013, de 19 de junio (proc. 211/2013)

obligaciones establecidas en el convenio sobre supresión de discriminaciones por razón de género, o las previstas en el Plan de Igualdad aplicable a la empresa. Con ello el legislador pretende salvaguardar del ámbito de la modificación sustancial aquellos aspectos que estén vinculados con la prohibición de discriminación; o dicho de otro modo, que un instrumento dirigido a facilitar una reorganización de la empresa no pueda suponer un resultado discriminatorio. Con esta norma también se pretende garantizar la eficacia de las reglas antidiscriminatorias incluidas en el convenio y especialmente los mecanismos de acción positiva que se hayan podido consagrar. Se trata de impedir que el descuelgue interfiera en los acuerdos expresamente establecidos sobre supresión de la discriminación por razón de género.

También desde el punto de vista del contenido, cabe señalar que en la actual regulación, no se hace referencia expresa a la reversión a las condiciones originales; posibilidad que se recogía expresamente para el descuelgue salarial en el RDL 10/2010 y en la Ley 35/2010, manteniéndose esta posibilidad en la redacción del art. 82.3 ET dada por el RDL 7/2011. En todo caso, aun cuando no se haya regulado expresamente esta cuestión, es una posibilidad que depende de la voluntad de las partes, y que puede formar perfectamente parte de un acuerdo de descuelgue, pese a la ausencia de regulación.

2) Eficacia temporal, subjetiva y jurídica

Al respecto de la eficacia temporal el art. 82.3 ET indica que *“su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”*; dictados que resuelve diferentes cuestiones de interpretación que procedían de la precedente redacción del art. 82.3 ET. Supone una duración máxima, luego es posible pactar un acuerdo de empresa con duración inferior a la prevista en el convenio colectivo que se va a proceder a inaplicar. Sin embargo, a diferencia de las regulaciones anteriores, el legislador no estableció un límite que se considerase absoluto, lo que hace que el descuelgue, aunque sea temporal, pueda dilatarse en el ámbito temporal.

Así, el art. 82.3 ET en la redacción dada por el RDL 10/2010, que se solo regulaba el descuelgue salarial, señalaba que *“en ningún caso dicha inaplicación puede superar el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración”*; regulación reiterada por la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011. El salto a la vigente regulación comienza

con el RDL 3/2012. Esta normativa sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, establece que la modificación “*deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia temporal del convenio cuya modificación se pretenda*”, norma que se reiteraba por la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011.

A tenor de la actual regulación, los efectos del descuelgue pueden prolongarse hasta el momento en que resulte aplicable un nuevo convenio. Ello supone que se prolonga no sólo durante la vigencia ordinaria del convenio, sino también en los supuestos de prórroga y de ultra-actividad, hasta que un nuevo convenio resulte de aplicación en la empresa.

Respecto a la eficacia subjetiva, hay que destacar que posee un carácter general, así que afecta a todos los sujetos dentro del ámbito de aplicación del acuerdo. No obstante, hay que llevar a cabo una puntualización: el descuelgue de condiciones de trabajo alcanzará a todos los trabajadores de la empresa que, estén afectados por el convenio colectivo que se modifica. A *sensu* contrario, el acuerdo de empresa no puede abarcar a aquellos trabajadores que quedan al margen del convenio.

Surgen interrogantes cuando el acuerdo tiene un ámbito subjetivo más restringido; es decir, limitado tan sólo a un colectivo concreto de trabajadores, pertenecientes, por ejemplo a un mismo grupo profesional, de manera que el descuelgue sea restringido tan sólo a dicho colectivo de trabajadores. En este caso hay un elevado peligro de generar situaciones discriminatorias, por lo que esta posibilidad debe ser tratada con extrema cautela (por ejemplo, establecer diferentes escalas salariales en la empresa).

Por otra parte, también cabe plantear la posibilidad de que la eficacia subjetiva del acuerdo de empresa en materia de descuelgue pueda ir más allá de los trabajadores que mantengan relación laboral con la empresa. Es decir, la posibilidad de que el acuerdo de empresa pueda afectar a los antiguos trabajadores de la empresa, hoy pensionistas. Recordemos que el art. 82.3 ET admite el descuelgue en materia de mejoras voluntarias de Seguridad Social. Habría que concluir, por tanto, que el acuerdo afecta a los trabajadores de la empresa, así como a sujetos que ya no son trabajadores, pero que estaban afectados por el convenio.

Para terminar procede dar respuesta a la eficacia jurídica del descuelgue. Sobre este asunto, al igual que antes se indicaba la eficacia subjetiva general o *erga omnes*, cabe entender que el acuerdo ha de tener eficacia jurídica normativa. Si esto no fuese así, no existiría el descuelgue de condiciones pactadas en convenio estatutario tal y como lo entendemos. Sin embargo, el hecho de que el acuerdo de descuelgue pueda tener eficacia normativa no significa, que estemos ante un convenio colectivo estatutario; estamos ante una manifestación distinta de la negociación colectiva, tal como se ocupa de subrayar el propio ordenamiento legal.

3) Presunción de existencia de causa y posibilidades de impugnación

La presencia de acuerdo hace que se puedan presumir las causas justificadoras del descuelgue, de forma que sólo será admisible refutar el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Se trata, pues, de una presunción que tiene la característica de ser legal, y que actúa cuando hay acuerdo, de forma que parece que se ha alegado dicha causa como justificadora del descuelgue; todo ello aun cuando inicialmente la inaplicación se configura como una institución de carácter causal. La existencia del acuerdo supone que la justa causa no es indispensable como requisito sustancial para el descuelgue de condiciones de trabajo. Desde este punto de vista, la exigencia causal establecida por el propio art. 82.3 ET queda absolutamente relativizada; pasaría así a ser una exigencia dispositiva⁵⁵.

Pese a la literalidad de la regulación legal, las posibilidades impugnatorias son mayores. De entrada, se permite recurrir contra el acuerdo por estimar la existencia de alguno de estos cuatro elementos; es decir, en este caso no se impugna el acuerdo por falta de causa del descuelgue, sino por entender que se ha alcanzado el acuerdo gracias a alguna de estas prácticas que rechaza el ordenamiento. En este caso estaríamos ante un procedimiento de

⁵⁵¿Es una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*? Para responder a esta pregunta hay que determinar si es factible impugnar por el descuelgue por falta de causa. Si la impugnación es posible, la presunción admite prueba en contrario, si no fuera así, estaríamos ante una presunción *iuris et de iure*. No obstante, aun cuando las posibilidades de impugnación del acuerdo parecen muy limitadas, sin embargo, es evidente que se admite la posibilidad de impugnación del acuerdo, se admite prueba en contrario, luego estamos ante una presunción *iuris tantum*.

conflicto colectivo de los regulados en los arts. 153 y ss de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Social (LRJS). Si admitimos que esta es la única posibilidad de reacción frente al acuerdo, tenemos un importante problema, pues se estaría limitando de manera irrazonable el derecho a la tutela judicial efectiva¹. En este sentido, hay que estar a la propia literalidad del precepto: el art. 82.3 ET señala que la existencia de acuerdo implica la presunción de la existencia de causa, de manera que “sólo podrá ser impugnado” por fraude, dolo, coacción o abuso en su conclusión. Es decir, lo que se limita es la posibilidad de impugnar el acuerdo. Ahora bien, se dejan intactas otras posibilidades impugnatorias. Por ejemplo, si aun cuando el acuerdo de empresa sea una institución regulada de manera flexible, es evidente que hay importantes exigencias de validez del mismo, como las relativas a la legitimación de los sujetos negociadores. Pues bien, ha de entenderse que esta cuestión, la falta de legitimación para negociar, es perfectamente controlable judicialmente, pues no se trata de impugnar el acuerdo; de igual manera, las exigencias de mayorías de aprobación. De otro lado, procede entender perfectamente viable la impugnación de la decisión empresarial de aplicar lo acordado, lo cual puede instarse individualmente por parte de cada uno de los trabajadores afectados.

Una última cuestión que debemos tener en cuenta es que, al margen de la naturaleza de la presunción, es que la misma afecta a los supuestos en que hay acuerdo entre la representación de trabajadores y empresarios. Es decir, debemos considerar que la presunción no se aplica a aquellos casos en los que finalizado el procedimiento de consultas sin acuerdo, se acude a mecanismos de solución extrajudicial que no impliquen que se haya acudido a la negociación para llegar a una solución; es decir, la presunción no se extiende a los supuestos de arbitraje, pero sí a los de mediación, pues ésta no es más que un supuesto de negociación asistida.

XIII. LA FALTA DE ACUERDO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTAS Y LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DEL MISMO: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE VOLUNTARIO

El legislador ha tenido especial interés en establecer mecanismos alternativos ante la falta de acuerdo, potenciando la utilización de medios extrajudiciales de solución de las discrepancias y evidenciando un especial esfuerzo por alcanzar finalmente la inaplicación

y la sustitución de las condiciones pactadas. No se trata simplemente de desbloquear situaciones en las que las partes detienen el proceso de negociación, sino de favorecer la inaplicación y que se llegue finalmente al descuelgue. Ello supone una evidente situación de desequilibrio en el sistema de relaciones laborales, pues la existencia de este fuerte sistema alternativo a la discrepancia, facilita el objetivo buscado por el empresario, la inaplicación del convenio: si no se llega a un acuerdo, aplicamos los sistemas de solución previstos en acuerdos interprofesionales, y si aún en este caso no se consigue el descuelgue, se acude a un arbitraje obligatorio. La conclusión es evidente: no se deja espacio al rechazo de la pretensión empresarial de inaplicar el convenio de referencia.

Lo anterior supone que el legislador ha decidido suprimir la situación de discrepancia: la representación de los trabajadores no puede disentir de la pretensión empresarial de proceder a la inaplicación. Debemos recordar que en un proceso de negociación colectiva, uno de los posibles resultados naturales es justamente la falta de acuerdo. Dicha falta de acuerdo es una de las posibilidades dentro de un sistema de relaciones laborales de carácter democrático. Ciertamente el legislador puede promover que los acuerdos se alcancen; diferente es que el legislador pretenda, no ya favorecer la consecución de un acuerdo, sino imponer que dicho acuerdo se consiga. En la práctica la acumulación de mecanismos dirigidos a resolver las controversias en este peculiar supuesto de negociación colectiva implica una presión, prácticamente insoportable, sobre los representantes de los trabajadores para conseguir el acuerdo. Por ello podría incluso hablarse de que el legislador ha consagrado una verdadera situación de “acoso negocial” contra los representantes de los trabajadores para facilitar que el descuelgue se consiga.

En cuanto a los diferentes mecanismos de solución, cabe acudir, en primer lugar, a lo establecido por el art. 41.4 ET, norma aplicable al descuelgue por la remisión que realiza el propio art. 82.3 ET. Aquel precepto prevé la posibilidad de que empresario y representantes de los trabajadores puedan, en cualquier momento, sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. Este planteamiento por el que el procedimiento de consultas se hace dispositivo, hace que dudemos de la aplicabilidad de esta posibilidad al descuelgue de condiciones, pues el procedimiento de consultas es necesario a tenor de lo previsto por el art. 82.3 ET. Sin embargo, pese a lo que se acaba de afirmar, debemos tener en cuenta que si se acude a la mediación, en realidad no estamos sino ante una negociación asistida

por un tercero, lo que supone que siga siendo un procedimiento negocial en sentido estricto. El problema se va a plantear realmente en caso de arbitraje, pues aquí el tercero asume las funciones decisoras, lo cual queda lejos de la configuración del derecho a la negociación. Aun así, puede argumentarse que el arbitraje es acordado por las partes dentro del procedimiento de consultas, por lo que entraría dentro de las posibilidades del derecho a la negociación colectiva; razón por la cual no se opondría a la necesidad de que el descuelgue se produzca a través de un mecanismo de negociación colectiva.

En cuanto a los dispositivos regulados en el art. 82.3 ET como alternativas ante la falta de acuerdo, se establece la posibilidad de *“someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada”*. ¿A qué comisión se refiere el legislador? Teniendo en cuenta los antecedentes inmediatos⁵⁶, parecería que es la comisión paritaria del convenio, con independencia de cuál sea la denominación con la que es recogida por el convenio colectivo.

A tenor de la literalidad del art. 82.3 ET habría que entender que no estamos ante un mecanismo obligatorio para las partes, pues se establece que cualquiera de las partes podrá someter las discrepancias a la comisión del convenio.

En los casos que se intente un autodescuelgue, la vía de la comisión paritaria tiene bastante poco sentido, pues ante la falta de acuerdo de los sujetos legitimados para negociar, se acude a una comisión integrada por esos mismos sujetos. Mayores posibilidades de llegarse a un acuerdo se tienen si estamos ante la inaplicación del convenio colectivo de sector, pues la comisión va a estar integrada por sujetos diferentes de los que negocian el descuelgue. En todo caso, recordemos que si la discrepancia no se resuelve por la intervención de la comisión paritaria, será posible acudir a otros mecanismos alternativos regulados a través de acuerdos interprofesionales⁵⁷.

Junto a la actuación de la comisión paritaria del convenio, el art. 82.3 ET regula que las partes recurran a los procedimientos establecidos por los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos previstos por el art. 83 ET. De entrada, una importante cuestión que debemos tener en cuenta es que a estas vías de solución se llega bien por el hecho de

⁵⁶ RDL 3/2012 y RDL 7/2011

⁵⁷ Art. 85.3 ET sobre contenido mínimo del convenio.

que no se haya solicitado la intervención de la comisión del convenio, o bien cuando ésta no hubiese llegado a acuerdo alguno. La primera posibilidad (acudir a los acuerdos interprofesionales sin pasar previamente por la comisión paritaria) refuerza la opinión de que el trámite de la comisión del convenio no es obligatorio. En cuanto a la segunda posibilidad (acudir a lo previsto por el acuerdo interprofesional cuando no se haya alcanzado acuerdo en la comisión del convenio), debemos señalar que la norma reitera lo regulado también por el art. 85.3 letra e) ET, que establece como parte del contenido mínimo del convenio la actuación de la comisión paritaria, así como el sometimiento de las discrepancias que puedan producirse en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos regulados por los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos.

Surge de inmediato otro importante interrogante: ¿Tienen este tipo de medidas carácter obligatorio para las partes? El art. 82.3 ET señala que “las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales”. A tenor de esta literalidad parecería conveniente afirmar que se ha establecido una obligación legal para las partes, de manera que si tras el período de consultas no se llega a un acuerdo, se haya acudido o no a la comisión del convenio, es obligatorio acudir a los mecanismos de solución extrajudicial regulados en los acuerdos interprofesionales⁵⁸.

El legislador no configura cuáles pueden ser los mecanismos que deban regular los acuerdos interprofesionales, sino que serán los sujetos negociadores quienes deban establecer las diferentes vías de solución. Simplemente se limita el legislador a prever la posibilidad de un arbitraje vinculante; para lo cual será necesario que ambas partes afectadas estén de acuerdo y firmen un compromiso arbitral. Por lo tanto, es obligatorio acudir a los medios de solución, pero no se impone un determinado sistema concreto, por lo que debe estarse a lo regulado en los acuerdos interprofesionales. No resulta obligatorio regular ni acudir a un sistema arbitral, no en vano, los acuerdos interprofesionales pueden configurar los sistemas que consideren más adecuados.

⁵⁸ Es especialmente importante la diferencia de redacción existente entre el RDL. 3/2012 y la Ley 3/2012: mientras el primero señalaba que ante el fracaso de la actuación de la comisión paritaria, “las partes podrán recurrir”; por el contrario, la vigente redacción utiliza la expresión “las partes deberán recurrir”.

Si a nivel de acuerdo interprofesional se estableciese un sistema arbitral obligatorio, dicha regulación podría vulnerar el derecho a la negociación colectiva, por lo que no sería factible tal regulación⁵⁹. Ciertamente en estos casos el compromiso arbitral parte de un acuerdo adoptado por sujetos con legitimación para negociar colectivamente que puede llegar a acuerdos sobre los mecanismos de solución extrajudicial; ahora bien, esta posibilidad no puede suponer la imposición en los niveles inferiores de un arbitraje con carácter obligatorio, pues con ello lo que se hace es sustituir la negociación colectiva por un mecanismo alternativo, hurtando a otros sujetos con legitimación y capacidad para negociar su derecho al desarrollo efectivo de un proceso de negociación colectiva. No olvidemos a este respecto, que en el contenido del derecho a la negociación colectiva se encuentra también la posibilidad de no llegar a acuerdos, pues existe deber de negociar, no deber de acordar.

Tal como señala el art. 82.3 ET, en caso de arbitraje, el Laudo tendrá la misma eficacia que los acuerdos en períodos de consultas. Ahora bien, ¿y si el acuerdo se ha alcanzado a través de una comisión *ad hoc*? ¿Puede predicarse esa eficacia general cuando se trata de un supuesto de arbitraje al que se llega mediante la asunción del compromiso arbitral por parte de una comisión de trabajadores que no tiene capacidad representativa legal, sobre todo si el arbitraje afecta a un convenio de sector? Desde luego, el art. 82.3 ET, con carácter general y sin reparar en esta posibilidad, afirma que el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que el acuerdo alcanzado en período de consultas. Es evidente que una respuesta de estas características supone un contundente peligro para la eficacia del convenio colectivo estatutario, que descansa en que es negociado por sujetos con una especial capacidad representativa.

En fin, una vez señaladas estas posibilidades, cabe tener en cuenta que el legislador ha señalado de manera expresa como los procedimientos fijados por los acuerdos interprofesionales deberán “solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos”. Es realmente llamativo que el legislador se refiera a la necesidad de contar con instrumentos dirigidos, no solo a solventar las discrepancias, sino a hacerlo de manera efectiva; es decir, un procedimiento que garantice que no se vayan a producir o mantener situaciones de bloqueo en el descuelgue de condiciones.

⁵⁹ Aunque es interesante señalar que algunos autores, como GONZÁLEZ ORTEGA, aceptan esta posibilidad.

XIV. LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS EN EL PROCEDIMIENTO DE DESCUELGO EN CASO DE DESACUERDO

1) Concepto, formación y regulación

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) es un órgano colegiado, tripartito, en el que está representada la Administración General del Estado y las Organizaciones Sindicales y Asociaciones Empresariales más representativas, teniendo una actuación autónoma en sus funciones, si bien, desde el punto de vista orgánico, está adscrita a la Dirección General de Empleo, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de acuerdo con el Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero (BOE de 11/2/2012), por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

La CCNCC puede funcionar en Pleno y en Comisión Permanente. De manera ordinaria la Comisión funciona en Comisión Permanente, si bien, la propia Comisión Permanente puede reservar al Pleno la aprobación de determinados dictámenes, informes y decisiones.

El Pleno está integrado por el Presidente y todos los vocales que representan a la Administración General del Estado y a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como por su Secretario. El Presidente actual, D. Ángel Blasco Pellicer, ha sido designado por la Ministra de Empleo y Seguridad Social (BOE de 12/05/2012), previa consulta a las Asociaciones Empresariales y Sindicales más representativas, entre profesionales de reconocido prestigio en el campo de las relaciones laborales. La composición tripartita de esta Comisión se traduce en la integración en la misma de seis representantes de la Administración General del Estado, seis de las Organizaciones Sindicales más representativas y seis de las Asociaciones Empresariales más representativas. Por cada grupo de representación se designa igual número de vocales suplentes para sustituir a los vocales titulares en los supuestos de vacante, enfermedad o ausencia. Como Secretario de la Comisión actúa un funcionario adscrito a sus servicios administrativos.

La Comisión Permanente está integrada por el Presidente de la Comisión y por dos vocales de cada uno de los tres grupos que la constituyen, así como por su Secretario. La

designación de los miembros de la Comisión corresponde al Pleno de la misma, a propuesta vinculante de cada uno de los grupos de representación. Su composición responde a lo acordado en este sentido en la reunión del Pleno 151, celebrada el día 14 de octubre de 2012.

La composición actual del Pleno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos viene determinada por la Orden ESS/862/2012, de 27 de abril de 2012 (BOE de 28/04/2012 y corrección de errores en BOE de 4/05/2012), por la que se designa a los miembros titulares y suplentes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.^{60 61}

2) Objeto y ámbito de actuación

La CCNCC resolverá la disyuntiva surgida entre la empresa y los representantes de los trabajadores cuando no haya acuerdo en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo que se configuran en el convenio aplicable, siempre que se den las siguientes circunstancias⁶²:

- La primera, que no se hubiera solicitado la intervención de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, ésta no hubiera alcanzado un acuerdo.
- -La segunda circunstancia consiste en la necesidad de que, o bien no fueran aplicables los procedimientos que hayan establecido los acuerdos interconfederales, estatales o autonómicos, previstos en el artículo 83 ET; o bien cuando, habiéndose recurrido a dichos procedimientos, éstos no hubieran resuelto la discrepancia. Las partes no están facultadas para acudir a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos previstos a nivel estatal o autonómico, dependiendo del ámbito territorial del conflicto, sino que “deberán” recurrir a ellos, como vía previa y necesaria para dirimir la controversia existente⁶³.

⁶⁰ Así lo expone la página web del MEySS: http://www.empleo.gob.es/es/sec_Trabajo/ccncc/A_Informacion/A1_naturaleza.htm

⁶¹ También, por las siguientes órdenes: ESS/2264/2012, de 16 de octubre de 2012 (BOE de 24/10/2012); ESS/2631/2012, de 7 de diciembre de 2012 (BOE de 11/12/2012); ESS/1132/2013 de 6 de junio de 2013 (BOE de 19/06/2013); ESS/261/2014, de 20 de febrero de 2014 (BOE de 26/02/2014) y ESS/824/2014, de 12 de mayo de 2014 (BOE de 21/05/2014).

⁶² Art. 83.2 ET y art. 16 RD 1362/2012

⁶³ El cambio de redacción que ha experimentado este fragmento del art. 82.3 ET en relación con la que le había dado el RDL 3/2012 es muy significativo, pues en la norma laboral de emergencia se había dispuesto

Es obvio, que si cualquiera de los dos mecanismos de autocomposición (intervención de la comisión paritaria, procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos) resulta eficaz, no habría lugar a problemáticas. La posible falta de acuerdo de una de las partes frente a la solución alcanzada no se resuelve instando la siguiente fase del procedimiento prevista en la norma, sino mediante su impugnación.

La intervención de la CCNCC entonces, podría calificarse como subsidiaria, porque solo actúa cuando no se haya encontrado solución al conflicto sobre inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo a través de alguno de los mecanismos de autocomposición del conflicto que resultan imperativos y preferentes con arreglo al artículo 82.3 ET.

La intervención de la CCNCC está restringida por la norma legal y reglamentaria cuando la inaplicación que se quiera llevar a cabo afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, al igual que cuando afecten a las empresas situadas en las ciudades de Ceuta y Melilla. Se respeta, así pues, el ámbito competencial de las autonomías territoriales.

3) El procedimiento de inaplicación ante la CCNCC

En cuanto al *iter* procedimental ante la CCNCC⁶⁴ se ha dicho que es un “*procedimiento exigente, pormenorizado, causal, complejo y con garantías que deberá culminar en una decisión motivada en la solución del conflicto que resuelva la discrepancia, la cual podrá ser adoptada en el propio seno de la Comisión o mediante la designación de un árbitro ante expertos imparciales e independientes*”⁶⁵. El reglamento, llevado por el deseo de obtener una solución lo más consensuada posible a la disyuntiva, ha previsto un mecanismo que sirva para adoptar acuerdos en el seno de la Comisión cuya aplicación

que las partes “podrán” (algo potestativo y por tanto no obligatorio, salvo cuando el convenio o el acuerdo interprofesional así lo fijase) recurrir a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos que “deben” regular tales acuerdos interprofesionales.

⁶⁴ Lo establece y regula el RD 1362/2012, de 27 de septiembre (arts. 16-24)

⁶⁵ STSJ Madrid de 14 diciembre 2012 (rec. 59/2012)(AS 2013, 1033).

puede determinar que el conflicto no se resuelva, algo que además de no ser demasiado satisfactorio, es cuanto menos, poco legal.

La decisión de la Comisión que solviente la discordancia podrá ser adoptada por sí misma o por medio de la designación de un árbitro entre expertos imparciales e independientes. El legislador, ante todo, prefiere que exista conformidad entre las partes de la discrepancia para la solución de la misma, en cuyo caso se seguirá el procedimiento que de común acuerdo hayan elegido; pero si no se hubiese obtenido esa conformidad, corresponderá a la propia Comisión la elección de dicho procedimiento⁶⁶.

Con independencia de la decisión que adopten las partes en cuanto al procedimiento a seguir, tanto el ET como el Reglamento exigen que la decisión se adopte en un plazo no superior a 25 días desde la fecha en que se sometió la discrepancia a la CCNCC.

Cabe distinguir los siguientes apartados:

3.1. Legitimación

Ya que en el 82.3 ET se indica que cualquiera de las partes podrá someter la solución de la discrepancia a la Comisión Consultiva, el artículo 18 del Reglamento, señala que la legitimación para poder interponer la solicitud de actuación de la Comisión para la solución de las discrepancias por falta de acuerdo en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo, la ostentan las empresas y los representantes de los trabajadores.

Cuando no haya representación de los trabajadores, éstos podrán arrogar su representación a una comisión representativa conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4. Prácticamente, esta legitimación es más teórica que real. No obstante, la empresa es la única legitimada para promover la inaplicación temporal del convenio colectivo y lo normal será que también sea ella la que, en defecto de acuerdo, someta la discrepancia a la CCNCC, si bien no es descartable que también puedan hacerlo los representantes de

⁶⁶ Art. 16.3 RD 1362/2013

los trabajadores, interesados en la adopción de una medida de flexibilidad interna que evite la producción de perjuicios mayores.

3.2. Solicitud

El inicio del procedimiento comienza con la solicitud de parte presentada únicamente por vía telemática en la sede electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que se acompaña de la documentación exigida en el artículo 20 del reglamento. La vía electrónica facilitará la rapidez y agilidad del procedimiento y hará a las partes más fácil el cumplimiento de los diversos trámites.

En la solicitud se debe señalar específicamente la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo que desea, y que aparece señalada con valor de *numerus clausus*, en el artículo 82.3 ET: jornada de trabajo⁶⁷, horario y distribución del tiempo de trabajo⁶⁸, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento⁶⁹, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET⁷⁰ y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social⁷¹. El elenco de materias susceptibles de inaplicación coincide, además, con el número de materias de la negociación colectiva.

La CCNCC se ha mostrado unánime al rechazar la inaplicación de partidas extrasalariales, por tratarse de condiciones no contempladas en el artículo 82.3 ET.

El Reglamento requiere que se señale en la solicitud la razón de la discrepancia, lo que implicará hacer constar las posiciones de las partes en el período de consultas. Se requiere, además, que se indiquen las nuevas condiciones de trabajo que pretende resulten de

⁶⁷ Por ejemplo, solicitando el incremento de la jornada pactada en cómputo anual: Decisión CCNCC 14 noviembre (Expte. 23/2013) y Laudo 4 diciembre 2013 (Expte. 25/2013).

⁶⁸ Incluyéndose en este apartado, entre otras, las vacaciones y los días por asuntos propios: Decisión CCNCC 12 noviembre 2013 (Expte. 24/2013).

⁶⁹ Decisión CCNCC 1 agosto 2013 (Expte. 13/2013).

⁷⁰ Decisión CCNCC 1 agosto 2013 (Expte. 10/2013).

⁷¹ Como pueden ser los complementos de prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales: Decisión CCNCC 5 abril 2013 (Expte. 04/2013). Pero no admite su inaplicación el Laudo 10 octubre 2013 (Expte. 20/2013).

aplicación en la empresa, en sustitución de la previstas en convenio, y su extensión temporal.

3.3. Documentación

La documentación que debe acompañar a la solicitud de inaplicación es muy minuciosa y consistirá en:

- a) Identificación del solicitante, centros de trabajo afectados y dirección de correo electrónico.
- b) Identificación de los representantes de los trabajadores, incluyendo, en todo caso, nombre, DNI y dirección de correo electrónico a la que se les puedan efectuar comunicaciones.
- c) Acreditación de haberse desarrollado el periodo de consultas y, en su caso, actas de las reuniones celebradas y posición de la otra parte que da lugar a la discrepancia.
- d) En el supuesto de haber sometido la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo, acreditación de ello y, en su caso, pronunciamiento de la misma.
- e) En su caso, declaración de no ser aplicable a la parte que insta el procedimiento el Acuerdo Interprofesional de ámbito estatal para la solución efectiva de las discrepancias a que se refiere el artículo 82.3 ET.
- f) En el caso de haber sometido la discrepancia al procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, acreditación de ello y, en su caso, resultado de la misma.
- g) Identificación del convenio colectivo vigente del que se pretenden inaplicar determinadas condiciones de trabajo, indicando su vigencia temporal.
- h) Documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A tales efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos, teniendo en cuenta que cuando las causas económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, deberá presentar, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos.
- i) Relaciones pormenorizadas de las condiciones de trabajo del convenio colectivo que se pretenden inaplicar y su incardinación entre las materias previstas en las letras a) a g) del

párrafo segundo del artículo 82.3 ET, detallando las nuevas condiciones del trabajo que se quieren aplicar y el período durante el cual se pretenden establecer.

j) Acreditación de haber entregado a la otra parte de la discrepancia copia de la solicitud presentada a la Comisión, junto con la documentación establecida en este artículo.

k) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor. Cuando afecte a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma. Conviene precisar que en este procedimiento no se exige la identificación nominativa de cada uno de los afectados por la medida sino que corresponde al empresario efectuar su selección, pero ha de hacerlo bajo criterios objetivos que no supongan ningún tipo de discriminación o resulten contrarios a derechos fundamentales o libertades públicas. Así, la CCNCC ha dictaminado que la empresa no puede arbitrariamente o sin la existencia de una causa justificada dar un trato desigual a trabajadores que se encuentran en una situación similar⁷².

l) Conformidad, en su caso, de las partes de la discrepancia sobre el procedimiento para la solución de la misma de entre los establecidos en el artículo 16.3 del propio reglamento y, de haber optado por la designación de un árbitro, conformidad, en su caso, sobre su nombramiento.

m) Información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora, especificando si son representación unitaria o representación elegida conforme al artículo 41.4 ET.⁷³

3.4. Plazo

En cuanto al espacio temporal para solicitar la intervención de la CCNCC, es este un aspecto que no ha previsto ni el artículo 82.3 ET ni el Reglamento. No obstante, el plazo que transcurre entre la finalización de las negociaciones y/o mediación ante el órgano de solución extrajudicial de conflictos y la presentación de la solicitud ante la CCNCC ha da

⁷² Decisión CCNCC 9 abril 2014 (exp. 03/2014). Por su parte, la STSJ Madrid de 28 febrero 2014 (proc. 1/2014) no considera discriminatorio el acuerdo de descuelgue que ha sido aceptado únicamente por los trabajadores de determinados centros de la empresa: “El hecho de que el descuelgue de convenio se aplique únicamente a los trabajadores que lo han aceptado (...) resulta de la autonomía de su voluntad, de la misma manera que los trabajadores de los centros de trabajo de otras provincias en los que no consta la consecución de Acuerdo asumen por la autonomía de su voluntad las consecuencias de su decisión”.

⁷³ CAVAS MARTÍNEZ, *El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC*

ser prudente, porque si es excesivamente dilatado en el tiempo, podría suponer que las circunstancias que motivaron inicialmente la decisión empresarial de inaplicación hayan podido variar y ser sustancialmente diferentes a las existentes en la fecha en que se acuerda la inaplicación. Además, *“la exigencia de que el período de tiempo transcurrido entre la finalización del periodo de consultas y la decisión de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos u órgano autonómico equivalente no sea excesivo deriva también de la circunstancia de que sólo a partir del momento en que autoriza la inaplicación del convenio la medida podría ser efectiva y si aquel período de tiempo es excesivo puede darse la circunstancia de que la inaplicación autorizada carezca de toda virtualidad.”*⁷⁴

4) Actuaciones de la Comisión

Cuando la CCNCC haya recibido la solicitud, el Secretario comprobará que reúne los requisitos exigidos en el Reglamento. Si advierte algún defecto u omisión, el Secretario se dirigirá al solicitante a efectos de que complete su solicitud en el plazo de diez.

Cuando se considere que la solicitud está completa y/o se hayan subsanado aquellos defectos que necesariamente debían ser corregidos, el Secretario comunicará a la otra parte de la discrepancia el inicio del procedimiento para que se lleven a cabo las alegaciones pertinentes en el plazo de cinco días en la sede electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Asimismo, enviará la solicitud a los miembros de la Comisión Permanente de la Comisión Consultiva a efectos de que se pronuncien, en el plazo de un día, sobre el procedimiento a seguir y se les consultará si es conveniente o no remitir el procedimiento al Pleno de la Comisión. Cuando no se hayan obtenido respuestas coincidentes en número equivalente al de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión Permanente (4 de 7), la

⁷⁴ STSJ Islas Baleares de 17 diciembre 2013 (proc.12/2013), confirmando la Decisión de la CCNCC de 1-8-2013 que acordó inadmitir la solicitud de inaplicación presentada por una empresa balear respecto del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de las Islas Baleares por haber excedido los límites temporales razonables para presentar la solicitud (lo hizo nueve meses después de concluido el periodo de consultas), quedando de tal manera desvirtuado el objeto de la negociación del periodo de consultas inicial.

discrepancia se resolverá en el seno de la misma, conforme al procedimiento previsto en el artículo 21 del reglamento⁷⁵. Tras esto, el Secretario comunicará a todos los miembros de la CCNCC el resultado obtenido.

Establece el artículo 21 del reglamento que cuando la discrepancia deba resolverse mediante decisión adoptada en seno de la propia Comisión, el Secretario solicitará informe sobre la misma, que deberá ser elaborado por los servicios técnicos disponibles por la Comisión en el plazo de diez días desde la fecha de solicitud. Emitido el informe, se celebrará una reunión de la Comisión Permanente, o del Pleno, en su caso, previa convocatoria realizada al efecto con una antelación de cinco días a la fecha de la reunión. Insiste el reglamento en que todas las comunicaciones en el procedimiento deberán realizarse por vía electrónica.

No obstante, puede ocurrir que exista conformidad entre las partes afectadas por la discrepancia para que ésta se resuelva mediante un arbitraje y que, además, se hayan puesto de acuerdo sobre la persona que ha de actuar como árbitro. En tal caso, será preferente el designado de común acuerdo.

Otra caso es que exista conformidad de las partes en cuanto al procedimiento arbitral a seguir pero no así en relación con el árbitro que ha de dirimir la controversia. En este supuesto, será la propia Comisión Permanente la que lo nombre, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 23 del Reglamento. A tal efecto, el Presidente convocará a la Comisión Permanente en el plazo máximo de cuatro días desde la fecha de la presentación de la solicitud.

El procedimiento de designación está diseñado en la norma de modo que se garantice en todo caso el nombramiento del árbitro. Sin embargo, el apartado 2 del artículo 23 del Reglamento dispone que en el supuesto de que no se consiguiera la designación de un árbitro, la decisión para la solución de la discrepancia planteada será adoptada en el seno

⁷⁵ Lo que en la CCNCC ha ocurrido en muy contadas ocasiones, de modo que la mayoría de las solicitudes de inaplicación han sido estudiadas y resueltas, bien por decisión del Pleno de la Comisión, bien mediante la designación de un árbitro.

de la Comisión⁷⁶. Una vez designado el árbitro por la Comisión, ésta le efectuará formalmente el encargo, y procederá tras ello la pertinente actuación de los árbitros, que seguirá el procedimiento establecido en el artículo 24 del Reglamento. La Comisión facilitará al árbitro las medidas de apoyo que necesite para el desempeño de su función arbitral.

5) Resolución: decisión o laudo arbitral

En los dos procedimientos descritos anteriormente es preciso que se produzca una resolución de la discrepancia. Cuando la dicta el árbitro, tal resolución arroja la forma de laudo arbitral y el reglamento sistematiza su contenido en el artículo 24 del Reglamento. Si se ha determinado que sea la Comisión la que solventa la disconformidad, ésta expresará una Decisión, cuyo contenido se normaliza en el artículo 22 del Reglamento. Las dos resoluciones poseen la misma naturaleza, que el preámbulo de la Ley 3/2012 considera explícitamente como arbitral, y sus efectos son los mismos, como se desprende del examen de ambos preceptos que son, esencialmente, idénticos.

La adopción de la resolución ha de ser motivada, y la CCNCC o al árbitro serán los que, en primer lugar, se pronuncien sobre la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción alegadas, de conformidad con la solicitud efectuada. Si se comprueba con el análisis causal que no existen las causas que se expresaron en la solicitud, la decisión lo señalará y no procederá la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo. Aunque si por el contrario, si se apreciase esas causas, la CCNCC o el árbitro deberán pronunciarse afirmativamente en cuanto a la pretensión de inaplicación de condiciones de trabajo, para lo cual deben valorar su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. En ambos casos, la resolución deberá manifestarse sobre el tiempo de duración del período de inaplicación de las condiciones de trabajo.

⁷⁶ En opinión de BLASCO PELLICER, A.: “El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit., epígrafe IV.3.C), la única solución posible para coordinar ambas previsiones pasa por entender que en la designación regulada, una vez haya quedado un solo árbitro de la lista de seis, dicho nombre debe ser refrendado por la mayoría de los miembros de la Comisión; en el supuesto de que no lo fuera, se produciría la falta de designación a la que se refiere el reseñado artículo 23.2 del Reglamento.

Aunque el Reglamento restringe el contenido de la resolución (decisión o laudo) a los pronunciamientos que se han expuesto y vienen recogidos en los artículos 22 y 24, la Comisión o el árbitro, antes de resolver sobre el fondo de la solicitud, vienen obligados a verificar la concurrencia de ciertos extremos que actúan como presupuesto para que la CCNCC pueda ejercer las funciones decisorias que le atribuye el artículo 82.3 ET, dando lugar, en su caso, a la inadmisión de la propuesta empresarial de inaplicación.

Eso es lo que ocurriría de apreciarse ausencia de legitimación en la parte solicitante; incompetencia de la CCNCC en razón del ámbito territorial de afectación del conflicto, cuando exista en la comunidad autónoma un órgano tripartito competente para su resolución; o cuando lo que se pida sea algo distinto de la inaplicación de las condiciones de trabajo contenidas en el convenio colectivo estatutario que resulte aplicable en la empresa.

Asimismo, la resolución habrá de pronunciarse *prima facie* sobre el correcto cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma para poder someter la discrepancia, por falta de acuerdo entre las partes en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo aplicable, a la actuación arbitral de la Comisión. Cabe recordar que la intervención de ésta es subsidiaria y de último grado, de manera que la Comisión (directamente o a través del árbitro designado) debe efectuar un análisis de las fases previas que conforman el período de inaplicación según el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, para determinar si se han cumplido todas las exigencias legales. Dispone para ello de la documentación relativa a la cobertura de esos trámites previos, que debió acompañar a la solicitud dirigida a la Comisión o ser aportada después a requerimiento del Secretario.

En fin, la perspectiva de descuelgue en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo forma un dispositivo excepcional fomentado por la reforma de 2012 para beneficiar la plasticidad interna de las empresas como opción a la destrucción de puestos de trabajo y como tal excepción está restringida, en el artículo 82.3 2º ET, por la presencia de causas que demuestren la adopción de la inaplicación.

Seguidamente, se debe evidenciar que la medida de descuelgue enlaza con una o más de las materias que se listan en el artículo 82.3 del ET. Comprobado lo anterior, se determinará si la medida de inaplicación ofrecida es conveniente para dar contestación a las causas mencionadas en la solicitud. En este caso, a diferencia del asunto precedente (conurrencia de las causas) que es de índole rigurosamente jurídica y debe solventarse acorde a Derecho, la que en este momento se proyecta produce un problema no de aplicación de la norma jurídica sino de sustitución de ésta por otra; por ello, se impone utilizar para su solución los criterios o parámetros de objetividad, cuya aplicación permitirá establecer “*si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa*”⁷⁷.

Por lo demás, la presencia de una “razonable” adecuación entre la causa empleada por la empresa y la medida de arreglo pretendida es requerimiento común al resto de medidas de maleabilidad, interna y externa, según tienen declarados los dictados jurisprudenciales posteriores a la reforma⁷⁸.

La Comisión o el árbitro podrán aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos, estimando la solicitud íntegramente, o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo –no otras distintas de las solicitadas, pues de hacerlo incurrirían

⁷⁷ SAN 28 enero 2013 (proc. 316/2012). Señala esta sentencia que, en caso de concurrencia de las causas alegadas, no se contempla la autorización automática de la medida, sino que, por el contrario, ha de efectuarse un juicio valorativo tendente a examinar “si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa”. La AN desestima la alegación vertida por la empresa demandante, que sostenía que la Comisión se había extralimitado en sus funciones pues debía haberse limitado a constatar la concurrencia de las causas; por el contrario, la Sala entiende que dichas funciones conllevan un inherente control y una necesidad de pronunciamiento sobre las mencionadas “conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad”, y que puesto que dicho pronunciamiento es más propio de un arbitraje de equidad que de un arbitraje de derecho (carácter que correspondería al pronunciamiento sobre la existencia de las causas), su margen de apreciación debe gozar de un mayor grado de autonomía frente a la posterior fiscalización jurisdiccional.

⁷⁸ STS de 27 enero 2014 (rec. 100/2013). La sentencia es muy interesante, porque al hilo de la misma se define la posición del Tribunal Supremo sobre un asunto muy controvertido, como es el alcance del control judicial sobre las causas. Se dice que el acceso a la jurisdicción no puede sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada, aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. La razonabilidad no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella, puesto que la decisión de cuál es la medida que ha de adoptarse corresponde a la dirección de la empresa y no al órgano judicial, al que no le está permitido realizar un juicio de oportunidad, pero el órgano judicial sí debe controlar que la medida adoptada por la empresa se adecue idóneamente al objetivo perseguido.

en *ultra vires*- pero en distinto grado de intensidad (nunca mayor al solicitado). Esta última posibilidad nos sitúa en el escenario de una estimación parcial, de modo que si la valoración revela una adecuación limitada despliega sus efectos la facultad de la Comisión o el árbitro para conceder parcialmente la inaplicación solicitada, en extensión e intensidad. Quiere decirse con ello que la resolución puede autorizar la inaplicación de todas las condiciones incluidas en la solicitud o solo algunas de ellas, y en relación con éstas, con un alcance e intensidad inferior al postulado por la empresa. Lo que no parece viable, a la vista de la redacción literal de los artículos 22 y 24 del reglamento, es la desestimación de la solicitud por absoluta falta de adecuación entre la causa estimada y acreditada y la inaplicación pedida, de modo que, teniéndose por probada la causa, corresponde a la Comisión o al árbitro efectuar la modulación que proceda.

Del mismo modo, en aquellos supuestos en que por una misma empresa se reitere la inaplicación de condiciones de trabajo que ya han sido rebajadas en virtud de acuerdo, decisión o laudo adoptados con anterioridad, y hubiera transcurrido un escaso periodo de tiempo entre dicha inaplicación y la nueva solicitud, la empresa tiene que probar que han surgido situaciones extraordinarias que justifiquen una nueva modificación del convenio en un plazo tan breve⁷⁹.

En cuanto a la fecha de efectos de la inaplicación, el reglamento dispone que la decisión o el laudo se pronunciarán asimismo, en cualquiera de los dos casos (estimación total o parcial de la solicitud), sobre la extensión temporal de la inaplicación autorizada, que puede coincidir con la pedida por la empresa o decidirse que tenga una duración inferior. En todo caso, actúa como barrera temporal infranqueable a la medida de inaplicación, sea cual sea el instrumento que la adopte (acuerdo, decisión o laudo), la fecha de entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo en la empresa. Desde luego, si el convenio colectivo respecto del que se produce el descuelgue desaparece definitivamente del ordenamiento

⁷⁹ SSAN de 28 enero 2013 (proc. 316/2012) y 11 febrero 2014 (proc. 356/2013), ambas referidas a la mercantil UNIPOST SAU. En relación con la existencia de procedimientos anteriores de inaplicación de convenio colectivo y de expedientes de regulación temporal de empleo, la SAN de 11 febrero 2014 precisa que “para que la existencia de una medida anterior (sea de regulación de empleo, despido colectivo, modificación sustancial o inaplicación convencional) se constituya en un obstáculo para poner en marcha otra distinta en un periodo temporal posterior (incluso si se superponen los efectos) es preciso que en el curso de la negociación de la primera se haya producido un acuerdo colectivo que excluya tal posibilidad durante un determinado periodo posterior (...). En otro caso la aplicación de la nueva medida será legítima, desde luego, si se ha producido una alteración de las circunstancias que se tomaron en consideración...”

jurídico (p.ej., por agotamiento de la ultra-actividad) y no ha sido reemplazado por otro convenio, el instrumento de inaplicación adoptado y las condiciones de trabajo alternativas recogidas en el mismo seguirán la misma suerte que el convenio amortizado.

En relación con los efectos de la decisión o el laudo (y lo que se diga vale también para el acuerdo en periodo de consultas), se ha cuestionado si la inaplicación puede operar con efectos retroactivos respecto, característicamente, de conceptos salariales ya devengados. En este sentido, a la CCNCC se han dirigido varias solicitudes que postulan la inaplicación de las tablas salariales o incrementos retributivos del convenio, pero desde una fecha anterior a la de la propia decisión, lo que en definitiva supone pedir autorización para dejar de pagar los denominados atrasos salariales de convenio. La Comisión ha resuelto unánimemente que en estos supuestos rige el principio de irretroactividad contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución, el cual, en aras de la seguridad jurídica, garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; irretroactividad que el artículo 2.3 del Código Civil acoge como regla general y han confirmado la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como recuerdan las Decisiones de la CCNCC⁸⁰. El fundamento de la imposibilidad de aplicar el descuelgue salarial con efecto retroactivo, es decir, desde una fecha anterior a la del acuerdo o, en su caso, decisión o laudo que lo autorice, se encuentra en que las expectativas del descuelgue son *pro futuro*, de modo que no pueden actuar sobre salarios que ya han sido devengados. Dicho de otro modo, no es posible anular derechos retributivos que los trabajadores han consolidado por corresponder a períodos ya trabajados, con independencia de que los hayan percibido o no⁸¹. La táctica habitual de otorgar efectos retroactivos a las nuevas condiciones salariales

⁸⁰ Decisiones de la CCNCC de 24 mayo 2013 (Expdte. 5/2013), 28 junio 2013 (Expdte. 6/2013) y 8 julio 2013 (Expdte. 8/2013), así como los Laudos arbitrales de 31 julio 2013 (Expdte. 16/2013), 10 octubre 2013 (Expdte. 20/2013) y 5 diciembre 2013 (Expdte. 25/2013).

⁸¹ Existe abundante doctrina judicial contraria a reconocer efectos retroactivos al pacto de descuelgue salarial. Así, la Audiencia Nacional tiene al respecto un criterio fijado, entre otras, en su Sentencia de 29 mayo 2013 (proc.130/2013), donde ha razonado que el trabajador tiene derecho a la "percepción puntual de la remuneración pactada o convenida" y, por lo tanto, los trabajadores tienen el derecho a percibir el salario pactado para su trabajo "en ese periodo", pues carece de base legal "que la reducción salarial se retrotraiga contra el precio de trabajos ya realizados, porque dichas retribuciones estaban perfectamente consolidadas al momento de la retroacción, tratándose, por consiguiente, de manifestaciones de retroactividad máxima, que no están amparadas por el art 9.3 CE ". Aunque esta sentencia se refiere a un convenio de empresa que pretendía introducir unas tablas salariales inferiores a las del sector, con efecto retroactivo, la misma doctrina se ha mantenido en supuestos de descuelgue salarial acordado siguiendo el procedimiento del art. 82.3 ET en SSAN de 25 septiembre 2013 (proc. 313/2013) y 30 mayo 2014 (proc. 74/2013). También es posible renegociar un convenio colectivo antes de que termine su vigencia para

en la renegociación de los convenios no impide el surgimiento de derechos retributivos consolidados una vez que los servicios ya se han prestado ni justifica que se exceptione la interdicción de la retroactividad de disposiciones sancionadoras o no favorables consagrada en el art. 9.3 CE.

El laudo arbitral se comunicará a la Comisión, y será ésta la que lo comunique a las partes afectadas por la controversia. Si se trata de una decisión de la Comisión, ésta la comunicará directamente a las partes. En ambos casos, la referida comunicación deberá efectuarse dentro de plazo máximo, al que hemos hecho referencia, de veinticinco días a contar desde el sometimiento regular de la solicitud de inaplicación.

Tanto el laudo como la decisión de la Comisión serán vinculantes e inmediatamente ejecutivos, tal como disponen, respectivamente, los artículos 24.6 y 22.5 del reglamento.

6) Comunicación a la Autoridad Laboral

El párrafo 9º del artículo 82.3 ET dispone que *“(e)l resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito”*, comunicación que resulta de especial interés a efectos de que se tenga conocimiento por parte de la autoridad laboral de los instrumentos de inaplicación que se adoptan, los cuales, por otra parte, no quedan sujetos a la obligación de registro y publicación en el boletín correspondiente. De este modo, *“serán objeto de depósito los siguientes acuerdos, laudos arbitrales y decisiones de la CCNCC u órganos correspondientes de las comunidades autónomas sobre inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos: a) Los acuerdos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos según lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, tanto los alcanzados entre el empresario y la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas, como los conseguidos en el seno de la comisión paritaria del convenio colectivo de aplicación. b) Los acuerdos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en los convenios*

reducir el salario u otras condiciones de trabajo, pero sin efecto retroactivo (SAN 25 de febrero de 2014, proc 489/2013).

colectivos a las que se refiere el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuando tales acuerdos se hayan alcanzado durante el periodo de consultas en un procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada. c) Los acuerdos y laudos arbitrales por los que se establece la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de aplicación, conforme a los procedimientos contemplados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. d) Las decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas y los laudos de los árbitros designados por dichos órganos, por los que se establece la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de aplicación, conforme a lo establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores”. Además, la solicitud de depósito de los instrumentos deberá incluir el texto del correspondiente instrumento y se efectuará a través de medios electrónicos cumplimentando todos los datos solicitados en la aplicación informática diseñada al efecto.⁸²

No se prevé, sin embargo, una comunicación de las nuevas condiciones a los trabajadores individuales, pero se ha entendido que algún tipo de información resulta indispensable, por cuestiones prácticas de gestión de recursos humanos y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 del ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

7) Ausencia de pronunciamiento por falta de quórum en la Comisión

La solución a la discrepancia está garantizada cuando la decisión se encomienda a un árbitro. No ocurre así, sin embargo, cuando se ha optado por que sea la propia Comisión la que emita un pronunciamiento, debido al sistema de adopción de acuerdos que rige en su seno, basado en la búsqueda de consensos, que la apartan del arbitraje clásico.

El artículo 8.3 del reglamento, al regular el funcionamiento de la Comisión, establece que los acuerdos se adoptarán preferentemente por consenso entre el Presidente y los representantes de la Administración General del Estado y de los interlocutores sociales,

⁸² Insiste en ello la Disposición Adicional Cuarta del RD 713/2010, de 28 mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, añadida por el tan citado RD 1362/2012.

y de no ser ello posible, por mayoría absoluta de los asistentes, que en el caso de las decisiones sobre inaplicación de convenios colectivos, será de los miembros de la Comisión Permanente o, en su caso, del Pleno. Puede darse el supuesto de que la Comisión no pueda pronunciarse sobre el fondo de la disputa por falta de consenso o, en su defecto, de mayoría suficiente sobre ninguna de las propuestas de solución aportadas respectivamente por cada uno de los grupos representados en la misma.

8) Impugnación de la resolución. Alcance de la revisión jurisdiccional del laudo o decisión.

El artículo 82.3 ET expone que aquella decisión que tome la CCNCC *“habrá de dictarse en plazo no superior a 25 días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodos de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET”*. Cabe recordar que el artículo 91 ET establece que *“estos acuerdos y laudos [con referencia a los obtenidos en el marco de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos] serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión”*.

Por tanto, las decisiones y los laudos producidos por la CCNCC u órgano autonómico equivalente podrán ser impugnados por los dos motivos de ilegalidad y lesividad a que se refieren los artículos 90.5 y 163.1 LRJS y a través del procedimiento de impugnación de convenios colectivos regulado en los artículos 163 y ss. de la citada LRJS.

Serán partes demandadas todas las que intervinieron el procedimiento seguido ante la CCNCC u órgano autonómico equivalente, incluida la Administración laboral presente en dichos órganos tripartitos y el Ministerio Fiscal (MF).

Además de por estos dos motivos (ilegalidad y/o lesividad a terceros), las decisiones y laudos podrán ser impugnados específicamente por *ultra vires*⁸³, o por vicios *in procedendo*⁸⁴.

En cuanto al alcance de la revisión judicial del laudo o decisión, la Audiencia Nacional ha sostenido que el control judicial puede extenderse a todos los elementos de legalidad, “tanto en cuanto a la asunción de competencia por parte del órgano administrativo (vinculados esencialmente a la previa negociación en período de consultas y en su caso, comisión paritaria u órgano de solución extrajudicial de conflictos), como en lo relativo al supuesto de hecho que da lugar a la inaplicación del convenio, a la relación de causalidad y proporcionalidad entre la causa probada y la medida de inaplicación adoptada y, en general, a cualesquiera otros aspectos de legalidad procedimental o de fondo de la actuación administrativa”. Ahora bien, la misma Audiencia Nacional tiene declarado que existe una “presunción de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad del órgano administrativo o arbitral. Ello supone que, aun encontrándose su actuación bajo control judicial, dicho órgano cuenta con un margen de autonomía y apreciación “en lo relativo a los aspectos fácticos de naturaleza técnica, económica y organizativa”, esto es, al apreciar la concurrencia de las causas, lo que es propio de un arbitraje jurídico, pero lo tiene mayor incluso al emitir el pronunciamiento sobre las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad y decidir las nuevas condiciones aplicables en la empresa, pues esta materia es más propia de un laudo de equidad “cuyo control jurisdiccional es más limitado”.

XV.- EL DESCUELGUE EN CIFRAS

Desde que en febrero de 2012 se reformó el procedimiento de descuelgue convencional, y tomando como fecha de cierre el 31 de mayo de 2014, se han depositado en los registros de las distintas Autoridades Laborales un total de 4.480 inaplicaciones de convenios⁸⁵, distribuidas del siguiente modo:

⁸³ Por resolver puntos no sometidos a la decisión de la comisión o del árbitro externo.

⁸⁴ Cuando no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos, plazos y formalidades establecidos al efecto.

⁸⁵ Información obtenida de la página web del MEySS: <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

A) 748 inaplicaciones en 2012, que afectaron a 29.352 trabajadores. Este fue el año de menor incidencia de esta medida de flexibilidad interna, al tiempo que el más intenso en el recurso a procedimientos colectivos de reestructuración de plantillas como consecuencia de la exacerbación de la crisis tras la aparente mejoría de 2011.

B) 2.512 inaplicaciones en 2013, que afectaron a 159.550 trabajadores (algo menos del 1,2% de la población asalariada en ese año). La gran mayoría de los trabajadores afectados por una medida de descuelgue pertenecían al sector servicios, el 81%, y trabajaban para empresas de más de 250 trabajadores (el 70%), aunque la mayoría de las empresas que presentaron solicitudes de inaplicación, el 81%, tenían plantillas entre 1 y 49 trabajadores.

En cuanto a las materias objeto de descuelgue, la gran mayoría de las inaplicaciones depositadas indican que se han descolgado de la cuantía salarial pactada en el convenio, siendo ésta la única condición afectada por el descuelgue en el 66,6% de los casos. En otro 20%, la cuantía salarial se combina con la inaplicación de otras condiciones (sistema de remuneración, jornada de trabajo, horario, distribución del tiempo de trabajo, mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social).

La gran mayoría de las inaplicaciones, el 90,7%, se resolvieron mediante acuerdo alcanzado en el período de consultas. Otro 4,9% lo fueron en acuerdo de la comisión paritaria del convenio; el 3%, en acuerdo de mediación realizada en el marco de un procedimiento de solución extrajudicial de conflictos; el 0,5% mediante laudo en órgano bipartito y el 0,8% restante por decisión en el seno de un órgano tripartito (CCNCC u órgano autonómico equivalente).

En cuanto al ámbito funcional del convenio inaplicado, el 93,9 % fueron convenios de ámbito superior a la empresa.

C) Entre los meses de enero y mayo de 2014 se han depositado en los registros de las distintas Autoridades Laborales un total de 1220 inaplicaciones que afectan a 43.708 trabajadores. La gran mayoría de los trabajadores afectados por estas inaplicaciones, el 85%, trabaja en el sector servicios. Respecto al tamaño de las empresas, el 51,3% de los trabajadores afectados presta servicios en empresas de 250 trabajadores o más, aunque la mayoría de las empresas que presentan inaplicaciones, el 83,5%, tienen plantillas entre 1 y 49 trabajadores.

El 91,4% de las inaplicaciones se refieren a la cuantía salarial fijada en el convenio colectivo, en exclusiva o junto a otras condiciones de trabajo (jornada, sistema de remuneración, horario, mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social), siendo la

única condición afectada por el descuelgue en el 62% de los procedimientos. En el 6,2% de los casos ha sido el sistema de remuneración la única condición inaplicada.

La gran mayoría de las inaplicaciones (91,4%) son fruto de un acuerdo alcanzado en el período de consultas. Otro 5 % se han acordado en el seno de la comisión paritaria; el 2,3%, en mediación realizada en un órgano bipartito de solución extrajudicial de conflictos; el 0,5 en un lado en órgano de esa misma naturaleza y el 0,8% restante mediante decisión en el seno de un órgano tripartito (CCNCC u órgano autonómico equivalente).

En cuanto al ámbito funcional del convenio inaplicado, el 96,5 % fueron convenios de ámbito superior a la empresa.

CONCLUSIONES

Como primera conclusión, cabe destacar que, en resumidas cuentas, la inaplicación o descuelgue de condiciones de trabajo, es una medida de carácter extraordinario que permite al empresario, previo desarrollo de un procedimiento, aplicar unas condiciones de trabajo diferentes a las que venían previstas en el convenio colectivo. Dichas condiciones de trabajo que se aglutinan en los convenios colectivos obligan tanto a empresario como trabajador durante el tiempo de su vigencia, salvo si se da el caso de que se promueva el procedimiento de descuelgue. Este mecanismo confiere al empresario una tremenda flexibilidad cuando la empresa se encuentre en situaciones de precariedad económica, permitiéndole modificar algunas de las condiciones de trabajo de los empleados. Tales materias vienen prefijadas con carácter cerrado en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y entre ellas cabe destacar el salario, la jornada de trabajo, o el horario y distribución del tiempo de trabajo, entre otras. No obstante, el empresario deberá justificar tal inaplicación si, como se ha dicho anteriormente, su empresa se encuentra en una situación de precariedad económica. Dicha precariedad deberá corresponderse, siguiendo con lo previsto en el art. 82.3 ET, con alguna de las causas que justifiquen el descuelgue de condiciones de trabajo, como son las económicas, organizativas, técnicas o de producción.

Sin embargo, no siempre se ha permitido un descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo tan amplio o flexible como el actual, sino que es producto de un conjunto de reformas que tienen como origen el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980, seguido de la Ley 11/1994, que introdujo definitivamente al ordenamiento jurídico laboral la figura del descuelgue. Le siguieron las próximas reformas de 2010 y 2011, aunque la más drástica, en mi opinión, ha sido la que ahora nos ocupa, que entre otras cosas, amplió el ámbito de aplicación material hasta siete (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando exceda de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social).

En cuanto al procedimiento de descuelgue, y como pequeños puntos esenciales de este estudio, cabe destacar que el proyecto empresarial de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo debe ser negociado con los representantes legales o sindicales en la empresa o, antes su inexistencia, con una comisión *ad hoc* elegida en los términos del artículo 41.4 ET, todo ello, durante el correspondiente período de consultas.

En segundo lugar, si no se hubiese obtenido un acuerdo, procede la intervención de la comisión paritaria del convenio, siempre que éste la hubiera previsto y, en su falta, se prevé que pueda pronunciarse a petición de cualquiera de las partes.

Si la discrepancia no se resuelve en el seno de la comisión paritaria, por falta de acuerdo o no acudimiento de la misma, entonces existe obligación de acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que resulten de aplicación en la empresa.

Por último, si tras este tercer intento no se hubiera solucionado el conflicto, es cuando la norma de entrada a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o al órgano autonómico que resulte territorialmente competente, para que, bien directamente (mediante decisión adoptada en su propio seno) o designando a un árbitro (con las debidas garantías para garantizar su imparcialidad), ponga fin a la controversia a petición de cualquiera de las partes.

Así pues, tras haber expuesto los puntos principales del descuelgue de condiciones, procede señalar que, aunque naturalmente cabe discusión al respecto, parece que este mecanismo puede beneficiar en una medida mucho mayor al empresario que al trabajador, cuando, en mi opinión, debería ser un sistema equitativo para ambas partes. La negociación colectiva en orígenes partía de la idea de que pudiese haber un acuerdo, o no. Este es el punto cumbre de la disyuntiva. Y es que es imposible que ambas partes de la relación se encuentren en una posición ecuánime puesto que los trabajadores en ningún momento van a tener la oportunidad de disentir la inaplicación de las condiciones de trabajo.

Cabe entonces afirmar que tras el pormenorizado estudio de la reforma del artículo 82.3 ET, no es un cambio, adecuado ni igualitario para todos.

BIBLIOGRAFÍA

DESDENTADO BONETE, A.: “*Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales*”, Actualidad Laboral nº 17-18 de 2012.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: “*El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva*”, en AA.VV., *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “*Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad «interna»*”, Relaciones Laborales nº 11 de 2011.

GALA DURAN, C.: “*Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)*”, Relaciones Laborales nº 11 de 2012.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*”, Temas Laborales nº 115 2012.

GOÑI SEIN, J. L., “*Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada*”, Aranzadi Social Doctrinal, nº 9, 2013.

GORELLI HERNÁNDEZ, “*El descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo de eficacia general*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Nº. 34, 2013.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “*La concurrencia de convenios colectivos tras la reforma de la negociación colectiva*”, en AA.VV., coordinados por J. Gorelli Hernández e I. Marín Alonso, *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid 2012.

LÓPEZ ANIORTE, M.C., “*Descuelgue salarial*”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (coords.), *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, Laborum, Murcia, 2010.

LORENTE RIVAS, A.: “*Modificación de las condiciones de trabajo*”, en AA.VV., “*La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*”, Comares, Granada 2011.

MERCADER UGUINA, “*Lecciones de derecho del trabajo*” . 5ª Edición, Valencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MOLERO MARAÑÓN, M.^a. “*El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011*”, Relaciones Laborales nº 23-24 de 2011.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., “*Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012*”, Aranzadi Social Doctrinal, nº 9, 2013.

GOERLICH PESSET, J.M., “*Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NAVARRO NIETO, F.: “*Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva*”, Temas Laborales nº 107 2010.

OJEDA AVILÉS, A. en AA.VV., coordinados por Efrén Borrajo Dacruz, “*El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*”, Actualidad Editorial, SA, Madrid 1995.

OJEDA AVILÉS, A.: “*La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, La Ley, Madrid 2010.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIGHIEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “*La reforma de la negociación colectiva*”, Relaciones Laborales nº 14 de 2010.

ROJAS MARTÍN, “*Fijación del periodo vacacional como materia negociable al amparo del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Inaplicación de las condiciones pactadas en el convenio colectivo. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 3157/2013, de 27 de mayo de 2013, que resuelve el recurso de casación 90/2012*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Nº. 36, 2014.

SEMPERE NAVARRO, A-V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*Claves de la Reforma Laboral de 2012*”, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A-V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDES, L., “*El descuelgue salarial: estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva*”, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor ,Navarra.

TOLOSA TRIBIÑO, “*La inaplicación del convenio colectivo tras la reforma laboral*”, Revista de información laboral, Nº. 10, 2013.

Página web Dialnet, <http://dialnet.unirioja.es/>

Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEySS),
<http://www.empleo.gob.es/index.htm>

Página web Lex Nova, <http://www.lexnova.es/>