



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO:

**“LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES
ESTABLECIDAS EN UN CONVENIO COLECTIVO
ESTATUTARIO”**

Presentado por:

Isabel Arranz Olmos

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 10 de julio de 2015

**LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES ESTABLECIDAS EN
UN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO**

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN. ABSTRACT.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y ANÁLISIS DE LAS REFORMAS OPERADAS EN LOS AÑOS 2010-2012.....	10
1.1. Análisis de las reformas operadas en el periodo 2010-2012.....	13
2. SIGNIFICADO DE LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES PREVISTAS EN UN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012.....	26
2.1. Caracterización: El tratamiento de la inaplicación de condiciones laborales tras la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	26
2.2. Diferenciación con figuras afines:.....	
2.2.1 Modificación sustancial de condiciones: Artículo 41 ET.....	28
2.2.2 Prioridad Aplicativa del Convenio de Empresa: Artículo 84 ET.....	30
3. ESTRUCTURA LEGAL DE LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.....	35
3.1. Convenios susceptibles de inaplicación y ámbito de aplicación del descuelgue.	35
3. 2. Materias susceptibles de inaplicación.....	39
3.3. Aspecto temporal.....	43
3. 4. Efectos del descuelgue.....	43

4. LÍMITES LEGALES A LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.....	45
4.1 Límite causal.....	45
4.2. Procedimiento para la inaplicación: Acuerdo de empresa y Vías de Solución Extrajudicial.	53
4.2.1. Acuerdo de empresa.....	54
4.2.2. Vías de solución extrajudicial y su constitucionalidad, en particular la intervención de la CCNCC.....	61
4.3. La tutela jurídica del trabajador en la Jurisdicción Social: Impugnación del descuelgue.....	73
5. ANÁLISIS DE LOS DATOS DE INAPLICACIONES DE CONVENIOS COLECTIVOS.....	76
6. CONCLUSIONES.....	79
7. BIBLIOGRAFÍA.....	84
8. JURISPRUDENCIA Y LAUDOS ARBITRALES.....	89
9. LEGISLACIÓN.....	91
10. RECURSOS DE INTERNET.....	92
11. ANEXOS.....	93
I. Documentos que deben aportarse, a través de la Sede Electrónica del MEYSS, en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos sometidos a la decisión de la CCNCC.....	93
II. Estadísticas de Convenios Colectivos de Trabajo (CCT).....	95

ABREVIATURAS:

AA.VV.: Autores Varios

CC: Código Civil

CCNCC: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

CE: Constitución Española

ET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

RD: Real Decreto.

RDS: Revista de Derecho Social

Rec.: Recurso.

SAN: Sentencia Audiencia Nacional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto analizar con detalle la inaplicación de condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo estatutario, medida que encuentra su regulación en el artículo 82.3 ET, estableciéndose como una excepción a la eficacia de los convenios colectivos estatutarios. Para dicho análisis se parte de la evolución normativa que ha afectado a esta institución durante los periodos 2010-2012, habida cuenta de que se ha visto tremendamente favorecida por estas reformas en el intento de fomentar una flexibilidad extraordinaria en la regulación de las condiciones de laborales, hasta el punto de hacer desaparecer, en determinados casos, los umbrales de protección básicos que han de estar presentes en el marco de las relaciones jurídico laborales.

Palabras clave: Inaplicación, condiciones laborales, eficacia del convenio, convenio colectivo estatutario, descuelgue, flexibilidad laboral, negociación colectiva.

ABSTRACT:

This work is aimed at assessing in detail the disapplication of certain labor matters included in the collective agreement, which is legally regulated in the Article 82.2 ET, regarding it as an exception of the collective agreement effectiveness.

This assessment has been undertaken in view of the labor reforms which have affected the disengagement of working conditions between 2010 and 2012, to the extent that they have been extremely advantaged by the reforms carried out in the attempt of promoting more flexibility in the frame of labor regulations. Essential protection levels in the job marketplace, which should be guaranteed at all times indeed, have virtually vanished completely as a result of the increased flexibility.

Keywords: Disapplication; non application; working conditions; agreement effectiveness; Collective agreement; disengagement of working conditions; labour flexibility; collective bargaining.

INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo es el análisis del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece una excepción referida a la aplicación de los convenios colectivos estatutarios, ya que contiene la regulación de la inaplicación de condiciones laborales establecidas en los mismos, coloquialmente conocido como el descuelgue de condiciones.

Para entender el significado y la relevancia de esta institución, hemos de precisar en primer lugar la importancia del instrumento afectado. En el desarrollo y evolución del derecho del trabajo, podemos advertir como se llega a la construcción de un mecanismo de determinación de las condiciones de trabajo, que trataba de paliar las debilidades del contrato de trabajo, por el desequilibrio de poderes que se producía entre el trabajador y el empresario. Dicho mecanismo es el convenio colectivo, fruto de la negociación entre representantes de los trabajadores y representantes de los empresarios, y que sitúa a los mismos en la negociación y especificación de los derechos y obligaciones laborales.

El convenio colectivo estatutario, puede definirse como un acuerdo de voluntades libremente alcanzado, en virtud de su autonomía colectiva, por los sujetos colectivos, y siguiendo los trámites formales y de procedimiento que aparecen específicamente previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

En un cortísimo periodo de tiempo, que abarca desde 2010 hasta el 6 de julio de 2012, el Estatuto de los Trabajadores ha sido modificado múltiples veces; reformas que, como posteriormente tendremos ocasión de señalar, han tenido una gran incidencia sobre la negociación colectiva.

Concretamente, entre los años 2010 y 2012 nos encontramos con las siguientes reformas:

- Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

- Real Decreto- Ley 7/2010, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

- Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Como consecuencia de las reformas, el artículo 82.3 ET ha pasado de regular en un principio el denominado descuelgue salarial, a regular actualmente la inaplicación de condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo estatutario.

La importancia de cualquier cambio en esta materia es obvia. Parece oportuno recordar que el convenio colectivo estatutario en nuestro Ordenamiento Jurídico goza de una doble eficacia jurídica. Por un lado eficacia jurídica normativa que hace referencia a la fuerza vinculante, al carácter imperativo que tienen los convenios, y que tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 37 CE. Por otro lado goza de eficacia personal general, pues el artículo 82.3 ET dispone que los convenios colectivos estatutarios “*obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia*”.

No obstante, en el apartado tercero de dicho artículo, encontramos una excepción significativa a esta eficacia general *erga omnes*, que viene dada por la posibilidad de inaplicar condiciones laborales previstas en un convenio colectivo de sector o de empresa.

El tema que ahora nos ocupa, la inaplicación de condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo estatutario, se ha visto afectado por cada una de las citadas reformas. Por ello, resulta oportuno para entender la regulación actual, analizar la evolución normativa del artículo 82.3 ET, destacando los cambios más importantes que han introducido las diferentes regulaciones, sus repercusiones positivas y negativas y las finalidades que perseguían dichas leyes.

Dentro del contexto de crisis económica aguda que está atravesando España, uno de los principales objetivos de las citadas reformas, particularmente de la operada en el 2012, era dotar a las empresas de una mayor flexibilidad interna, como alternativa a la

flexibilidad externa, esto es, como alternativa a la destrucción de empleo por parte del empresario. Se considera que un mayor margen de flexibilidad en la configuración de las relaciones laborales puede traducirse en una reducción significativa del despido, sobre todo si esta flexibilidad se proyecta sobre aquellas condiciones que inciden de forma más directa en la competitividad empresarial, como son la jornada del trabajo o el salario, entre otras. Lo que el legislador busca es propiciar flexibilidad a la aplicación de los convenios colectivos para hacer frente a la rigidez del sistema de negociación colectiva, para que, además, la negociación colectiva sea también un instrumento a favor de la flexibilidad.¹

En el Estatuto de los Trabajadores, junto con la inaplicación de condiciones del artículo 82.3 ET, encontramos otras instituciones que también descansan en la idea de la flexibilidad empresarial; instituciones que, si bien persiguen objetivos similares, presentan diferencias en cuanto a su regulación, el instrumento y los sujetos afectados.

Realizaremos un pequeño análisis de cómo algunos aspectos de esta institución, en particular la actuación arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, han suscitado importantes dudas acerca de su posible inconstitucionalidad por un sector muy importante de la doctrina y de la representación laboral.

Así mismo, haremos referencia a estudios estadísticos relativos a las inaplicaciones de condiciones laborales establecidas en convenios colectivos estatutarios que han tenido lugar los últimos años.

A la luz de todo ello, se podrán señalar algunas conclusiones.

¹ VILA TIERNO, F., : « *La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras...*» op. cit., página 190 y 195. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. núm 33 (2013). (www.iustel.com)

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y ANÁLISIS DE LAS REFORMAS OPERADAS EN LOS AÑOS 2010-2012.

La institución del descuelgue, nació en el *Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980*, con una regulación muy severa que dificultaba la posibilidad del descuelgue (pues exigía que las empresas acreditaran de modo objetivo y fehaciente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas).

Pero será la Ley 11/1994, de 19 de mayo la que introduzca la figura del descuelgue², instaurándose a partir de este momento de forma definitiva en nuestro Ordenamiento, ya que estableció en su artículo octavo, relativo a la Negociación y Convenios Colectivos, lo siguiente:

“Los artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que se relacionan a continuación quedan modificados en los siguientes términos:

El apartado 3 del artículo 82 queda redactado de la siguiente forma:

<3. Los Convenios Colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, los Convenios Colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación.

Si dichos Convenios Colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, esta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la Comisión Paritaria del Convenio. La

² CAVAS MARTÍNEZ, F., « El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC(...)» Jornada Técnica de la CCNCC: *Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET.* Madrid, 18 de Junio de 2014. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/ForsDebate/CCNCC_Jornada_Tecnica_Inaplic_2014_Ponencia_1_Faustino_Cavas_Martinez.pdf, op.cit., página 3.

determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, en su defecto, podrán encomendarla a la Comisión Paritaria del Convenio.>”

Esta Ley nació en el contexto de una profunda crisis económica que ponía de relieve la necesidad de alcanzar una mayor competitividad en relación con los demás países de la Unión Europea, así como la necesidad de readaptar el mercado laboral. No obstante, los grandes logros de esta reforma se proyectaron en materia de flexibilidad laboral, y sentaron los pilares, para un posterior desarrollo de la misma³.

Además, tal como hemos señalado, con esta reforma se introduce en el artículo 82 de forma definitiva la regulación del descuelgue salarial, dotándole de una regulación mucho más leve que la recogida en dicho Acuerdo. El descuelgue salarial es la posibilidad que se ofrecía a las empresas en virtud de la cual una empresa podía inaplicar la regulación salarial establecida en un convenio colectivo de ámbito superior que le era de aplicación, reemplazando dicha regulación por una propia (lógicamente, peyorativa para los trabajadores) y que fuese acorde a la situación en la que se encuentra empresa.

De la lectura de este precepto destacan dos cosas:

- En primer lugar, que era una regulación muy somera, ambigua e insegura⁴, pues uno de los contenidos mínimos (establecidos en el artículo 85.4 ET), del convenio colectivo estatutario sectorial era el que se refería a las condiciones y procedimientos a seguir para llevar a cabo el descuelgue.

Se imponía por ley a los convenios colectivos estatutarios el deber de establecer las cláusulas del descuelgue salarial, pero a la vez, la definición de las causas y procedimientos que una empresa debía seguir para no aplicar la regulación salarial de un convenio, se dejaba en manos de los mismos, de los sujetos que habían negociado el convenio que ahora

³ Las reformas laborales en España y su impacto en el mercado de trabajo en el período 1985-2008. Disponible en: <http://www.iese.edu/es/files/ReformasLaborales.pdf>.

⁴ PEDRAJAS MORENO, A. SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C. *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 Y 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 32.

se quiere implicar. Es decir, existía un control del descuelgue por parte del convenio supra empresarial, cuyas condiciones se pretendían inaplicar.

Esta regulación tuvo consecuencias perniciosas; pues muchos convenios o bien obviaban este mandato y no fijaban las causas y procedimientos a seguir, o bien establecían requisitos muy estrictos y rigurosos que hacían prácticamente imposible que una empresa pudiese acudir a este mecanismo⁵.

En el supuesto de que el convenio eludiese este mandato, se podría decidir la inaplicación a través de un acuerdo de empresa y en el caso de discrepancia se sometería la cuestión a la Comisión paritaria del convenio superior.

- En segundo lugar, es fácil observar cómo el descuelgue salarial se configura como una institución esencialmente causal, siendo la causa, tal y como establecía la redacción del artículo 82.3 ET: que la estabilidad económica de la empresa pudiera verse dañada como consecuencia de la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior.

Si bien uno de los objetivos de esta reforma era proporcionar una mayor adaptabilidad en el seno de las relaciones laborales, y de hecho logró ciertas dosis de flexibilidad, la experiencia puso de relieve que tal y como estaba configurada esta institución (dejando en manos de los propios sujetos que negociaron el convenio que se pretende inaplicar, la configuración de las causas y procedimientos de descuelgue), las posibilidades reales de utilizar este instrumento eran muy limitadas, convirtiéndolo en un recurso de excepcional utilización y “escasa o nula viabilidad”.⁶

⁵ A este respecto, destacar que a pesar de que el artículo 85.2 ET disponía como contenido mínimo y esencial estas premisas, según estadísticas proporcionadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), la cifra de convenios que cumplían con éste mandato legal no alcanzaba el 50%.

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., « El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC(...)» Jornada Técnica de la CCNCC: *Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*. Madrid, 18 de Junio de 2014. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/G_Noticias/ForsDebate/CCNCC_Jornada_Tecnica_Inaplic_2014_Ponencia_1_Faustino_Cavas_Martinez.pdf op.cit., página 4.

Esta regulación estuvo vigente durante un periodo de tiempo considerable, pero las reformas del 2010 volvieron a incidir en la regulación del descuelgue salarial con el objetivo de propiciar, desde una perspectiva tanto causal como procedimental, mayores dosis de flexibilidad y adaptabilidad a las empresas para que éstas pudieran utilizar el descuelgue como un mecanismo de flexibilidad interna, con el fin de facilitar la superación de situaciones económicas difíciles sin tener que recurrir, al menos en exceso, a la destrucción de empleo, a costa de establecer salarios más reducidos que los regulados en un convenio superior.

1.1. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS OPERADAS EN EL PERIODO 2010-2012.

A) En primer lugar, nos encontramos con la reforma operada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que modifica el apartado 3 del artículo 82 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, quedando redactado en los siguientes términos:

«3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en esta Ley, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma. El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración.»

- Con esta reforma se amplió sensiblemente la institución del descuelgue salarial, y se inició un proceso de asimilación entre las modificaciones sustanciales de las condiciones

de trabajo establecidas en el artículo 41 ET y el descuelgue⁷, debido a que la ley remite a dicho artículo para regular el proceso de negociación del mismo.

.-Además, en el caso de que los trabajadores no tengan representación en la empresa, entra en juego la actuación de la comisión *ad hoc* (al igual que en la modificación de condiciones), y los medios de solución extrajudicial de controversias, como el arbitraje, se configuran con carácter necesario.

.-Gran importancia, tiene la modificación introducida en virtud de la cual ya no se exige que el convenio colectivo determine las causas justificativas y el procedimiento del descuelgue, pues esto ya se establece en la ley.

Es decir, las condiciones y el procedimiento del descuelgue dejan de formar parte del contenido mínimo y necesario que debía tener un convenio colectivo estatutario supraempresarial en la anterior regulación, y consecuentemente, se logra poner fin al exhaustivo control que dicho convenio venía ejerciendo sobre el procedimiento de descuelgue.

Dado que las condiciones y procedimientos pasan a estar ahora regulados en la ley, no se deja su establecimiento en manos de los sujetos negociadores del convenio, dejando simplemente al convenio la tarea de regular las soluciones en caso de discrepancia. Por lo tanto, el artículo 85.3 ET al establecer el contenido mínimo, hace referencia a la necesidad de que el convenio supraempresarial se limite a regular la solución de los desacuerdos, pero no ya ni la causa ni el procedimiento.

Esta reforma supuso “*la eliminación del papel tutelar de la negociación sectorial en la mecánica del descuelgue salarial*”⁸.

.- Otro cambio esencial introducido en la regulación del descuelgue, es la eliminación del carácter bifásico de esta institución, pues si bien antes requería en primer

⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 16.

⁸ GARCÍA PERROTE,I. y MERCADER UGUINA, J.R. *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*. Lex Nova, Valladolid, 2010. op.cit., página 190.

lugar un acuerdo de descuelgue, y posteriormente un segundo acuerdo en el que se fijase la nueva regulación sustitutiva de la inaplicada; con esta reforma se determina que el propio acuerdo en el que se prevé el descuelgue, ha de contener a su vez la nueva regulación (como hasta este momento solo cabía hablar de descuelgue salarial, el nuevo salario).

.- Novedoso es también que se introduce la posibilidad del “recuelgue”⁹, es decir que si desaparece la causa económica que motivó la inaplicación, se pueda volver a establecer la regulación salarial prevista en el convenio supraempresarial del que se “descolgó” la empresa.

.- El descuelgue se configura como una institución temporal; la inaplicación no podía superar la vigencia del convenio colectivo, no obstante se establecía un límite a mayores y es que en ningún caso podría superar los tres años de duración. Los tres años operan como límite absoluto¹⁰.

.- Además, el descuelgue sigue configurándose como una institución causal; requiere de una causa, configurada en términos económicos (daño económico a la empresa si aplica el convenio superior) que justifique recurrir a este cauce, que comporta una excepción a la eficacia jurídica *erga omnes* del convenio.

No obstante, ahora se añade que esa situación económica ha de afectar al mantenimiento del empleo. Es decir, para poder proceder al descuelgue, se requiere una causa justificativa, vinculada a la idea de que si se aplica el convenio superior, se producirá un daño económico a la empresa que dificultará el mantenimiento del empleo en la misma, lo que supuso un margen más amplio para inaplicar el salario regulado en el convenio.¹¹

⁹ Terminología usada, entre otros, por LAHERA FORTEZA J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV., dirigidos por F. Valdés Dal-Re y E. González-Posada Martínez, *La reforma laboral de 2010*. Editorial Reus, Madrid, 2011. op. cit., página 371.

¹⁰ ALFONSO MELLADO. C.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna” en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. op. cit., página 137

¹¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011», *Actualidad Laboral* núm. 2012, pp. 524 525.

.-En este momento el descuelgue solo podía predicarse del convenio colectivo estatutario de ámbito superior a la empresa, no cabía hablar de descuelgue de condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario de empresa.

Cabe afirmar por lo tanto, que la normativa nacida de esta reforma 2010-2011 supuso un primer avance importante en operatividad y también en seguridad jurídica¹².

B) La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo introdujo asimismo, ciertas modificaciones de especial importancia.

“Artículo 6 Contenido de los convenios colectivos

Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 82 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, quedando redactado en los siguientes términos:

3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.”

.- Destaca de esta ley que se produce una dulcificación de las causas justificadoras del descuelgue, pues si bien en el Real Decreto-Ley 10/2010 se exigía un daño económico a la empresa si aplica el convenio superior que afectase al empleo en la empresa, ahora se exige un daño a la “*situación y perspectivas económicas*” de la empresa.

¹² PEDRAJAS MORENO, A. SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 Y 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 32.

Es decir, ya no es necesario que la empresa esté atravesando una situación económica crítica, sino que se puede alegar que es previsible que la aplicación del convenio pueda conllevar pérdidas; es suficiente una mera previsión de pérdidas que puedan afectar al mantenimiento del empleo.

- El precepto establece la posibilidad de inaplicar el régimen salarial previsto en el convenio, lo que parece que hace referencia a la cuantía del salario, dejando para el artículo 41 la modificación de la estructura salarial¹³.

- Se mantiene la eliminación del control del convenio supra empresarial sobre las condiciones y procedimientos para el descuelgue, y establece que éste se puede determinar directamente por acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, previo desarrollo de un periodo de consultas según lo dispuesto en el artículo 41 ET.

De no existir representantes, se hará a través de un acuerdo entre la empresa y una comisión *ad hoc* designada según el artículo 41 ET. Es preciso señalar una importante novedad, y es que la comisión *ad hoc* puede ser sindical o laboral. En el caso de llegar a un acuerdo, la existencia del mismo, presume la existencia de la causa.

Por lo tanto, la modificación sustancial del artículo 41 ET y el descuelgue salarial del 82.3 ET, si bien se configuran como dos instituciones diferenciadas, pasan a compartir un mismo procedimiento, precisamente el establecido para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo¹⁴.

- El Real Decreto-Ley 10/2010, preveía la necesidad de acudir a los medios de solución extrajudicial de controversias, como el arbitraje, cuando no se llegaba a un acuerdo en el periodo de consultas, y la Ley 35/2010 reforzó estos procedimientos, pasando a formar parte del contenido mínimo y necesario de los convenios colectivos el

¹³ La misma opinión comparte LAHERA FORTEZA, J. P. “El descuelgue salarial” En AA.VV., dirigidos por F. Valdés Dal-Re y E. González-Posada Martínez, *La reforma laboral de 2010*. Madrid: Editorial Reus, 2011. op. cit., página 362; y PEDRAJAS MORENO, A. SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C. *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 Y 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 16.

¹⁴ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op.cit., página 52.

establecimiento de procedimientos de *aplicación general y directa* para resolver los conflictos que surgieran en los periodos de consultas. La ley consolida el papel de estos procedimientos (mediación y arbitraje voluntario).

Esta regulación delata un mayor interés del legislador de que se llegue a un acuerdo durante la negociación, hasta el punto de que se fuerzan los procedimientos de solución extrajudicial de controversias, lo que comporta una presión importante sobre los representantes de los trabajadores; pudiendo incluso sustituirse el procedimiento de consulta por el de mediación o arbitraje¹⁵, y se dulcifica mucho la exigencia causal, pues en el caso de llegar a un acuerdo se presume que concurre la causa económica que justifica el descuelgue, reduciéndose por lo tanto las posibilidades de impugnación y de control de dicho acuerdo.

C) La Ley 35/2010 tenía como uno de sus objetivos hacer mas viable la posibilidad del descuelgue. Sin embargo no puede decirse que alcanzó dicha pretensión con éxito, por ello, el Real Decreto Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, introdujo varias modificaciones en este asunto, tanto desde el punto de vista causal como procedimental, aunque tampoco supusieron grandes cambios.

“Artículo 6. Flexibilidad interna negociada.

Cinco. El apartado 3 del artículo 82 queda redactado en los siguientes términos:

«3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a 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.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

¹⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 18.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del convenio colectivo.

El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el periodo de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración. El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos a que se refiere el siguiente párrafo.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.»

- En primer lugar cabe destacar que esta reforma estableció la posibilidad de que cualquiera de las partes pudiera acudir ante la Comisión paritaria del convenio en caso de discrepancia durante el periodo de consultas; trámite previo a los mecanismos de mediación o arbitraje¹⁶, pues solo cuando la Comisión tampoco llegase a un acuerdo, las partes ya podían recurrir a los procedimientos de solución extrajudicial (mediación o arbitraje).

¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 19.

.- Por lo que se refiere a la causa económica, si bien en la anterior regulación se exigía que la empresa debía encontrarse en una mala situación económica, que empeoraría si se aplica la regulación salarial del convenio; con la regulación actual la causa se bifurca y se hace referencia también a que la empresa sufra una disminución persistente del nivel de ingresos, sin tener en cuenta si la aplicación del convenio conllevaría efectos negativos o no para la empresa.

D) El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero que introduce la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que como posteriormente veremos ha planteado importantes dudas acerca de la constitucionalidad de este mecanismo, modifica el artículo 82 ET en el siguiente tenor:

“Artículo 14. Negociación colectiva.

Uno. El apartado 3 del artículo 82 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado del siguiente modo:

«3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.*
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.*
- c) Régimen de trabajo a turnos.*
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.*
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.*
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.*

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo 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 en el mercado.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prorrogarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando ésta no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un arbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del

conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.»

F) Finalmente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introduce la siguiente modificación:

...

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

...

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá 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. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán (antes podrán) recurrir a los procedimientos que se hayan establecido (antes deben establecerse) en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos (antes las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados) a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

El 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.»

Con las reformas del 2012 (Real Decreto–Ley 3/ 2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre) se produce un cambio en la estructura de la regulación del descuelgue salarial del 82.3 ET y las modificaciones de condiciones del artículo 41 ET¹⁷. Las modificaciones sustanciales de condiciones establecidas en convenio colectivo estatutario van a pasar de estar reguladas en el artículo 41 ET a estarlo en el artículo 82.3 ET donde se regulaba anteriormente el descuelgue salarial. La regulación actual facilita en gran medida a los empresarios la posibilidad de obviar ciertas condiciones pactadas en convenio colectivo de sector, e incluso otorga la posibilidad de inaplicar el propio convenio de empresa¹⁸.

La modificación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario a través de acuerdo de empresa ya no se puede considerar como una

¹⁷ Destacar al respecto que el art. 41 ET, es el precepto al que ha de acudir para modificar ventajas o mejoras contractuales, condiciones recogidas en un contrato de trabajo, condiciones laborales establecidas en acuerdos de empresa o en convenios colectivos extraestatutarios.

Sobre las condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios se ha de atender a lo dispuesto en el art.82.3 ET.

¹⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: « El descuelgue del convenio colectivo estatutario». *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. núm. 34, 2013. (www.iustel.com) pp.307-350. op. cit., página 307.

modificación sustancial del artículo 41 ET, sino que ha “*mutado en una forma materialmente ampliada de descuelgue*”¹⁹.

El fin que pretende alcanzar la Ley 3/2012 es la “*flexiseguridad*”, es decir lograr una mayor flexibilidad para la empresa, interna y externa y a la vez una mayor seguridad para los trabajadores en el empleo²⁰.

Se persigue facilitar al empresario que pueda modificar condiciones de la relación laboral para evitar, o al menos reducir, la destrucción de empleos, ante el riesgo de empeorar la situación de la empresa si se aplican la regulación del convenio colectivo.

La flexibilidad interna de las empresas, como medida para evitar despidos, se ha visto tremendamente favorecida por la reforma laboral de 2012. No obstante, resulta curioso que se persiga este objetivo, pero a la vez no se incentive realmente a las empresas a que acudan a la flexibilidad interna para evitar la destrucción de empleo, ya que al mismo tiempo se han dulcificado las causas que justifican los despidos colectivos y objetivos, se han suprimido los salarios de tramitación si el empresario opta por la indemnización y no por la readmisión, se ha reducido la indemnización por despido, etc²¹.

Es decir, si bien se dota a la empresa de mayor flexibilidad interna como instrumento para evitar el despido, paradójicamente, de modo paralelo no se ha endurecido el despido.

Es preciso señalar que la regulación actual del descuelgue obedece en cierta medida, a la creciente pretensión de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), sobre todo a partir de la reforma del año 2010, de que el descuelgue no se limitase

¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral» *Temas laborales*, núm. 115, 2012, pp. 85-134. op. cit., página 98.

²⁰ Principalmente a través de dos cauces: por un lado la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET, y por otro lado, la Inaplicación de condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo estatutario del art. 82.3 ET.

²¹ ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 11.

solo a la cuantía salarial, sino que se ampliase desde el punto de vista material, proyectándose sobre más aspectos laborales²².

Estas reformas, al ampliar las condiciones de trabajo susceptibles de descuelgue, las causas que se pueden invocar y los medios de solución de controversias, entre otros, ha implicado que se haya incrementado el número de inaplicaciones, convirtiéndose en un instrumento en mano de los empresarios para evitar el empeoramiento de la situación económica de la empresa y en consecuencia la destrucción de empleos.

No obstante, aun así, en situación de crisis nos seguimos encontrando con muchos despidos, esto puede deberse a que el modelo productivo español descansa sobre sectores, en general muy afectados por las crisis económicas y donde adquieren una importancia relativamente alta la contratación temporal y la subcontratación, de hecho, las tasas de temporalidad españolas triplican la tasa medias europeas²³.

La reforma del 2012 ha sido criticada por un amplio sector doctrinal por considerarla injusta y desequilibrada, a favor de los intereses de una de las partes de la relación laboral, los intereses de los empresarios²⁴.

²² En este sentido, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La reforma de la negociación colectiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. núm. 25, 2011. (www.iustel.com) op. cit., página 99.

²³ PEDRAJAS MORENO, A. SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C. *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 Y 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 9.

²⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Una ruta bajo sospecha: Hacia la creación de empleo a través de la facilitación y abaratamiento de los despidos (acerca de la...)» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. núm 34, 2013. (www.iustel.com) op. cit., página 67.

2. SIGNIFICADO DE LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES PREVISTAS EN UN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012.

Tal como hemos señalado con anterioridad, los convenios colectivos gozan en nuestro Ordenamiento Jurídico de eficacia jurídica normativa y eficacia personal general. En la medida en que esta institución evidencia una excepción a esta eficacia *erga omnes*, está limitada desde un punto de vista material, temporal y causal, y para que pueda llegar a producir efectos ha de adoptarse de conformidad con el procedimiento establecido por el legislador.

El descuelgue de condiciones, es una institución prevista por el legislador en virtud de la cual, si concurren ciertas causas y solo sobre determinadas materias, se puede proceder a inaplicar la regulación de condiciones laborales previstas en un convenio colectivo estatutario, ya sea de sector o de empresa, sustituyéndola por otras (es fácil pensar que será menos beneficiosa para los trabajadores) que tenga en cuenta las circunstancias de la empresa, ante el riesgo de que si se aplica la regulación contenida en el convenio la situación empresarial empeore, poniendo en peligro tanto los puestos de trabajo de los trabajadores como la propia permanencia de la empresa. Es decir, esta instrucción prevé la posibilidad de que mediante un mecanismo propio de la negociación colectiva que es el acuerdo de empresa, y si concurre una causa justificativa, los sujetos legitimados para negociar en el ámbito de la empresa alcancen un acuerdo en virtud del cual no se aplicará en una empresa la regulación contenida en el convenio colectivo al que se somete.

2.1. CARACTERIZACIÓN: EL TRATAMIENTO DE LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL.

En base a la regulación del mecanismo del descuelgue existente en la actualidad, hemos de destacar los aspectos esenciales y característicos que delimitan la institución del artículo 83.2 ET: la inaplicación de condiciones laborales establecidas en convenio colectivo estatutario; mecanismo afectado por la reforma de 2012 que, en el intento de

propiciar una mayor flexibilidad interna a las empresas, el legislador trata de facilitar que el contenido de un convenio colectivo estatutario se adapte al nuevo escenario económico, organizativo y productivo en el que la empresa ha de desarrollar su actividad productiva.

1) Las causas justificativas de la decisión del descuelgue de condiciones aparecen previstas en el artículo 82.3 ET que, a diferencia de regulaciones anteriores donde la limitación causal era más estricta, en la actualidad este artículo hace referencia a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Esto origina una mayor facilidad a la hora de hacer uso de esta institución pues el descuelgue deja de ser un mecanismo vinculado exclusivamente a la situación económica de la empresa.

2) Es importante tener en cuenta que es una institución limitada materialmente, solo cabe el descuelgue respecto de determinadas materias que el legislador determina expresamente en el artículo 82.3 ET, que más adelante tendremos ocasión de analizar.

3) En la actualidad, debido a la unificación de estos dos regímenes, la inaplicación puede proyectarse, no solo sobre convenios colectivos de sector, sino también sobre convenios colectivos de empresa²⁵, lo que se conoce coloquialmente con el término “autodescuelgue”.

4) Esta institución requiere la existencia de un acuerdo de empresa. Habida cuenta de que el acuerdo de empresa es un instrumento propio de la negociación colectiva, hemos de destacar que se está modificando lo dispuesto en un convenio colectivo a través de un instrumento propio de la misma.

No obstante, a falta de acuerdo el legislador ha previsto un conjunto de mecanismos con la finalidad de alcanzar el acuerdo y proceder al descuelgue.

²⁵En las regulaciones anteriores solo era posible respecto de los convenios de nivel superior. Es con la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de Febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral, (BOE 11/02/2012), cuando se prevé esta posibilidad.

5) En cuanto a los sujetos legitimados, son la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo según el artículo 87.1 ET²⁶, siendo estos últimos: el comité de empresa, delegado de personal y la sección sindical si es que la hubiere que sume la mayoría de los miembros del comité o de los delegados del personal. En el caso de ausencia de representantes de los trabajadores, se puede acudir a una comisión *ad hoc*, laboral o sindical.

6) Otra cuestión a destacar es que en la actual regulación no se hace referencia alguna al “recuelgue”, es decir, la posibilidad de volver a las condiciones laborales iniciales (las que fueron objeto de descuelgue). Parece obvio que esta posibilidad pueda formar parte del contenido del acuerdo de inaplicación, pero el artículo 82.3 ET omite referencia alguna acerca de esta cuestión.

7) En relación con la duración del descuelgue, sus efectos son aplicables hasta que entre en vigor un nuevo convenio aplicable, suprimiéndose el límite máximo de 3 años.²⁷

2.2. DIFERENCIACIÓN CON FIGURAS AFINES:

2.2.1 Modificación sustancial de condiciones: Artículo 41 ET.

.-Hay que señalar que, si bien el descuelgue del artículo 82.3 ET guarda una estrecha relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo, reguladas en el artículo 41 ET; son mecanismos distintos, en este sentido:

Por un lado hemos de tener en cuenta que en realidad el descuelgue no deja de ser una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que, reviste cierta especialidad por afectar a un convenio colectivo estatutario y por ello encuentran su regulación detallada en otro artículo diferente, el 82.3 ET que, tal como dispone la STS 5 de junio de 2012²⁸,

²⁶ Recordar que el citado art. 87.1 regula la legitimación de la negociación de un convenio colectivo de empresa, a nivel de empresa (“*de ámbito inferior*”).

²⁷ En las reformas operadas en los años 2010-2012 se establecía que la duración del descuelgue salarial no podría ser superior a la vigencia del convenio modificado, pero a mayores se establecía un límite que operaba como máximo y es que en ningún caso podría exceder de 3 años.

²⁸ STS de 5 de junio de 2012 (Rec. Núm 95/2011).

establece requisitos “*más rigurosos que los de la modificación sustancial*” y está ubicado en el Título III dedicado a la negociación colectiva.

No obstante, por otro nos encontramos con que la fuente de la condición laboral que se modifica (en el caso del artículo 41 ET) o se inaplica (en el caso del artículo 82.3 ET) es distinta, pues éste último precepto se proyecta sobre convenios colectivos estatutarios, y el artículo 41 ET sobre convenios extra estatutarios, acuerdos de empresa, contratos de trabajo, etc.

Tampoco coinciden exactamente las causas, pues son más genéricas las del artículo 41 ET, las consecuencias para los trabajadores no son las mismas y la duración también difiere²⁹, pues la modificación sustancial puede tener carácter permanente, a diferencia del caso del descuelgue que tiene fecha límite, (como máximo hasta que un nuevo convenio resulte aplicable).

Además, a diferencia de lo que ocurre en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, regulada en el artículo 41 ET en el que nos encontramos con un régimen jurídico diferenciado en función del número de trabajadores afectados, en el mecanismo del descuelgue, ese dato es irrelevante en el sentido de que el régimen del artículo 82.3 ET se aplica independientemente del número de trabajadores afectados³⁰. No se exige un mínimo o un máximo de trabajadores que se verán afectados por la inaplicación para poder proceder al descuelgue; ya que lo importante en este ámbito es el instrumento modificado³¹, es decir el convenio colectivo estatutario bien sea de sector o de empresa.

²⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F., « El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC(...)» Jornada Técnica de la CCNCC: *Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*. Madrid, 18 de Junio de 2014. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/G_Noticias/ForsDebate/CCNCC_Jornada_Tecnica_Inaplic_2014_Ponencia_1_Faustino_Cavas_Martinez.pdf op. cit., página 10.

³⁰ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 65.

En este mismo sentido CRUZ VILLALÓN, J.: « Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», en AA.VV., dirigido por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina. *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*. Lex Nova, Valladolid, 2011. op cit., página 298

³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 28.

En el ámbito del descuelgue, “*prima la cualidad de convenio a modificar sobre la variable cuantitativa*”, es decir sobre el número de trabajadores que puedan llegar a estar afectados por la inaplicación³².

El Tribunal Constitucional, en varias de sus sentencias ha puesto de manifiesto el carácter más estricto del procedimiento de descuelgue respecto de la modificación sustancial, debiendo acudir la empresa a uno u otro en función del instrumento objeto de modificación o inaplicación. En concreto, en la STS de 13 de Marzo de 2014 (Rec. Núm 80/2013), el Tribunal declara nula la modificación sustancial de condiciones que la empresa CARREFOUR S.A. ha efectuado ampliando los días de trabajo a domingos y festivos, pues se considera que tendría que haber seguido el procedimiento de descuelgue regulado en el artículo 82.3 ET, al tratarse de inaplicar y modificar condiciones reguladas en un convenio colectivo estatutario, el convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes.

2.2.2. Prioridad Aplicativa del Convenio de Empresa: Artículo 84 ET.

Para comprender mejor el significado y la delimitación del descuelgue convencional, parece conveniente hacer una breve referencia a la institución de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, puesto que, a pesar de que la regulación de ambos mecanismos es distinta, la idea que subyace a la regulación de la prioridad aplicativa, al igual que en el descuelgue, es la flexibilidad interna.

El artículo 84 ET, redactado por el número tres del artículo 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, regula la prioridad aplicativa del convenio de empresa, esto es, la posibilidad de que la regulación contenida un convenio de empresa, aunque sea posterior en el tiempo, sustituya a la de otro convenio distinto, inaplicado el mismo.

³² ESCUDERO 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., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp.11-57 op.cit., página 20.

Antes de nada, hemos de tener en cuenta que el descuelgue regulado en el artículo 82.3 ET y la prioridad aplicativa del artículo 84.2 ET, guardan entre sí una estrecha relación. Son instituciones que persiguen un fin común, pero a través de vías diferentes, siendo el mecanismo del artículo 84, *“más arduo para la empresa que la inaplicación de condiciones del 82.3 ET”*³³.

El derecho a la negociación colectiva va a llevar consigo la existencia de una pluralidad de convenios de distintos niveles (convenio colectivo a nivel de empresa, de grupos de empresa, convenio colectivo de sector, que a su vez puede ser estatal, autonómico, local, etc.), que son diferentes en cuanto a la posibilidad de regular las relaciones laborales. El problema se plantea cuando varios de estos convenios, que contienen regulaciones diferentes, incluso contradictorias, son susceptibles de aplicarse a una concreta situación laboral.

El legislador ha solucionado en el artículo 84 ET el problema de concurrencia de varios convenios colectivos de distinto ámbito, coincidentes parcialmente y que ofrecen una regulación contradictoria³⁴. Pues el citado artículo en su apartado primero prohíbe que un convenio colectivo pueda regular condiciones laborales que estaban sujetas con anterioridad a otro convenio colectivo de ámbito diferente, inaplicando el mismo³⁵. Es decir, el convenio negociado en segundo lugar no puede alterar e inaplicar lo dispuesto por el convenio regulado con anterioridad³⁶.

No obstante, de la lectura del apartado segundo se deduce que nos encontramos ante una excepción a un principio que constituye uno de los pilares básicos de la negociación colectiva en el derecho laboral español: la prohibición de concurrencia y el principio de prioridad temporal. Una excepción que tiene un efecto muy claro: favorecer un ámbito de

³³ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 44.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: «Estructura y concurrencia entre convenios colectivos». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm 68. pp. 77-100. op. cit., página 92.

³⁵ Recordar que el artículo 84.1 ET dispone que : *“Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.”*

³⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La concurrencia de convenios en la jurisprudencia laboral». *Temas Laborales*, núm 108. pp. 13-52. op. cit., página 18.

la negociación colectiva, pues se está dando prioridad a la negociación a nivel de empresa frente a la negociación a un nivel superior o nivel inferior al de empresa. De este modo, “*los convenios de empresa o de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1 ET*” tendrán preferencia, respecto de ciertas materias³⁷, aunque se hayan negociado con posterioridad al convenio de sector al que se van a superponer.

Desde mi punto de vista, las materias seleccionadas por el legislador se consideran que son más cercanas a la realidad de la empresa³⁸ y que pueden dotar a ésta de mayor adaptabilidad a la misma. Por lo tanto la empresa, a través de la negociación de un convenio de empresa entre empresario y representantes de los trabajadores, va a poder evitar aplicar a sus trabajadores la regulación laboral contenida un convenio de sector anterior en el tiempo al que ahora negocian las partes, lo que en la práctica supone inaplicar el convenio de sector³⁹. Con esta regulación se está otorgando mucha importancia al ámbito de empresa⁴⁰.

La prioridad aplicativa supone una excepción a favor exclusivamente de la negociación a nivel de empresa, pues solo si existe un convenio de sector o de ámbito inferior anterior y se negocia posteriormente un convenio de empresa entra en juego la excepción del artículo 84.2 ET. En el caso contrario, de ser el convenio de empresa el

³⁷ Las materias que enuncia el artículo 84.2 ET son las siguientes: “*a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.*”

³⁸ ROLDÁN MARTÍNEZ, A. : «La caótica negociación colectiva tras la reforma de 2012: la intersección de acuerdos colectivos de naturaleza distinta» Ponencia: *Cómo afecta la reforma laboral de 2012 a la negociación colectiva. El debate sobre la vigencia y la ultraactividad del convenio.* op. cit., página 6.

³⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.L., “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*. núm. 23-24, 2011. op. cit. página 166.

⁴⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J. : «Las nuevas reglas sobre concurrencias de convenios» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (www.iustel.com) núm 28, 2012. op. cit. página 29.

primero en el tiempo, y el segundo el de sector, rige el principio general de *prior in tempore* del artículo 84.1 ET⁴¹.

Se trata de una excepción imperativa⁴², se impone por la ley, si hay un convenio de empresa posterior al de otro ámbito distinto, no se requiere acuerdo para que tenga prioridad aplicativa el convenio de empresa, porque la tiene *ope lege*. El acuerdo es solo necesario, como es lógico para negociar el convenio colectivo de empresa, lo que comporta una limitación a esta posibilidad⁴³.

Hemos dicho anteriormente que descuelgue y prioridad aplicativa persiguen fines comunes, que es la inaplicación de ciertas materias reguladas en convenios colectivos y su sustitución por unas que sean acordes a la situación empresarial. No obstante, siguen caminos diferentes, porque en la prioridad aplicativa se ha de negociar un convenio colectivo estatutario cumpliendo todos los requisitos del Título III del Estatuto de los Trabajadores, no basta con un simple acuerdo como ocurre en el descuelgue.

Además en caso de discrepancia, el legislador no ha previsto un arsenal de mecanismos de solución de controversias a favor del empresario, como en el caso del descuelgue, tendentes a lograr un acuerdo entre las dos partes negociadoras o soluciones arbitrales. Por lo tanto, la vía de la prioridad aplicativa es más complicada para la empresa debido a que la negociación de un convenio “*reviste mayor complejidad en comparación con un acuerdo de empresa*”⁴⁴.

El descuelgue está pensando para empresas que están sufriendo una situación económica crítica, y es por ello por lo que requiere de la concurrencia de causa. Sin

⁴¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 139.

⁴² VALDÉS DAL-RE, F. : « Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos» *Relaciones laborales. núm 23 y 24*, 2011. pp.133-164. op. cit., página 140.

⁴³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 14.

⁴⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., : « Claves generales de las reforma de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011» en AA.VV, coordinado por I. García Perrote-Escartín, y J.R. Mercader Uguina, *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*. Lex Nova, Valladolid, 2011. op. cit., página 62.

embargo la prioridad aplicativa no está pensada para hacer frente a estas situaciones de crisis, sino que se configura como una posible estrategia de gestión empresarial⁴⁵.

A pesar de que hay materias susceptibles tanto de descuelgue como de prioridad aplicativa, hay algunas sobre las que sí puede proyectarse la prioridad aplicativa pero no cabe el descuelgue (la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal), y otras están reservadas exclusivamente al descuelgue (jornada y mejoras voluntarias de la Seguridad Social).

⁴⁵ ROLDÁN MARTÍNEZ, A. «El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios». en AA.VV., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp. 233-283. op. cit., página 278.

3. ESTRUCTURA LEGAL DE LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

3.1. CONVENIOS SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DESCUELGUE.

El descuelgue, a *grosso modo*, es la inaplicación de un convenio colectivo. Habida cuenta de que los convenios colectivos pueden ser estatuarios y extra estatuarios es necesario establecer a cuál de ellos puede afectar. En concreto, el mecanismo de inaplicación regulado en el artículo 82.3 ET se proyecta sobre convenios colectivos estatuarios ya sean de sector o de empresa.

- Por lo tanto, la naturaleza del convenio colectivo susceptible de inaplicación, ha de ser estatutaria. Pese a que el legislador no hace referencia expresa al respecto, esta afirmación puede sostenerse en base a varios aspectos:

En primer lugar, el artículo 82 ET hace referencia a “*los convenios colectivos regulados por esta Ley*”, es decir los extra estatuarios, para determinar que obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, es decir, para consagrar su eficacia jurídica general *erga omnes*.

Y en el apartado tercero al regular el descuelgue, sabemos que éste se configura como una excepción a esta eficacia general, luego el descuelgue de condiciones solo puede predicarse de los convenios colectivos estatuarios.

En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que el artículo 41 ET regula la modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas en pactos o acuerdos colectivos, que son convenios extra estatuarios. Por lo tanto, si este artículo se dedica a la modificación de los convenios extra estatuarios parece lógico pensar que el artículo 82.3 ET se refiere en exclusiva a los estatuarios, pues en materia de inaplicación los extra estatuarios encuentran su regulación en el artículo 41 ET.

Cabe destacar, que la jurisprudencia ha aclarado en varias de sus sentencias esta cuestión, como por ejemplo las SSTS 6 de octubre 2009, 26 de junio 2012 y 22 de enero de

2014, que establecen que “*la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el periodo de consultas que establece el artículo 41.4.*”

.-Además, como consecuencia de las últimas reformas, el descuelgue puede predicarse tanto de un convenio colectivo estatutario de sector como de empresa⁴⁶.

El hecho de que se amplíen las posibilidades de inaplicación a los convenios, ya sean de sector o de empresa, parece obedecer a que el artículo 82 ET, anterior a las reformas de 2012, regulaba el descuelgue salarial de convenios colectivos de sector; y el artículo 41 ET la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenios colectivos estatutarios a través de acuerdo de empresa. Y la regulación actual, si bien no se ha limitado a fusionar ambos preceptos, pues ha ido mucho más allá⁴⁷, si que ha tenido en cuenta aspectos de los dos artículos⁴⁸.

Por lo tanto, el descuelgue cabe respecto de ciertas condiciones pactadas en convenios colectivos estatutarios, bien sean de sector o de empresa. Algún sector de la doctrina ha denominado “autodescuelgue” al descuelgue del propio convenio de empresa⁴⁹. La importancia de este dato es considerable pues va a facilitar que la empresa pueda inaplicar una condición que estableció ella misma en un convenio de empresa.

En el caso del descuelgue de un convenio de sector, la empresa lo que trata es de eludir la regulación del mismo en base al hipotético desequilibrio entre la situación

⁴⁶ A este respecto, recordar que en un primer momento solo los convenios colectivos de sector podían ser objeto de descuelgue. Es con la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero cuando se introduce esta posibilidad.

⁴⁷ Tener en cuenta que con la regulación actual se ha aumentado drásticamente la flexibilidad interna de las empresas, no se ha limitado a unificar ambos preceptos.

⁴⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. página 46.

⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», en AA.VV., dirigido por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina. *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*. Lex Nova, Valladolid, 2011. op. cit., página 235.

económica del sector en su conjunto⁵⁰ (que por ejemplo, si podría soportar un determinado importe salarial) y la concreta situación económica de una empresa de ese sector. Aquí el descuelgue encontraría su justificación, tal como dispone la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en uno de sus laudos arbitrales, en “*el cambio sobrevenido de circunstancias que pueden afectar a la base del negocio jurídico*” y a través del mismo se buscaría “*restablecer un equilibrio contractual que se ha visto afectado por ese cambio de circunstancias*”⁵¹.

.- Cuestión distinta es el ámbito en el que se puede acordar el descuelgue. Se plantea el interrogante de si el descuelgue ha de proyectarse únicamente en el ámbito de la empresa, o si por el contrario, también puede tener efectos en ámbitos distintos, en ámbitos infra empresariales, como sería un centro de trabajo. En lo que a esta cuestión se refiere, la opinión doctrinal no es unánime:

Un cierto sector de la doctrina, considera que el descuelgue se configura como una institución que permite obviar, en el ámbito de la empresa, la regulación de condiciones laborales previstas en un convenio colectivo estatutario de sector o de empresa. Por lo que según estos autores, la utilización de este mecanismo se va a circunscribir única y exclusivamente al ámbito de la empresa⁵². Este sector doctrinal se apoya para defender su tesis en el hecho de que el propio artículo 82.3 ET se refiere a la posibilidad de inaplicar las condiciones “*en la empresa*”.

Por el contrario, hay quienes piensan que la respuesta a este interrogante ha de depender del contexto circunstancial de cada caso concreto, y por consiguiente cabría hablar de que los efectos solo se proyecten sobre determinados ámbitos distintos al de la empresa, ámbitos infra empresariales, cuando la decisión de inaplicación esté justificada por

⁵⁰ ROLDÁN MARTÍNEZ, A. : « La caótica negociación colectiva tras la reforma de 2012: la intersección de acuerdos colectivos de naturaleza distinta» Ponencia: *Cómo afecta la reforma laboral de 2012 a la negociación colectiva. El debate sobre la vigencia y la ultraactividad del convenio*. op. cit., página 6.

⁵¹ Laudo arbitral dictado por GONZÁLEZ DE LENA como árbitro imparcial designado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. (Expediente 9/2013)

⁵² De esta opinión, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013.op. cit., página 47 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: « El descuelgue del convenio colectivo estatutario» *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. núm 34, 2013. pp. 307-350(www.iustel.com) op. cit., 342.

una causa que efectivamente afecte de modo independiente y aislado al ámbito infra empresarial en cuestión, pues de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad consagrado constitucionalmente en el artículo 14 CE.

Parece obvio que si la causa justificadora es económica, ésta afectará por igual a toda la empresa⁵³. No obstante, si la causa es técnica, organizativa o de producción, podemos encontrarnos en la tesitura de que en efecto solo sea un centro de trabajo o un departamento de la empresa el que se ve afectado por la misma, no la empresa en su conjunto y aquí sí que cabría hablar de inaplicación de condiciones en un ámbito distinto al de la empresa, inaplicación que afectase no a todos los trabajadores de la empresa sino a trabajadores concretos de esos ámbitos infra empresariales afectados (sección, departamento, centro de trabajo)⁵⁴.

El convenio cuya inaplicación se pretende, ha de ser un convenio vigente en el momento de la inaplicación, no cabe el descuelgue respecto de convenios que han perdido vigencia⁵⁵.

Es más, el artículo 83.2 ET hace referencia expresa a un “*convenio colectivo aplicable*”, luego ha de estar en vigor y esto comprende la duración inicial que se pactó para el mismo, su prórroga y la etapa de ultraactividad⁵⁶.

⁵³ En este supuesto, sería una decisión discrecional y contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, que descuelgue circunscribiere sus efectos a un determinado sector o departamento de la empresa, cuando en realidad la totalidad de la empresa está afectada.

⁵⁴ De esta opinión, GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 67 y MERCADER UGUINA, J.R.: “El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad”, en AA.VV., I. García-Perrote Escartín, y J.R. Mercader Uguina, *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*. Lex Nova, Valladolid, 2013. pp. 318-319.

⁵⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. : «El “descuelgue” y otras vías de inaplicación del convenio colectivo». Francis Lefebvre, Madrid, 2014. op. cit., página 32.

⁵⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., « El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC(...)» Jornada Técnica de la CCNCC: *Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*. Madrid, 18 de Junio de 2014. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/FornosDebate/CCNCC_Jornada_Tecnica_Inaplic_2014_Ponencia_1_Faustino_Cavas_Martinez.pdf

3. 2. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE INAPLICACIÓN.

Está claro que la institución del descuelgue no tiene carácter absoluto, no supone la inaplicación en una empresa de todas las condiciones laborales reguladas en un convenio colectivo estatutario, la empresa no se “descuelga” de un convenio en su totalidad, sino que a través de este mecanismo la empresa podrá inaplicar y sustituir concretas y determinadas materias reguladas en el convenio, que están previstas expresamente en la ley y el empresario no podrá ir más allá de lo que la ley le permite.

Es decir el descuelgue solo puede afectar a un conjunto determinado de condiciones⁵⁷, que están reguladas en un convenio, ya sea un convenio de sector o de empresa⁵⁸. Los límites *ratione materiae* previstos en párrafo segundo del artículo 82.3 ET operan respecto de todos los convenios colectivos⁵⁹. Esta excepción a la fuerza vinculante del convenio se circunscribe a las materias tasadas en el precepto legal. De hecho, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en la STS 3157/2013, determinando que la lista de materias del artículo 82.3 ET es de carácter cerrado⁶⁰.

En un primer momento, la posibilidad de inaplicación se proyectaba exclusivamente sobre el régimen salarial, solo existía el descuelgue salarial.

Tras las reformas laborales del 2012⁶¹ además del descuelgue salarial, se produce una ampliación material de esta institución a otras condiciones de la relación laboral, ya que con esta reforma se produce la unificación del descuelgue salarial y de la modificación de las condiciones laborales del artículo 41 ET en un solo precepto, el artículo 82.3 ET.

⁵⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 66.

⁵⁸ Cabe recordar que la Ley 35/2010 limitaba la posibilidad del decuelgue a los convenios colectivos de sector.

⁵⁹ ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 48.

⁶⁰ En esta sentencia el Tribunal considera incluida la modificación de las vacaciones en el listado cerrado del artículo 82.3 ET.

⁶¹ Con el Real Decreto–Ley 3/ 2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y posteriormente con la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre.

Además, a estas materias hemos de sumar la jornada de trabajo y las mejoras voluntarias de la seguridad social como susceptibles de descuelgue⁶².

El segundo párrafo del artículo 82.3 ET contiene una lista cerrada de las materias sobre las que puede proyectarse el descuelgue; materias que tienen una importancia esencial porque afectan a condiciones básicas y fundamentales en toda relación laboral y las que más interés despiertan al empresario en el sentido de que inciden de un modo más directo en el funcionamiento y competitividad de la empresa; son prácticamente “*todas las materias relevantes dentro de un convenio colectivo*”⁶³.

Consiguientemente, su inaplicación y sustitución ayudará a que la empresa alcance mayor flexibilidad interna, una mayor competitividad⁶⁴ y logre adaptarse a la situación en la que se encuentra.

Estas materias son las siguientes:

Jornada de Trabajo; en base a esta nueva inclusión, el empresario podrá modificar la jornada, el tiempo de trabajo, estableciendo lógicamente una jornada superior siempre y cuando respete los límites máximos establecidos en el artículo 34 ET.

Horario y la distribución del tiempo de trabajo.

El régimen de trabajo a turnos.

Sistema de remuneración y cuantía salarial.

*Las Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET*⁶⁵.

⁶² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 61.

⁶³ SANGUINETI RAYMOND, W.: «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 39, 2014. pp. 1-14. op. cit., página 3.

⁶⁴ LORENTE RIVAS, A: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo» en AA.VV., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Comarés, Granada, 2011. op. cit., páginas 228 y 229.

*Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad social*⁶⁶. La inclusión de esta materia ha ampliado la posibilidad del descuelgue respecto de un convenio colectivo de ámbito superior, ya que antes de las reformas del 2012 esta materia no estaba prevista en el descuelgue salarial del artículo 82.3 ET, ni tampoco estaba prevista en el artículo 41 ET⁶⁷.

No obstante, no se ha ampliado el descuelgue respecto del convenio de empresa, pues antes de la reformas del 2012 sí que se podía modificar condiciones relacionadas con las mejoras voluntarias previstas en un convenio colectivo de empresa⁶⁸.

Esta inclusión además va a suponer la posibilidad de que el descuelgue pueda afectar no solo a trabajadores actuales de la empresa, sino a personas que si bien fueron trabajadores de esa empresa, ya no están trabajando, inaplicando mejoras que tras la extinción del contrato estuviese disfrutando este antiguo empleado, como por ejemplo aportaciones a un plan de pensiones⁶⁹.

Con carácter general, estas materias pueden resumirse en *“la posibilidad de reconfigurar el tiempo de trabajo (que englobaría la jornada, el horario, la distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos), el salario y la retribución del mismo (sistema de remuneración y cuantía salarial, y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social) y las funciones”*⁷⁰.

.- Cabe destacar que el listado de éste artículo tiene mucha similitud con las materias que pueden ser susceptibles de modificación sustancial a través del procedimiento del artículo 41 ET.

⁶⁵ Recordar que el artículo 39 ET hace referencia a la posibilidad que tiene el empresario de asignar a un trabajador funciones distintas de las que venía desempeñando.

⁶⁶ Materias reguladas en los artículos 39 y 191 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), e incorporada como posible materia objeto de descuelgue con las reformas laborales de 2012.

⁶⁷ CASTRO ARGÜELLES, M^a A.: *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 129.

⁶⁸ CASTRO ARGÜELLES, M^a A.: *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 129.

⁷⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 62.

No obstante existen entre ellos ciertas diferencias que es conveniente tener en cuenta:

En primer lugar destaca la referencia expresa a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

En segundo lugar, si bien la lista del artículo 41 ET es meramente ejemplificativa⁷¹, es una lista abierta; el listado del artículo 82.3 ET es un listado cerrado, esto significa que única y exclusivamente las materias contenidas en este artículo pueden ser inaplicadas y sustituidas por una regulación distinta en la empresa. Consecuentemente, no serán válidos los acuerdos “*derogatorios*”⁷² de otras materias distintas de las contenidas en el listado del citado artículo.

No obstante algunos autores defienden que el convenio colectivo pueda prever y ampliar las materias objeto de descuelgue del artículo 82.3 ET, siempre que el descuelgue se alcance a través de acuerdo de empresa, considerando por lo tanto que el carácter cerrado del listado opera en el caso de que se llegue al descuelgue a través de otros de los mecanismos introducidos tras la reforma del 2012 distintos al acuerdo de empresa (por decisión de la CCNCC por ejemplo)⁷³. Otros autores como se manifiestan totalmente en contra de esta posibilidad⁷⁴.

Desde un punto de vista negativo, cabe destacar que, aunque estuviesen incluidas en el listado del artículo 82.3 ET, no se podrían inaplicar y regular condiciones cuando ello pudiera dar lugar, tal y como dispone el apartado sexto del citado artículo, “*al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razón de género o de las que estuvieran previstas, en su caso en el Plan de Igualdad aplicable a la empresa*”.

⁷¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 62.

⁷² CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista General de Derecho Social*. núm. 572012,, pp. 238-244. op. cit., pág 236.

⁷³ GOERLICH PESET, JM., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 75.

⁷⁴ GUAMÁN, A. e ILLUECA, H. *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*. Sequitur, Madrid, 2012. op, cit., página 120.

3.3. ASPECTO TEMPORAL.

Esta eventual inaplicación de condiciones reguladas en el convenio colectivo no se presenta con carácter permanente, nos encontramos ante una institución temporal, tal como señalamos anteriormente, cuyos efectos no pueden prorrogarse más allá del momento en el que resulte aplicable en la empresa un nuevo convenio colectivo.

Por lo tanto, la empresa puede “descolgar” del convenio, como máximo, hasta que resulte de aplicación un nuevo convenio colectivo en la misma, el descuelgue va a poder tener efectos durante la vigencia del convenio inaplicado y también durante el periodo de prórroga y ultra actividad, es decir, hasta que entre en vigor un nuevo convenio aplicable⁷⁵. Si llegado éste momento, siguen concurriendo causas justificativas del descuelgue, se tendrá que iniciar un nuevo procedimiento de inaplicación, y si su resultado es positivo, no hay ningún problema para inaplicar las condiciones reguladas en este nuevo convenio.

3. 4. EFECTOS DEL DESCUELGUE.

Analizado el concepto del descuelgue, es necesario señalar dos notas fundamentales en cuanto a los efectos del mismo:

En primer lugar nos encontramos ante un instrumento que facilita la inaplicación en la empresa de ciertas condiciones laborales que se regulan en un convenio colectivo al que está sometida.

Pero por otro lado, el descuelgue no comporta solamente la inaplicación de condiciones laborales, sino también la regulación de otras nuevas y distintas que sustituirán a las que son objeto de descuelgue; no es una mera y simple inaplicación del convenio⁷⁶.

⁷⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S: « La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral». *Temas Laborales*. núm.115, 2012. pp. 85-134. op. cit., página 113 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 94.

⁷⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: « El descuelgue del convenio colectivo estatutario» *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. núm 34, 2013. pp. 307-350(www.iustel.com) op. cit., página 308.

El descuelgue, por lo tanto por un lado supone la inaplicación de un convenio colectivo pero además “*requiere de un segundo elemento: la fijación de las nuevas condiciones de trabajo*”⁷⁷. Lo que supone que el acuerdo de empresa no solo ha de contener la regulación que se va a inaplicar, sino también ha de determinar con exactitud y precisión la nueva regulación de las condiciones. Esta idea aparece expresamente reflejada en el párrafo sexto del artículo 82.3 ET, que dispone que “*el acuerdo debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa*”.

La Ley no establece ningún límite a la hora de acordar la nueva regulación, es decir, hay un margen muy importante para fijar las nuevas condiciones, por lo que es lógico pensar que serán menos ventajosas para los trabajadores.

Por otro lado, cabe destacar que la inaplicación (y por consiguiente la nueva regulación de las condiciones), no tiene carácter general. Es decir, la empresa no se aparta del convenio colectivo en su totalidad, no se puede perseguir la inaplicación general de un convenio colectivo, sino que lo que puede ser objeto de inaplicación son ciertas condiciones laborales.

Es una institución limitada de forma material, en la ley se determina expresamente las condiciones que pueden ser objeto de descuelgue, pero no necesariamente éste ha de predicarse de todas y cada una de ellas. El descuelgue podrá afectar a una concreta y determinada condición de las que el artículo 82.3 ET señala, o a más de una de esas condiciones, pero lo que no puede pretender la empresa es eludir toda la regulación laboral pactada en el convenio colectivo. Por lo tanto, el acuerdo de empresa no podrá obviar la regulación del convenio en otras materias distintas a las expresamente previstas por el legislador⁷⁸.

⁷⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 26.

⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista General de Derecho Social*. núm. 57, 2012 pp. 238-244. op.cit., página 236.

4. LÍMITES LEGALES A LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES DEL ARTÍCULO 82.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Como ya se ha expuesto, el convenio colectivo estatutario goza de eficacia jurídica imperativa y personal, estableciéndose el descuelgue como una excepción a esta eficacia general subjetiva, y teniendo en cuenta que dicho convenio es fuente de derecho en el que empresarios y representantes de trabajadores regulan condiciones de trabajo, derechos y obligaciones de ambas partes; cualquier excepción a esta eficacia tiene una importancia significativa.

El legislador, consciente de esta realidad, a la hora de regular el descuelgue ha tenido en cuenta una serie de cautelas con el fin proteger el derecho a la negociación colectiva y evitar, por un lado que se modifiquen de forma discrecional y sin justificación alguna las condiciones pactadas en un convenio, lo que conllevaría un desequilibrio de las dos partes negociadoras en la negociación colectiva y por otro, que se use este mecanismo para fines ilegítimos, como por ejemplo intentar alcanzar una mayor competitividad de la empresa a costa de la rebaja de las condiciones laborales de los trabajadores.

Por ello la posibilidad de inaplicar en la empresa un convenio colectivo está limitada por una serie de condicionantes que han de cumplirse para que el descuelgue pueda tener lugar, y es el artículo 82.3 ET el que establece las circunstancias que han de concurrir para poder inaplicar un convenio respecto de determinadas materias, siguiendo un procedimiento en la empresa.

4.1. LÍMITE CAUSAL.

Uno de estos límites introducidos por el legislador, con el fin de salvaguardar la negociación colectiva, es la exigencia de que concurra una causa justificativa del descuelgue.

A tenor de la regulación del artículo 82.3 ET, se desprende que el descuelgue es una institución eminentemente causal. Es un mecanismo afectado por el principio de causalidad, esto es, para que el procedimiento de descuelgue pueda finalizar con éxito, ha

de mediar una causa justificativa del mismo. Pues el empresario no puede tomar de forma discrecional y unilateralmente esta decisión, ya que esto significaría que a través de la voluntad unilateral de una de las partes, se modifica lo acordado en un instrumento propio de la negociación colectiva, en un convenio colectivo, y consecuentemente ello implicaría una importante violación al derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y el empresario, constitucionalmente consagrado en el artículo 37 CE.

En un primer momento, como tuvimos ocasión de estudiar, había un importante control por parte del convenio colectivo de sector de la posibilidad del descuelgue.

La ley determinaba como contenido esencial del convenio colectivo de ámbito superior la fijación de las causas y el procedimiento de descuelgue.

Es decir se dejaba en manos del convenio que se pretendía inaplicar, la regulación de las condiciones que debían seguirse para poder hacerlo. Esto hacía que fuese prácticamente imposible que una empresa pudiese descolgarse de un convenio, pues se establecían requisitos y condiciones muy estrictas, dificultando de un modo considerable a las empresas la utilización de este instrumento.

Las sucesivas reformas, concretamente las reformas del 2010⁷⁹, hicieron desaparecer ese control y dotaron a las empresas de una mayor flexibilidad interna como alternativa a la flexibilidad externa, esto es, como alternativa a la destrucción de empleo.

Además antes de la reforma de 2010, la exigencia causal se proyectaba en que la estabilidad económica de la empresa pudiera verse dañada, no obstante con ésta reforma paso a configurarse de un modo más ambiguo, amplio y flexible, posibilitando un *descuelgue salarial preventivo*⁸⁰, ya que al definir la causa económica se hacía referencia a las “*perspectivas económicas*”. Concurría una causa justificativa “*cuando la situación y perspectivas económicas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de*

⁷⁹ Real Decreto-Ley 10/2012 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y la Ley 30/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

⁸⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad “interna”. *Relaciones laborales núm.11, 2012*. op. cit., página 36.

empleo”. Con la reforma del Real Decreto-Ley 7/2011, a mayores se reconoce la posibilidad del descuelgue cuando la empresa sufría una disminución persistente en sus niveles de ingresos.

Todas las reformas estudiadas han incidido, en mayor o menor medida, en regulación de las causas justificativas del descuelgue, dulcificando cada vez más las mismas. Es sin embargo con las reformas del 2012 cuando se produce una “*verdadera ampliación causal*”⁸¹ de las causas justificativas del descuelgue, dotando a las empresas de una gran flexibilidad interna, que se extiende desmesuradamente, fortaleciendo enormemente los poderes empresariales y haciendo que este límite causal sea ciertamente muy débil por los motivos que a continuación señalaremos.

Respecto a esta cuestión, la doctrina se manifiesta de modo unánime considerando que la flexibilidad que se ha otorgado a las empresas se debe en gran medida a una “*débil causalidad*” de este mecanismo⁸². Y es por ello que la regulación actual conlleva un “*riesgo de confundir la exigencia de justa causa con la mera exigencia de una excusa*”⁸³.

Nos encontramos ante un corto lapso temporal, afectado por una multitud de reformas, en el que se han aumentado drásticamente las posibilidades del descuelgue salarial. Si bien, antes de las reformas del 2012 se hablaba de una causa de carácter económico, en la actualidad la exigencia causal se ha flexibilizado notablemente y el empresario puede fundamentar su decisión en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El artículo 83.2 ET admite el descuelgue cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El legislador, tras establecer las materias sobre las que puede proyectarse el descuelgue, procede a precisar qué es lo que ha de entenderse por

⁸¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 51.

⁸² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 49.

⁸³ ESCUDERO 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., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp.11-57 op. cit., página 20.

cada una de las causas justificativas de éste mecanismo, con el fin de limitar las posibles discrepancias acerca de las interpretaciones de dichas causas (que antes constituían conceptos jurídicos indeterminados) y consiguientemente, otorgar mayor seguridad jurídica. No obstante, estas precisiones no están exentas de interrogantes.

A) CAUSAS ECONÓMICAS

En la actualidad, la definición de las causas económicas se ha simplificado⁸⁴. Concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. Nos encontramos ante esta situación en dos supuestos: en primer lugar cuando existen pérdidas actuales o previstas, y en segundo lugar con la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa. En todo caso, se entiende que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al que se registró en el mismo trimestre del año anterior. Como vemos no se trata de que en dos trimestres se registren pérdidas o disminución de ingresos, sino que el primer trimestre tenga menos ingresos o ventas que el mismo trimestre del año anterior, al igual que el segundo trimestre registre menos ingresos o ventas que el mismo del año anterior.

Es decir, la causa económica se da cuando la empresa está atravesando una situación crítica, se configura como una situación económica negativa, entendiendo que nos encontramos ante ésta situación cuando la empresa sufre pérdidas actuales o previstas, (esto es cuando se puede prever que sufrirá pérdidas futuras si aplica el convenio), y cuando disminuyen los ingresos ordinarios o ventas de forma persistente en la empresa, poniendo en peligro la propia existencia de la empresa como la posibilidad de mantener el empleo en la misma.

Es suficiente con que haya una disminución de ingresos o ventas, aunque la empresa siga generando beneficios (pero no tantos como otros trimestres). El legislador precisa que los ingresos que han de disminuir son los ingresos ordinarios, por lo que no cabría acudir a esta posibilidad cuando en los dos trimestres del ejercicio anterior la empresa tuvo unos ingresos extraordinarios por ejemplo, y en el ejercicio actual no los ha

⁸⁴ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 119.

tenido⁸⁵.

Parece que ya no son necesarias las pérdidas, sino que para apreciar causa económica, es suficiente con que la empresa no se encuentre en una situación óptima, esto es, que la empresa no experimente incrementos en las ventas o ingresos⁸⁶.

A pesar del intento del legislador de establecer cómo han de interpretarse las causas, no se han subsanado todas las posibles dudas acerca de las mismas, ya que por ejemplo el legislador no precisa la intensidad que han de tener las pérdidas. Este vacío legal podría desembocar en una actuación abusiva por parte del empresario, ya que en cierto modo, cualquier pérdida por insignificante que fuera, podría justificar que el empresario decida proceder a la inaplicación del convenio, por concurrir la causa económica.

En este sentido muchos autores⁸⁷ defienden que el límite ha de encontrarse en el artículo 7.2 del Código Civil⁸⁸, que determina que *la ley no ampara el abuso del derecho*. Es decir el empresario no puede ampararse en el ejercicio de este derecho en una situación que sobrepase los límites fijados por la buena fe y por la propia naturaleza del mismo, pues

⁸⁵ Esta misma opinión comparte GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 56 y MERCADER UGUINA, J.R. «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en AA.VV, coordinado por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*. Lex Nova, Valladolid, 2012. op., cit., página 430.

⁸⁶ VILA TIERNO, F.: « La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales del Real Decreto Ley 7/2011 a la Ley 3/2012 (de las razones y los efectos)» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. núm 33 (2013). (www.iustel.com) pp.186-220 op. cit., página 197.

⁸⁷Entre otros, MERCADER UGUINA, J.R. « La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en AA.VV, coordinado por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*. Lex Nova, Valladolid, 2012. op. cit., página 431. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 54.

⁸⁸ El artículo 7.2 CC dispone que: “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*”

parece excesivo que por una pequeña pérdida de escasa relevancia, que no tiene entidad suficiente para poder afirmar que la empresa esté atravesando una situación crítica, pero que en todo caso es pérdida, la empresa pueda descolgarse del convenio. Es decir, la causa que se acredita y la medida propuesta, en este caso la inaplicación, han de ser proporcionadas y adecuadas para superar esa situación crítica de la empresa.

Esta medida tiene una importancia trascendental, y además, el procedimiento que ha de seguirse para que la empresa pueda “descolgarse” no es precisamente sencillo⁸⁹. Son estos motivos los que nos hacen pensar que no muchas veces una empresa acudirá a este mecanismo cuando sufre una disminución de ventas o ingresos durante dos trimestres consecutivos, ya que lógicamente esperará a que se trate de una situación más grave que se prolongue por un tiempo mayor que el de seis meses⁹⁰.

B) CAUSAS TÉCNICAS

Se entiende que se dan causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.

C) CAUSAS ORGANIZATIVAS

Por otra parte, nos encontramos con causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en la modo de organizar la producción.

⁸⁹ Si bien en las últimas reformas hay un creciente interés del legislador en regular mecanismos que ejercen una importante presión sobre los representantes de los trabajadores, con el fin de que la empresa alcance su finalidad.

⁹⁰ En esta misma opinión, GALA DURÁN., 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, núm 11 de 2012, op. cit., página 138.

D) CAUSAS PRODUCTIVAS

Y finalmente, se dan causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

El legislador al describir las causas técnicas, organizativas o productivas, lo ha hecho de un modo ejemplificativo, pues introduce la cláusula “entre otros”, abriendo un abanico de posibilidades a la hora de apreciar cuando nos encontramos ante una de éstas causas; lo que se traduce en una enorme inseguridad pudiendo el empresario fundamentar el descuelgue en alguna situación que si bien no es la que el legislador establece, guarda relación con ella.

A este respecto cabe destacar que la definición que ha hecho el legislador de las causas justificativas del mecanismo de descuelgue, es muy semejante a la que se hace en el artículo 51 ET, en relación con el despido colectivo. El artículo 82.3 ET ha unificado las causas del descuelgue y las ha reconducido a las del despido colectivo en cuanto a su formulación se refiere.⁹¹ De hecho, la única diferencia existente es que si bien para la inaplicación de condiciones laborales se entiende que hay una disminución persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al que se registró en el mismo trimestre del año anterior, y en el despido colectivo, para poder sostener que se da esta situación, es necesario que este nivel de ventas o ingresos sea inferior durante tres trimestres consecutivos, no dos.

Muchos autores consideran que esta afinidad en la definición de las causas no es una mera casualidad, sino que obedece al hecho de que el descuelgue se configura como

⁹¹ NAVARRO NIETO, F., «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva» XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián 17 y 18 de Mayo, 2012, op. cit., página 35

una alternativa o como una “*vía previa*”⁹² al despido colectivo, para tratar de solucionar la situación que atraviesa la empresa a través de una medida menos drástica para los trabajadores que el despido. De este modo, a través de la inaplicación de condiciones se trata de evitar que la empresa recurra al despido colectivo como primera medida.

El refuerzo del poder empresarial se ha proyectado sobre múltiples ámbitos de las relaciones laborales, pero, centrándonos en la exigencia causal, podemos afirmar que con las últimas reformas se ha alterado, a favor del empresario, el equilibrio que ha de estar presente en toda relación laboral, teniendo en la actualidad una regulación “*mínimamente causal*”⁹³.

En primer lugar porque la nueva regulación ha fortalecido sensiblemente el poder unilateral empresarial en este ámbito, dotándole de un gran margen de flexibilidad, no solamente porque la causa económica se configure de un modo más amplio teniendo cabida en ella una multitud de situaciones, incluso las previsiones futuras de la empresa, sino porque también se admite el descuelgue cuando concurren causas técnicas, organizativas o de producción.

En segundo lugar, la exigencia causal se ha banalizado hasta el punto de que en el caso de alcanzar un acuerdo de empresa entre representantes de los trabajadores y empresarios, se presume que existe justa causa. Es decir el acuerdo presume la existencia de la causa, sin necesidad de probarla, limitando en este supuesto al dolo, fraude, coacción o abuso de derecho la posibilidad de impugnar el acuerdo. Se presume la existencia de uno de los presupuestos legales que habilitan el descuelgue cuando el periodo de consultas finaliza con acuerdo⁹⁴.

⁹² GALA DURÁN, 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, núm 11 de 2012, op. cit., página107.

⁹³ GONZÁLEZ ORTEGA, S. «*La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*», *Temas Laborales núm.115 (2012)*

⁹⁴ ROJAS MARTÍN, J. C. : «Fijación del periodo vacacional como materia negociable al amparo del artículo 82.3 ET. Inaplicación de...». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. no. 36 2014. (www.iustel.com) pp. 267- 278. op. cit., página 276.

Además, en la actualidad, el artículo 82.3 ET no hace referencia alguna a la prueba y justificación de estas causas por parte del empresario, lo que antes venía a obligarle a vincular la decisión adoptada con la finalidad perseguida⁹⁵.

Pese a que el legislador omite referencia al respecto, hemos de entender que la causa alegada ha de tener entidad suficiente como para justificar una medida tan drástica como ésta y la medida, ha de ser adecuada para poder superar esa situación que sufre la empresa. Ha de haber una conexión entre la causa que se alega, la medida que pretende adoptarse (la inaplicación) y la finalidad que con ella se persigue, siendo en todo caso la medida proporcionada y adecuada a la causa y la finalidad, cualquier tipo de inaplicación y modificación que sea “*arbitraria, caprichosa discriminatoria o no fundadas en causas objetivas y razonables*”⁹⁶.

Partimos del hecho de que el descuelgue se configura como un mecanismo a disposición de las empresas, que permite inaplicar una regulación pactada en un convenio colectivo estatutario, sustituyéndola por otra que tenga en cuenta la situación crítica por la que están atravesando la empresa, ya que la aplicación del convenio podría empeorar esta situación. Es por este motivo por el que el mayor porcentaje de descuelgues que se realizan en nuestro país es por causas económicas, a pesar de que pueda justificarse por otras causas.

4.2. PROCEDIMIENTO PARA LA INAPLICACIÓN: ACUERDO DE EMPRESA Y VÍAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL.

A través del mecanismo de descuelgue, se inaplican condiciones laborales que han sido acordadas en un convenio colectivo, por lo que para poder hacer efectiva esta posibilidad, parece lógico y necesario que se tenga que seguir un determinado procedimiento señalado en el Estatuto de los Trabajadores; pues comportaría una gran violación al derecho de la negociación colectiva reconocido constitucionalmente en el

⁹⁵ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 119.

⁹⁶ ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 48.

artículo 37 de la Constitución Española, si esa decisión se pudiese imponer de manera unilateral por el empresario. No cabe hablar de inaplicación y sustitución de condiciones laborales por voluntad unilateral del empresario⁹⁷.

El artículo 82.3 ET establece el procedimiento que ha de seguirse:

4.2.1. Acuerdo de empresa.

El citado artículo señala que para proceder a la inaplicación, es necesario que se alcance un acuerdo de empresa con los representantes de los trabajadores, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 ET. El acuerdo de empresa en la actualidad ha adquirido un papel decisivo a la hora de regular las relaciones laborales⁹⁸.

Por lo tanto, se ha de abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. El artículo 83.2 ET, en cuanto al periodo de consultas se refiere, se remite a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, poniendo de relieve que, en la configuración del descuelgue, este artículo tiene un importante papel⁹⁹.

La duración máxima de este periodo de consultas es de 15 días. En los orígenes de la regulación del descuelgue, en 1994, este plazo de 15 días se configuraba como un plazo mínimo. Este hecho parece evidenciar el creciente interés del legislador de facilitar que se alcance el objetivo del empresario: descolgarse del convenio. Ya que si tras este plazo no se logra llegar a un acuerdo, por voluntad unilateral del empresario se puede someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio.

En la regulación actual no se hace referencia a que el plazo sea improrrogable, por lo que las partes podrán prolongar ese breve plazo de 15 días del periodo de consultas¹⁰⁰.

⁹⁷ LORENTE RIVAS, A: «Modificación de las condiciones de trabajo», en *AA.VV., La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Comares, Granada, 2011. op. cit., páginas 229.

⁹⁸ En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 71.

⁹⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 72.

¹⁰⁰ Con la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 10/2010, en el artículo 41.4 ET se establecía para el periodo de consultas un plazo improrrogable de 15 días.

Durante el periodo de consultas, las partes han de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, tal como dispone el artículo 41.4 ET. Cabe destacar que nos encontramos ante un auténtico procedimiento de negociación colectiva.

El empresario ha de exponer las causas justificativas del descuelgue y que motivan la decisión empresarial, la necesidad de esta medida, y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y atenuar las consecuencias para los trabajadores. La ley no lo prevé expresamente, pero es conveniente que las consultas también versen sobre las nuevas condiciones que se aplicarán en la empresa, y que tendrán que formar parte del contenido del acuerdo¹⁰¹.

No obstante, destacar que de la lectura del artículo 41.4 ET puede afirmarse que el periodo de consultas tiene carácter dispositivo para las partes, de tal modo que ambas partes pueden sustituir el mismo por otros mecanismos, como la mediación o arbitraje.

El acuerdo opera como un límite que trata de evitar que los empresarios puedan aprovecharse del descuelgue para reducir los costes laborales (reducir salarios, aumentar jornadas de trabajo...) con la finalidad de lograr una mayor competencia frente al resto de las empresas del entorno, competencia por lo tanto desleal.

Debido a que el acuerdo de empresa es un instrumento propio de la negociación colectiva, se está modificando lo dispuesto en un convenio colectivo a través de un instrumento propio de la misma.

Si las partes han logrado alcanzar un acuerdo, el contenido mínimo del mismo se proyecta sobre dos aspectos, y es que el acuerdo, además de contener la referencia a la regulación que se va a inaplicar (que solo puede ir referida a las materias del listado del artículo 82.3 II ET), ha de fijar con “*exactitud, claridad y precisión*”¹⁰² la nueva regulación de las condiciones que sustituyen a aquellas que son objeto de inaplicación y la duración de las mismas, que sabemos que no puede ser superior al momento en el que resulte aplicable un

¹⁰¹ En éste sentido, CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 154.

¹⁰² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 89.

nuevo convenio en la empresa, lo que pone de relieve el “*carácter transitorio*” del descuelgue¹⁰³. Parece lógico pensar que el requisito de exactitud para determinar las nuevas condiciones aplicables ha de exigirse también a la hora de señalar en el acuerdo cuáles son las condiciones objeto de inaplicación, hemos de tener certeza de las condiciones que se inaplican y de la nueva regulación.

Podríamos pensar, que en el acuerdo rige la libertad de forma, en tanto en cuanto la ley no hace referencia a la forma que ha de tener, no obstante, como se exige un contenido mínimo de ese acuerdo y la notificación del mismo a la comisión paritaria del convenio, parece lógico que la forma del acuerdo ha de ser escrita¹⁰⁴.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, si bien el descuelgue se configura como una institución causal, si se alcanza un acuerdo se presume que existe una causa justificativa del descuelgue, limitando en éste caso las posibilidades de impugnación a dolo fraude coacción, abuso de derecho..., es decir, la existencia de acuerdo presume la existencia de la causa motivadora de la inaplicación, lo que pone de relieve la dulcificación y banalización de éste requisito, pues si hay acuerdo la causa pierde relevancia hasta el punto de presumir su existencia, pasando a ser la exigencia causal una “*exigencia dispositiva*”¹⁰⁵.

La doctrina discrepa acerca de la naturaleza de ésta presunción. Hay quienes consideran que se trata de una presunción *Iure et de Iure*, esto es, que no admite prueba en contrario, porque consideran que se han establecido límites a la impugnación¹⁰⁶. Sin

¹⁰³ Comparten esta opinión: LAHERA FORTEZA, J: «El descuelgue salarial» op. cit., página 371. En AA.VV., dirigidos por F. Valdés Dal-Re y E. Elías González Posada Martínez, *La reforma laboral de 2010*, Editorial Reus, Madrid, 2011; también ROLDÁN MARTÍNEZ, A: «El papel emergente de la empresa como ámbito de la negociación de los salarios» op. cit., página 263. En AA.VV. *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012, y GORELLI HERNÁNDEZ, J: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 93.

¹⁰⁴ De la misma opinión: CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 157.

¹⁰⁵ LORENTE RIVAS, A: «*Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*» op. cit., páginas 226 . En AA.VV., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Comarés, Granada. 2011.

¹⁰⁶ Esta opinión la comparte, entre otros LAHERA FORTEZA J.: “El descuelgue salarial” En AA.VV., dirigidos por F. Valdés Dal-Re y E.González-Posada Martínez, *La reforma laboral de 2010*. Editorial Reus, Madrid, 2011. op. cit., página 372.

embargo otro sector doctrinal considera que nos encontramos ante una presunción *Iuris Tantum*, que admite prueba en contrario porque las posibilidades de impugnación no son totales, sino que están limitadas a dolo, fraude, coacción o abuso de derecho¹⁰⁷.

El legislador, para evitar que este mecanismo pueda utilizarse para introducir diferencias discriminatorias, establece en el artículo 82.3 IV. ET que “*El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa*”. Un descuelgue en materia salarial que implicase una diferencia de salario entre hombres y mujeres sería discriminatorio, y por consiguiente nulo. El acuerdo de empresa no puede derivar en un resultado discriminatorio¹⁰⁸.

Por lo general, el acuerdo vinculará a todos los trabajadores de la empresa en la que se inaplicará el convenio, por lo que en la mayor parte de los casos, dentro de la empresa el acuerdo tendrá una eficacia subjetiva general. Además puede que sujetos que ya no son trabajadores de la empresa pero que si lo fueron, queden afectados, pues el artículo 82.3 ET admite el descuelgue en materia de mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

No obstante hay autores que defienden la posibilidad de que el descuelgue se proyecte no solo sobre la totalidad de la empresa, sino que también pueda ir referido a un ámbito mas restringido dentro de la misma¹⁰⁹, como por ejemplo a un determinado grupo profesional de un departamento, siempre y cuando esta diferenciación no se establezca con fines discriminatorios, sino que venga motivada por la concurrencia de una causa que

¹⁰⁷ Esta opinión la comparten, entre otros GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 89, y ALFONSO MELLADO, C.: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna» En AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. op. cit., página 123. Y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. : « Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011». *Actualidad Laboral* núm.5, 2012. op. cit., página 539

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: « Cláusulas de descuelgue empresarial » en AA.VV., dirigidos por J.L. Montero Pérez, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011. op. cit., página 257.

¹⁰⁹ CAIROS BARRETO, D.M.: *La articulación y concurrencia de convenios colectivos* Bomarzo, Albacete, 2012. op. cit., página 76.

afecta no a la totalidad de la empresa sino a un ámbito infra empresarial. Además, el acuerdo tiene eficacia jurídica normativa, pero ello no significa que nos encontremos ante un convenio colectivo. El acuerdo ha de ser notificado a la comisión paritaria del Convenio Colectivo.

Respecto a los sujetos legitimados para negociar ese acuerdo de empresa, por el lado de los empresarios es el propio empresario, y por el lado de los trabajadores, tal y como dispone el artículo 83.2 ET son los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo según el artículo 87.1 ET, esto es, los legitimados para negociar un convenio colectivo a nivel de empresa, que pueden ser: el comité de empresa, delegados de personal, o la sección sindical, si es que la hubiere, que sume la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal, tal y como dispone el artículo 87.1 ET.

Si nos encontramos ante un convenio colectivo de empresa, los sujetos que negociaron el convenio que ahora pretende inaplicarse, serán los mismos que negociaran la inaplicación en el periodo de consultas.

No obstante, si se trata de un convenio de sector, los sujetos que negociaron el mismo no serán los que acuerden o no su inaplicación a nivel de empresa.

Hemos de tener en cuenta que España se caracteriza por la preponderancia de las empresas de reducidas dimensiones¹¹⁰, en las que en raras ocasiones existen representantes de los trabajadores. En estos casos, el artículo 83.2 ET dispone que los trabajadores, en el plazo de cinco días desde el inicio del periodo de consultas, podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, a una comisión *ad hoc*.

Los trabajadores pueden optar entre: designar a una comisión *ad hoc* de tres miembros elegidos de forma democrática entre los trabajadores de la propia empresa, o elegidos según su representatividad, es decir, por los sindicatos más representativos y

¹¹⁰ SANGUINETI RAYMOND, W.: «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 39, 2014. pp. 1-14. op, cit., página 4.

representativos del sector al que pertenezca la empresa, y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

Es importante tener en cuenta que nos encontramos ante una comisión *ad hoc*, es decir una comisión que ha sido designada especial y específicamente para que negocie durante el periodo de consultas, no para que asuma ninguna otra función distinta a ésta.

Para que haya acuerdo, se exige el voto favorable de la mayor parte de los miembros que componen la comisión. No es necesario, pues la ley no hace referencia a ello, que esos acuerdos sean luego aprobados por los trabajadores a los que afectará¹¹¹.

No obstante lo anterior, hay que señalar que no se paraliza el periodo de consultas de quince días si los trabajadores no designan a una comisión. Se da importancia a la representación, pero no puede utilizarse como excusa para parar la negociación.

La elección entre una comisión laboral o sindical corresponde a los trabajadores, pues el artículo 41.4 ET dice que éstos *“podrán optar”*.

Es innegable que los empresarios preferirán la sección laboral a la sindical, pues la primera es mucho más sensible a las presiones empresariales que la segunda en la que son los representantes externos a la empresa¹¹². La comisión sindical, al estar formada por sujetos ajenos a la empresa en la que se pretende inaplicar el convenio, y, que en definitiva, no tienen una relación laboral con el empresario; puede que sea más indicada, desde el punto de vista de los trabajadores. Si los trabajadores optan por la comisión sindical, el empresario está facultado a atribuir su representación a organizaciones empresariales de las que forme parte.

El artículo 82.3 ET no hace referencia a la forma en la que los trabajadores han de adoptar esa decisión, pero parece que ha de atenderse a lo dispuesto en los artículos 77 a 80 ET, que hacen referencia al derecho de reunión o asamblea de los trabajadores, y la

¹¹¹ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 156.

¹¹²GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 84.

adopción de acuerdos que les afecten¹¹³. En la asamblea, que se ha de convocar con 48 horas de antelación, han de estar presentes al menos el 33% de los trabajadores de la plantilla de la empresa, y han de elegir a la comisión de forma democrática, por lo que el voto ha de ser favorable, personal, libre, directo y secreto, tal y como señala el artículo 80 ET.

La doctrina laboralista está dividida acerca de la cuestión de si ha de considerarse a la comisión laboral como un verdadero órgano de representación de los trabajadores o no. Hay autores que entienden que estamos ante una auténtica representación de los trabajadores¹¹⁴. No obstante, otros autores¹¹⁵ consideran que no nos encontramos ante un órgano de representación de los trabajadores, sino que se trata de unos meros portavoces de los mismos, poniendo en duda, consecuentemente, la exigencia de legitimación suficiente para negociar¹¹⁶. Si bien esta comisión se constituye con la función de negociar para alcanzar un acuerdo de descuelgue y evitar medidas más gravosas para los trabajadores, el resultado de esa negociación no puede considerarse fruto de la negociación con representantes de los trabajadores, ya que se va a poder modificar lo establecido en un convenio colectivo con tres o cuatro trabajadores de la empresa¹¹⁷, por ello lo consideran

¹¹³ ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 53.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «Cláusulas de descuelgue empresarial» en AA.VV., dirigidos por J.L. Monero Pérez, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Comarés, Granada, 2011. op. cit. página 447, y NIETO ROJAS, P: «Comisión ad hoc y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación de los trabajadores» en AA.VV., coordinados por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp 57 a 87 op. cit., página 77.

¹¹⁵ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. op.cit., página 91. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 85.

¹¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El descuelgue del convenio colectivo estatutario» *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. núm 34, 2013 (www.iustel.com) pp.307-350. op. cit., página 310.

¹¹⁷ VILA TIerno, F.: «La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales del Real Decreto Ley 7/2011 a la Ley 3/2012 (de las razones y los efectos)» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. núm 33 (2013). (www.iustel.com) pp.186-220. op. cit., página 203.

como un “acuerdo plural”¹¹⁸. Además los integrantes de esta comisión no actúan con las debidas garantías de los representantes de los trabajadores con el fin de evitar posibles presiones o represalias por la parte empresarial¹¹⁹.

4.2.2. Vías de Solución Extrajudicial y su constitucionalidad, en particular la intervención de la CCNCC.

A) VÍAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Si tras el periodo de consultas las partes no han logrado alcanzar un acuerdo, en la regulación actual¹²⁰ el legislador ha previsto una serie de mecanismos cuya finalidad es solucionar las posibles discrepancias en caso de desacuerdo, son alternativas a la falta de acuerdo, tendentes a facilitar la imposición del descuelgue¹²¹.

Mecanismos que en algunas situaciones ponen en evidencia su propia constitucionalidad, y el interés del legislador por que el procedimiento iniciado finalice con éxito, pudiendo la empresa inaplicar la regulación del convenio. Además, en opinión de muchos autores, suponen una importante presión sobre los representantes de los trabajadores, rompiendo en equilibrio que ha de mediar en toda relación laboral, en aras a conseguir que la inaplicación tenga lugar, y que entraran en juego de manera sucesiva si

¹¹⁸ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op.cit., página 91.

¹¹⁹ SANGUINETI RAYMOND, W.: «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 39, 2014. pp. 1-14. op, cit., página 6.

¹²⁰ Cabe recordar que con la regulación de 1994, en el caso de desacuerdo la inaplicación de condiciones se hacía inviable. En las reformas existentes entre 2010 y 2012 el legislador estableció diversas vías de solución de controversias en caso de desacuerdo, vías que se ven reforzadas con las reformas del 2012 (RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012)

¹²¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*. núm. 11, 2011. op. cit., página 29

falla el anterior¹²².

Los mecanismos son los siguientes:

a) En primer lugar, el artículo 82.3. VII, dispone que en caso de desacuerdo en el periodo de consultas, *“cualquiera de las partes podrá 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”*¹²³.

b) En segundo lugar, si las partes no han solicitado la intervención de la comisión¹²⁴, o ésta no haya alcanzado un acuerdo, deben recurrir a los procedimientos previstos en los Acuerdos Interprofesionales, de ámbito nacional o autonómico.

Como puede suceder que la comisión del convenio no llegue a un acuerdo¹²⁵, con el fin de agilizar el descuelgue, la empresa puede dirigirse directamente a dichos procedimientos,¹²⁶ ya que la intervención de esta comisión no es obligatoria sino potestativa (salvo que el convenio colectivo estableciese el carácter obligatorio de la intervención). No obstante, si una parte insta la intervención de esta comisión la otra parte quedaría

¹²² MOLERO MARAÑÓN, M.: «Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica» En AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*. Editorial Reus, Madrid, 2011. op. cit., página 332.

¹²³ Destacar que este mecanismo fue introducido por el Real Decreto-Ley 7/2011.

¹²⁴ A pesar de que el legislador haya omitido esta referencia, hemos de considerar que la comisión a la que se refiere es la comisión paritaria del convenio, pues la redacción actual es idéntica a la del RD-Ley 7/2011 con la única diferencia de que no diferencia la comisión. En este sentido: GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 109.

¹²⁵ Esta situación se dará sobre todo en los casos de inaplicación de un convenio de empresa, pues aquí la comisión estará formada por los mismos sujetos que están legitimados para negociar el acuerdo de empresa. Luego es lógico pensar que si no llegaron a un acuerdo en el periodo de consultas, tampoco la comisión paritaria, formada por los mismos miembros, llegará al acuerdo. En el caso del convenio de sector, la comisión paritaria esta formada por sujetos distintos de los que negociaron en el periodo de consultas, luego es mas posible que lleguen a un acuerdo.

¹²⁶ ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 53.

vinculada¹²⁷. La comisión que ha de intervenir es la regulada en el convenio que pretende inaplicarse.

De la lectura del citado artículo, podemos deducir que tanto el empresario como los representantes de los trabajadores pueden acudir a los medios de solución de controversias¹²⁸. No obstante, aunque en teoría existe esta posibilidad, carece de sentido que sea la parte de los trabajadores la que pongan en marcha estos procedimientos para que el descuelgue tenga lugar¹²⁹ (no olvidemos que con el descuelgue se sustituirán unas condiciones laborales por otras, que serán peyorativas para lo trabajadores).

Si no se ha sometido la cuestión a la comisión paritaria o ésta no ha resuelto el acuerdo¹³⁰, las partes deberán acudir a otros mecanismos de solución extrajudicial, que estén regulados en los Acuerdos Interprofesionales estatales o autonómicos (el que se acuda a un acuerdo estatal o autonómico dependerá del ámbito de la empresa y de la inaplicación; si la empresa tiene centros de trabajo en más de una CCAA y la inaplicación va a afectar a todos ellos se acudirá al acuerdo estatal, no obstante si la empresa solo tiene un centro de trabajo en una CCAA se acudirá al acuerdo autonómico)¹³¹.

Los sujetos que negocian el convenio colectivo están facultados para establecer cuáles van a ser éstos mecanismos de solución, pero hemos de precisar que ya no se les

¹²⁷ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 75.

¹²⁸ En este sentido: SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012. Estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral*. Aranzadi, Navarra, 2012 op. cit., página 132.

¹²⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012». En AA.VV., dirigido por I. García-Perrote y J.R. Mercader Uguina, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2011. op cit., página 402

¹³⁰ Cabe recordar que el artículo 85 ET dispone que forma parte del contenido mínimo del convenio “*la designación de una comisión paritaria y el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83*”

¹³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 115.

obliga a hacerlo¹³², sino que se les da la posibilidad de hacerlo, y de una forma muy generosa, pues pueden incluso introducir la posibilidad de someter la discrepancia a un arbitraje previo y vinculante, para ello es necesario que ambas partes estén de acuerdo y firmen un compromiso arbitral¹³³. En este caso el laudo arbitral tiene la misma eficacia que el acuerdo de empresa y solo será recurrible en base al artículo 91 ET¹³⁴.

c) En último lugar, si no hay acuerdo, los procedimientos anteriores no se pueden aplicar o habiéndose aplicado no hayan solucionado la controversia, las partes pueden someterla a la CCNCC o un organismo similar de la CCAA competente para resolver.

El RD-Ley 3/2012 refuerza las competencias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, dotándole de facultades para decidir acerca de la procedencia o no de la inaplicación, que exclusivamente entran en juego cuando los procedimientos de solución de controversias a los que se refiere el artículo 82.3 ET, los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales, no se puedan aplicar o no hayan resuelto la discrepancia¹³⁵. Se está buscando “a cualquier precio” que se pueda llegar a inaplicar el convenio colectivo¹³⁶, defendiendo el contenido del derecho de la libertad de empresa muy por encima de otros valores y derechos constitucionales¹³⁷.

¹³² GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. op. cit., página 99.

¹³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 116.

¹³⁴ Recordar que el artículo 91.2. II ET dispone que los “acuerdos y laudos 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.”

¹³⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., «El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC(...)» Jornada Técnica de la CCNCC: *Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*. Madrid, 18 de Junio de 2014. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/G_Noticias/ForsDebate/CCNCC_Jornada_Tecnica_Inaplic_2014_Ponencia_1_Faustino_Cavas_Martinez.pdf op. cit., página 17.

¹³⁶ En la terminología utilizada en la STSJ Madrid de 14 de diciembre de 2012 (Recurso 59/2012)

¹³⁷ ESCUDERO 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., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp.11-57 op. cit., página 14.

El artículo 82.3 ET dispone que cuando los procedimientos anteriores no se puedan aplicar o no hayan podido solucionar la controversia, cualquiera de las partes puede someterla a la CCNCC si la inaplicación de las condiciones afecta a centros de trabajo de la empresa situados en territorios de más de una CCAA o empresas situadas en Ceuta y Melilla, o al organismo correspondiente de la CCAA en los casos de empresas con centros de trabajo en una misma CCAA, tal y como dispone el artículo 17 del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Depende del ámbito en el que se vaya a proyectar la medida, y no del ámbito del convenio, el acudir a uno u otro organismo¹³⁸.

Cabe destacar que la actuación de la CCNCC u organismo equivalente es de carácter “*subsidiario y de último grado*”¹³⁹, no se configura como una actuación previa a los medios de solución de controversias de los acuerdos interprofesionales¹⁴⁰ lo que se pone de relieve tanto en el artículo 82.3 ET como en el artículo 16.2 RD 1362/2012, que impide someter la discrepancia a la CCNCC, exceptuando que no se haya acudido a la comisión paritaria o ésta no haya alcanzado un acuerdo; o que el convenio que va a inaplicarse imponga obligatoriamente el trámite. Por lo tanto únicamente puede acudir a dicha Comisión cuando se den conjuntamente estas circunstancias.

Hemos de tener en cuenta que puede que el convenio colectivo establezca con carácter obligatorio solicitar la intervención de ésta comisión paritaria.

.-Este sometimiento puede hacerse a iniciativa de cualquiera de las partes, si bien en la práctica lógicamente solo el empresario remitirá el asunto a la CCNCC, pudiendo poner en marcha este procedimiento arbitral contra la voluntad de los representantes de los trabajadores¹⁴¹, es por ello por lo que podemos considerar que nos encontramos ante un

¹³⁸ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op.cit., página 103.

¹³⁹ BLASCO PELLICER, A.: «El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos» *Relaciones Laborales núm 1*, 2013 pp. 123-140. op., cit., página 132

¹⁴⁰ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 119.

¹⁴¹ ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 57.

arbitraje público de carácter obligatorio¹⁴², que afecta a la fuerza vinculante del convenio. Se trata de un mecanismo de arbitraje configurado para satisfacer el interés empresarial y conseguir la inaplicación de condiciones¹⁴³.

.-Un tercero ajeno al conflicto suscitado, y que no es un juez, va a resolver la controversia, lo que pone de relieve el carácter arbitral de esta actuación¹⁴⁴. En el arbitraje sabemos que las partes de mutuo acuerdo deciden nombrar a un árbitro, no obstante, éste es de carácter obligatorio, pues aquí no existe compromiso arbitral, la sola voluntad de una parte es suficiente para someter la discrepancia a estos organismos.

.-Además decimos que es un arbitraje público, pues el órgano encargado de adoptar la decisión (CCNCC, u organismo equivalente en la CA), es un órgano administrativo que resolverá directamente él o designará a un árbitro imparcial para que resuelva.

La intervención de estos organismos, supone una intervención del Estado en la negociación colectiva¹⁴⁵, que, ha sido justificada por el legislador, de una manera un tanto forzada¹⁴⁶, por “*la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española*”.

La solicitud ha de realizarse por vía electrónica en la sede del Ministerio de Empleo, tal como establece el artículo 19 RD 1362/2012, y además ha de contener el motivo de la discrepancia y la pretensión de inaplicación, es decir se han de señalar con exactitud tanto

¹⁴² CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista General de Derecho Social*. núm. 57, 2012. pp. 238-244. op. cit., página 240.

¹⁴³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Temas Laborales* núm.115, 2012. op. cit., página 114.

¹⁴⁴ ESCUDERO 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., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp.11-57 op. cit., página 48.

¹⁴⁵ SALA FRANCO, T. : «La reforma de la negociación colectiva ». En AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op.cit., página 69.

¹⁴⁶ ESCUDERO 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., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp.11-57 op.cit., página 14.

las condiciones que pretenden inaplicarse como la nueva regulación sustitutiva de las mismas, así como su periodo de aplicación, acompañando tal como dispone el artículo 20 del citado Real Decreto, los documentos que prueben que hay una causa económica, técnica, organizativa o de producción en la empresa (Anexo I)¹⁴⁷.

Estos organismos (CCNCC u organismo equivalente en la CCAA), pueden, bien resolver directamente la discrepancia por ellos mismos, o bien designar a un árbitro, con las debidas garantías que aseguren que éste sea imparcial, para que resuelva dicha discrepancia.

Han de adoptar una decisión en el plazo de 25 días (plazo no prorrogable) desde que se les somete la discrepancia; decisión que tiene la eficacia del acuerdo de empresa que se pudo haber alcanzado en el periodo de consultas, por lo que solo podrá recurrirse en base a los motivos del artículo 91 ET, además éste último artículo dispone que específicamente cabe recurso contra el laudo arbitral cuando no se hayan *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.*

La decisión de estos organismos tiene carácter definitivo; da una respuesta definitiva a la posibilidad del descuelgue: bien se podrán inaplicar las condiciones sustituyéndolas por otras distintas, viendo el empresario satisfechas sus pretensiones, o bien la CCNCC o el órgano equivalente decidirán que no ha lugar a la inaplicación. En este último caso el empresario no dispondrá de ningún otro mecanismo o vía en aras a la consecución de su pretensión.

Lo que resulte de todos estos procedimientos que hemos analizado: tanto del acuerdo de empresa, como de los medios extrajudiciales de solución de controversias o de la actuación arbitral de la CCNCC, ha de comunicarse a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito, tal y como dispone el artículo 82.3. IX ET.

¹⁴⁷ Documentos que deben aportarse, a través de la Sede Electrónica del MEYSS, en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos sometidos a la decisión de la CCNCC

B) CONSTITUCIONALIDAD DE LAS VIAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL, EN PARTICULAR LA INTERVENCIÓN DE LA CCNCC.

El legislador, ya en las reformas operadas en los años 2010-2011, ante la falta de acuerdo durante el periodo de consultas, comenzó a introducir diferentes mecanismos subsidiarios para lograr dar respuesta a la discrepancia de las partes y así conseguir alcanzar un acuerdo. Algunas de estas vías, en concreto el sometimiento de las partes a un arbitraje regulado en los Acuerdos Interprofesionales, ya eran objeto de duda acerca de su constitucionalidad por algunos autores¹⁴⁸.

Con las reformas de 2012, estos mecanismos se refuerzan y se introduce la actuación de la CCNCC. Parece excesivo poner en duda la constitucionalidad de todas las vías de solución de discrepancias analizadas. Sin embargo, los mayores problemas al respecto, se suscitan en relación con la actuación de la CCNCC, dudas que merecen un estudio, ya que se está reconociendo la posibilidad de decidir la aplicación o no de un instrumento propio de la negociación colectiva a través de un arbitraje que tiene carácter público y obligatorio, que reemplazará el acuerdo de las partes, puesto que la decisión a la que llegue la CCNCC (u organismo equivalente) se impone al citado acuerdo, lo que se traduce en la pérdida de las facultades negociales de las partes¹⁴⁹.

Es más, los recursos de inconstitucionalidad 5603-2012 y 5610-2012, interpuestos contra el artículo 14.1 de la Ley 3/2012 de 6 de julio que reforma el artículo 82.3 ET, entre otros, se centran exclusivamente en la intervención de la CCNCC, porque se considera que en los otros mecanismos de solución extrajudicial, la decisión de proceder al descuelgue se adopta, bien directa o indirectamente, por las partes con legitimación para negociar convenios o por los mismos sujetos que negociaron el convenio. Por ejemplo, en el arbitraje del Acuerdo Interprofesional, si bien decide un tercero, la decisión de someter la discrepancia a arbitraje responde a un acuerdo de voluntades de ambas partes. Por lo tanto

¹⁴⁸ Entre ellos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011» *Relaciones Laborales* núm 2, 2009 .págs. 285-318. op.cit. página 67.

¹⁴⁹ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 109.

en estos mecanismos se puede apreciar una vinculación directa o indirecta con la negociación colectiva.

Principalmente, es la actuación de la CCNCC la que es objeto de duras críticas por un amplio sector doctrinal¹⁵⁰. El sometimiento obligatorio para una de las partes de la discrepancia a estos organismos administrativos, así como el carácter definitivo de la decisión que adopten, podrían entrar en conflicto con el derecho de la negociación colectiva constitucionalmente consagrado en el artículo 37 CE¹⁵¹, el derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE y con la libertad sindical del artículo 28 CE.

Solo un sector doctrinal, minoritario¹⁵², considera que esta posibilidad es acorde a la Constitución Española y no infringiría ningún derecho reconocido en la misma.

A) Las bases que sirven para justificar esta inconstitucionalidad, se proyectan en primer lugar sobre la naturaleza de la intervención de la CCNCC, considerando que se trata de un arbitraje de carácter público. Si bien estos órganos arbitrales son tripartitos, en caso

¹⁵⁰ Entre ellos: CASTRO ARGÜELLES, M.A. : « Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo» En AA.VV. MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J. *Comentario a la reforma laboral de 2012*. Aranzadi, Madrid, 2012. op. cit., página 395.

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., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2012. pp.11-57 op.cit., página 20 y 21.

CRUZ VILLALÓN, J.: « Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012». En AA.VV., dirigido por I. García-Perrote y J.R. Mercader Uguina, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2011, op. cit., página 390.

ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 56.

¹⁵¹ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Navarra: Civitas, 2013. op. cit., página 164 y GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 129.

¹⁵² Entre ellos: MERCADER UGUINA, J.R. «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012», coordinado por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*. Lex Nova, Valladolid, 2012. op. cit., página 430 y GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 109.

de la previsible discrepancia entre la representación de los empresarios y la de los trabajadores, le corresponderá a la Administración decidir. Es por ello por lo que consideran que se está produciendo una vulneración al derecho de la autonomía colectiva (artículo 37CE) y consecuentemente de la libertad sindical (artículo 28 CE).

Alegan además la doctrina constitucional sentada por el TC en su STS 11/1981, en la que se vendría a reconocer, si bien tímidamente, un arbitraje obligatorio reservado para situaciones muy excepcionales que pongan en peligro grave a la economía nacional; considerando que es una situación difícilmente trasladable al caso que nos ocupa, pues les parece desorbitado pensar que la aplicación de la regulación prevista en un convenio colectivo a una empresa, constituya un escenario de excepcionalidad y pueda comportar un grave perjuicio a la economía nacional, y también la STS 92/1992 en la que se afirma que *“la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado...no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos”*.

Consideran también que la justificación que hace el legislador en la Exposición de Motivos denota una desmesurada e injustificada protección de la productividad de la empresa, que no es suficiente para justificar la vulneración a la fuerza vinculante del convenio.

B) Por otro lado, al ser de carácter obligatorio, (no en el sentido de que la ley imponga en caso de desacuerdo acudir a éstos órganos, sino en el sentido de que la sola voluntad de una de las partes, es suficiente para someter la discrepancia a éste órgano arbitral), vulneraría el derecho a la negociación colectiva y varios principios en los que este derecho se sustenta, pues los agentes sociales perderían la capacidad de negociar los convenios colectivos y las condiciones de la inaplicación de los mismos, ya que la decisión de someter la discrepancia a arbitraje no respondería a un acuerdo de voluntades de ambas partes.

C) Y por último consideran vulnerado el artículo 24.1 CE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto las posibilidades de revisión judicial de la decisión adoptada por éstos organismos es limitada.

No obstante otros autores consideran que la revisión judicial no es tan limitada como se critica, pues cabe control judicial sobre prácticamente todos los aspectos del descuelgue, como son la comprobación de las causas, el alcance de la inaplicación, etc¹⁵³.

Esta cuestión fue llevada al Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, en virtud del cual el TC tuvo la oportunidad, en la STC de 16 de julio de 2014, de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 82.3.VIII ET, y posteriormente y en similares términos a través de la STS 8/2015, de 22 de enero de 2015 que desestimaba el recurso 5610-2012, que reproducía en gran medida las pretensiones del primero.

La pretendida inconstitucionalidad se apoya en el recurso 5603-2012 en que la actual reforma va mucho más allá de hacer frente a la rigidez del mercado laboral propiciando una mayor flexibilidad en la regulación del trabajo, porque incide en gran medida en la negociación colectiva, siendo *“incompatible con el modelo constitucional laboral”*. Constituye, como critican, una ruptura con el *“modelo de negociación colectiva”* constitucionalmente consagrado.

Los recurrentes en el recurso 5603-2012 alegan que *“el mecanismo arbitral público y obligatorio que se establece para desbloquear la falta de acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores para la inaplicación del convenio es incompatible con la fuerza vinculante de los convenios, vulnerando el derecho a la negociación colectiva”*. Sostienen que la regulación contenida en el artículo 82.3 ET, en tanto en cuanto se posibilita el sometimiento a la decisión arbitral por voluntad unilateral de una de las partes, *“rompe el mandato constitucional de la fuerza vinculante de los convenios, ignorando el pacta sunt servanda colectivo que se fundamenta en el libre consentimiento de las partes y cuyos destinatarios no pueden alterar sin acuerdo”*. Además, alegan que pese a que éstos organismos tiene carácter tripartito, no dejan de ser órganos administrativos, porque en caso de empate de la representación empresarial y laboral, la decisión queda en manos de la Administración, *“cuyos dictámenes y decisiones no expresan la autonomía negocial de las partes en conflicto”*. Los recurrentes también consideran vulnerado el artículo 24.1 CE, por que el control judicial de la decisión adoptada esté sujeto a ciertas limitaciones, dificultando al Juez el control del fondo del asunto.

¹⁵³ GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. op. cit., página 112.

Es la STC 119/2004, de 16 de Julio de 2014, la que da respuesta al recurso 5603-2012 contra el citado artículo, declarando constitucional el mismo. En primer lugar el Tribunal niega *“la existencia de un hipotético modelo constitucional de relaciones laborales”* ya que lo que la Constitución establece son las premisas básicas para que el legislador y las partes sociales configuren las relaciones laborales, pero no configura ningún modelo de negociación colectiva, por lo que el legislador goza de libertad, aunque no sea absoluta, a la hora de configurar este derecho.

Además, el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981 de 8 de abril, estableció que el derecho a la negociación colectiva *puede presentar excepciones, siempre que la limitación se encuentre justificada.*

La actuación ahora impugnada, se introdujo tal como señala la STS de 16 de Julio de 2014 con el objetivo *“facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo”.*

La sentencia justifica la inclusión de ésta medida en el mantenimiento de la empresa y en la necesidad de establecer un mecanismo para que la misma pueda adaptar las condiciones de trabajo *“a las concretas circunstancias de productividad, competitividad y viabilidad empresariales que sobrevengan, ante el riesgo de que las condiciones pactadas puedan poner en peligro la estabilidad de la empresa, afectando a los puestos de trabajo”.*

Además, se establece que las partes, a través del ejercicio de la autonomía colectiva, cuando negocien el convenio colectivo pueden perfectamente acordar excluir la posibilidad de someter la discrepancia a la actuación arbitral de estos organismos.

Por ello, y a grandes rasgos, se considera justificada esta medida, en la conveniencia de resolver la discrepancia entre trabajadores y empresario, propiciando que las relaciones laborales estén reguladas con una mayor flexibilidad, para que la empresa pueda afrontar una situación de *“dificultad económica o necesidad de adaptación”*, para que así pueda acomodar las condiciones laborales al contexto en el que desenvuelve su actividad productiva, y proteger la estabilidad de la empresa afectada a la vez que evitar la destrucción de empleo.

4.4. LA TUTELA JURÍDICA DEL TRABAJADOR EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL: IMPUGNACIÓN DEL DESCUELGUE.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 82.3 ET, si las partes alcanzan un acuerdo durante el periodo de consultas, se presumirá que concurren las causas que justifican la decisión empresarial de inaplicación, limitando la posibilidad de impugnar el acuerdo ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Esta regulación hace suscitar una serie de interrogantes, ya que por un lado la doctrina se plantea si el acuerdo solamente es posible impugnarlo ante la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, o si por el contrario, también puede ser objeto de impugnación por otros motivos relacionados, por ejemplo, con los sujetos que han intervenido, con las condiciones que se aplicarán o los procedimientos seguidos, entre otros¹⁵⁴.

Parece defendible que esta regulación del artículo 82.3 ET no implique que únicamente se pueda impugnar el acuerdo y la nueva regulación contenida en el mismo por las razones anteriormente señaladas. Lo más correcto es entender que el ET está limitando las posibilidades de impugnación del acuerdo en cuanto a la causa se refiere, esto es, las limitaciones entran en juego si el objeto de debate se proyecta sobre las causas justificativas, que sabemos que se presumen si hay acuerdo.¹⁵⁵ Pero el acuerdo podrá impugnarse no solo por las causas sino también por otros aspectos como son la legitimación de los sujetos que han adoptado el acuerdo, por el eventual cumplimiento o no de los trámites que han de seguirse para llegar al acuerdo, etc. Es decir si no ha habido fraude, dolo o vicios en el consentimiento no se podrá impugnar el acuerdo en cuanto a la exigencia de causa se refiere, pero si se podrá impugnar el mismo por otros motivos, en base al procedimiento al que ahora nos referiremos.

¹⁵⁴ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 173.

¹⁵⁵ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o "descuelgue" del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 174.

Si bien es cierto que la ley no regula la actuación ejecutiva del empresario una vez adoptado el acuerdo, algunos autores defienden la posibilidad de impugnar la aplicación del mismo, porque una cosa es estar conforme con el acuerdo en sí mismo, y otra muy distinta es estarlo con la posible interpretación que de él haya podido hacer el empresario.¹⁵⁶ Es por lo que sí que se viene a reconocer la posibilidad de impugnar las decisiones empresariales adoptadas en aplicación de los acuerdos o laudos arbitrales, esto es, la interpretación que de los mismos haga la empresa.

Los laudos arbitrales dictados a través de esos medios regulados en los Acuerdos o dictados por la CCNCC u organismo equivalente, podrán ser impugnados tal y como dispone el artículo 82.3 VII ET, por el procedimiento y en base a los motivos regulados en el artículo 91 ET, que son los previstos para impugnar los convenios colectivos. Además este artículo 91 ET dispone que contra los laudos arbitrales, o la decisión de la CCNCC cabe específicamente recurso en el caso de que en el desarrollo de la actuación arbitral no se hubiesen observado los requisitos y formalidades necesarios, o los laudos hubiesen resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

Es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la que en los artículos 163 y siguientes contiene la normativa referente a la impugnación de los convenios colectivos estatutarios y a los laudos sustitutivos de los mismos.

Hemos de tener en cuenta que, si bien los acuerdos de empresa no son convenios colectivos, sí que tienen una función reguladora en el sentido de que contienen las nuevas condiciones que se aplicarán en la empresa sustitutivas de las de el convenio, por lo que la impugnación de estos acuerdos puede someterse también a la normativa de la impugnación de los convenios colectivos estatutarios de los artículos 163 LJS y ss.

De hecho, el Tribunal Supremo, en varias de sus sentencias se ha pronunciado sobre esta cuestión, en concreto en la STS de 10 de mayo 2011 afirma que *“la jurisprudencia social amplía el ámbito objetivo de la modalidad procesal de la impugnación de convenios colectivos, no limitándola a los convenios colectivos estatutarios, como resultaría de lo establecido en el citado art. 161.1 LPL, y extendiéndola a los denominados pactos de empresa o convenios colectivos extra estatutarios”*, y en la STS de 26 de enero de 2010, el Tribunal aclara toda posible duda al respecto, afirmando,

¹⁵⁶ CASTRO ARGÜELLES, M^a A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 174.

con remisión a la STS de 2 de enero de 2009 que “*la modalidad procesal de impugnación de convenios [arts. 161 a 164 LPL] se extiende tanto a los Convenios Colectivos -estatutarios y extra estatutarios-, como a los acuerdos colectivos y pactos de empresa*”¹⁵⁷.

La legitimación para impugnar, tal y como dispone el artículo 165 LJS, corresponde bien a sujetos colectivos si la impugnación se basa en la ilegalidad, y a terceros lesionados si se basa en la lesividad¹⁵⁸. En estos casos, los trabajadores afectados por la modificación, no disponen de ninguna vía de impugnación de los acuerdos y laudos arbitrales. Sin embargo, los trabajadores, en base al artículo 163.3 LJS, que dispone que “*la falta de impugnación directa de un convenio colectivo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación...fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conforme a Derecho*”, podrán impugnar las decisiones que adopte el empresario en aplicación del acuerdo de empresa o laudo arbitral, fundamentándose la impugnación en que éstos son contrarios a Derecho.

Es preciso señalar que los trabajadores, en el caso del descuelgue, no pueden acudir a la vía regulada en el párrafo segundo del artículo 41.3 ET y rescindir sus contratos y tampoco podrán acudir al artículo 50.1.a) y solicitar la extinción del contrato. Esto se debe a la separación de la modificación de los convenios colectivos estatutarios del artículo 41 ET, y su inclusión en el artículo 82.3 ET¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Respecto a esta cuestión destacan entre otras las siguientes sentencias: *STTS de 16 de Mayo de 2002 (Rco. núm. 1191/01)*, *de 18 de Julio de 2011 (Rco. núm. 175/2010)*, *de 14 de Octubre de 2008 (Rco núm. 129/07)*.

¹⁵⁸ Destacar que el artículo 165. 1 LJS dispone que la legitimación activa corresponde: “*a) Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito. A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas.*

b) Si el motivo de la impugnación fuera la lesividad, a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado. No se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.”

¹⁵⁹ ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. op. cit., página 62.

5. ANÁLISIS DE LOS DATOS DE INAPLICACIONES DE CONVENIOS COLECTIVOS.

Una vez analizada la institución del descuelgue, con el fin de obtener una visión de la relevancia práctica que esta institución tiene en la actualidad, haremos un pequeño comentario de los principales resultados¹⁶⁰ en lo que a la inaplicación de convenios colectivos se refiere (Anexo I)¹⁶¹.

Las reformas operadas en el año 2012, con el fin de propiciar una mayor flexibilidad interna a los empresarios, aumentaron drásticamente las posibilidades del descuelgue por la vía de la ampliación material, la dulcificación causal, e introduciendo así mismo distintos mecanismos de solución de controversias.

En el lapso temporal comprendido desde marzo de 2012 hasta el mes de mayo de 2015, se han depositado en los registros de las distintas Autoridades Laborales, un total de 6.146 inaplicaciones de convenios colectivos estatutarios, que han afectado a 279.748 trabajadores:

- A) En el periodo marzo-diciembre del año 2012, se inaplicaron 748 convenios colectivos que afectaron a 29.352 trabajadores. Es curioso que, a pesar de ser el año en el que gracias a las reformas se facilitó sensiblemente el recurso a este mecanismo, sea el año en el que menor incidencia presenta esta medida.

- B) En el año 2013, tuvieron lugar 2.512 inaplicaciones, que afectaron a un total de 159.550 trabajadores. Este año, coincidente con el año puntero de la crisis económica que atraviesa España, hasta el momento ha sido el año en el que se han depositado un mayor número de inaplicaciones de convenios colectivos en las Autoridades Laborales (representan un 40.87% del total de inaplicaciones producidas durante el periodo analizado). Además, esas inaplicaciones afectaron a 159.550 trabajadores, cifra que supone el 57.03 % de la totalidad de trabajadores

¹⁶⁰ Datos de las inaplicaciones de convenios colectivos estatutarios. Información obtenida de la página del MEYSS: <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>.

¹⁶¹ Estadísticas de Convenios Colectivos de Trabajo (CCT)

afectados por las inaplicaciones de convenios colectivos desde el periodo de tiempo comprendido entre marzo de 2012 a mayo de 2015.

- C) En el año 2014, se produjeron 2.073 inaplicaciones de convenios colectivos, viéndose afectados por la inaplicación 66.203 trabajadores.
- D) En el periodo de tiempo comprendido entre enero y mayo de 2015, se han depositado 813 inaplicaciones de convenios, por 756 empresas, que han afectado a un total de 24.643 trabajadores.

La gran mayoría de trabajadores afectados por estas inaplicaciones que han tenido lugar los primeros cinco meses del año, concretamente 183.98, que suponen un 74.7%, trabajan en el sector de servicios. En este sector de actividad se han producido 656 inaplicaciones de convenios, cifra elevadísima si lo comparamos con otros sectores, por ejemplo el agrario en el que se han producido 6 inaplicaciones afectando a 296 trabajadores.

Respecto al tamaño de las empresas afectadas, el 44.1% de los trabajadores afectados están en empresas de 250 trabajadores o más, que han presentando un total de 10.879 inaplicaciones, aunque la mayoría de las empresas que presentan inaplicaciones, concretamente 645 empresas, que representan el 85.3%, tienen plantillas de entre 1 y 49 trabajadores.

Además, de estas 813 inaplicaciones de convenios, la gran mayoría, concretamente 525 se refieren a la cuantía salarial, representando un 92.9% de las inaplicaciones presentadas. Dentro de esta cifra, 427 inaplicaciones se refieren exclusivamente a la cuantía salarial (64.6%), y 98 inaplicaciones a la cuantía salarial y al sistema de remuneración (12.1%).

Cabe destacar que la gran mayoría de inaplicaciones, 738 que representan el 90.8 % se han resuelto como acuerdo en periodo de consultas. Un 5.4 % se han resuelto a través de un acuerdo de la comisión paritaria del convenio, el 2.2 % se han acordado a través de la mediación en órgano bipartito, un 0.1% a través de un laudo en órgano bipartito, y un 1.5% mediante decisión en el seno de un órgano

tripartito, esto es, a través de la CCNCC o el organismo autonómico equivalente. Los trabajadores afectados por las inaplicaciones decididas en el seno de la CCNCC u organismo equivalente han sido 98, mientras que los afectados por una inaplicación acordada en el periodo de consultas han sido 21.841.

Y por último, el 96.4% de las inaplicaciones se proyectan sobre convenios de ámbito superior a la empresa, evidenciando que la inaplicación del propio convenio de empresa, conocido como "*autodescuelgue*" no es muy habitual en la práctica, pues de las 813 inaplicaciones solo 29 son inaplicaciones del propio convenio de empresa, lo que supone un 3.6% del total.

6. CONCLUSIONES.

De todo lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que:

A) La institución del artículo 82.3 ET permite por un lado, inaplicar la regulación de unas determinadas condiciones, y por otro, establecer una nueva regulación de las mismas.

No obstante, la ley no establece ningún límite a la hora de acordar la nueva regulación, es decir, hay un margen muy importante para fijar las nuevas condiciones y, si a esto le añadimos que las materias susceptibles de descuelgue son aquellas que tienen una importancia esencial en la relación laboral y las que pueden incidir de manera más directa en la competitividad y productividad empresarial, nos encontramos ante el riesgo de que sea utilizado entre las empresas, no exclusivamente en situaciones de crisis empresarial, sino como instrumento para lograr un mejor posicionamiento de las mismas en el mercado, convirtiéndose en un mecanismo al servicio de la competitividad empresarial a costa de la rebaja de las condiciones laborales de las que pueda disfrutar un trabajador en la empresa, incitando por lo tanto a una desleal competencia entre las empresas de un sector.

Por ello, es necesario evitar que lo que surge como una motivación coyuntural, se convierta en estructural.

B) En relación con las materias susceptibles de ser objeto de inaplicación, me resulta llamativa la nueva inclusión de las mejoras voluntarias en materia de Seguridad Social, debido a que en ocasiones puede ser injusta para los sujetos afectados, vulnerando además el principio de seguridad jurídica.

La constitucionalidad del descuelgue se basa en que la modificación de las condiciones laborales se hace a través de otro instrumento propio de la negociación colectiva, (el acuerdo de empresa), y además ese acuerdo se adopta por sujetos que tienen la misma capacidad representativa que los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa. Es por ello por lo que sería correcto que a través de un acuerdo de empresa se pudieran modificar las mejoras voluntarias en materia de Seguridad Social previstas en un convenio colectivo, pues la inaplicación se estaría acordando por sujetos

que representan a los que están afectados por el mismo, aunque ya no sean trabajadores activo de la empresa.

No obstante, las críticas a esta posibilidad las planteo desde la hipótesis de que la inaplicación tenga lugar como consecuencia de la designación de una comisión laboral, una comisión *ad hoc* de hasta tres trabajadores, que, lejos de tener verdadera capacidad negocial, no creo que puedan representar los intereses de los sujetos que ya no son trabajadores de esa empresa y que están recibiendo mejoras; en el sentido de que esa comisión ha sido elegida por los trabajadores de la empresa, no por los antiguos trabajadores de la empresa que están disfrutando de mejoras y de prestaciones complementarias tras la extinción del contrato de trabajo.

C) Respecto a los sujetos legitimados para negociar el acuerdo, cuando en la empresa no haya representación legal de los trabajadores, éstos podrán designar a una comisión *ad hoc* elegida entre los propios trabajadores de la empresa (comisión laboral) o elegidos según su representatividad (comisión sindical).

La comisión laboral, a mi juicio, no puede considerarse como un mecanismo de representación de los trabajadores, porque el posible acuerdo que se adopte con la empresa no es producto del verdadero ejercicio de la autonomía colectiva. Esta comisión se constituye con la función de negociar para alcanzar un acuerdo y evitar medidas más gravosas para los trabajadores, lo que merece una valoración positiva, pero el resultado de la misma no lo considero fruto de la negociación colectiva, pues los sujetos que van a acordar la inaplicación son trabajadores de la misma empresa, y es lógico que no son ajenos a las presiones empresariales y al temor de las consecuencias que la negativa a adoptar el acuerdo pueda acarrear.

D) Aunque la ley no haga referencia expresa a ello, las partes pueden establecer en el acuerdo la posibilidad del “recuelgue”, esto es, la posibilidad de que si desaparecen las causas que motivaron acudir a este mecanismo, puedan reconvertirse las condiciones modificadas a su estado original.

Desde mi punto de vista el hecho de que la ley no exija que se regulen los mecanismos y condiciones para volver a aplicar las condiciones que fueron objeto de descuelgue, puede desembocar en una situación injusta para los trabajadores. No hemos de

olvidar que el descuelgue es una institución que ha de estar motivada por una causa, y no es admisible que si desaparece la causa que motivó el recurso a esta institución, a los trabajadores se les continúe aplicando la nueva regulación que se pactó (en base a una determinada causa, que ahora ha desaparecido), hasta el momento en el que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa.

Por ello quizá sería conveniente que las Autoridades Laborales supervisasen periódicamente la evolución de las causas que han motivado que la empresa recurriese a este mecanismo, para así, en el hipotético caso de que la causa desapareciese, tuviesen que recuperar las condiciones inaplicadas.

E) El legislador, como hemos visto, ha regulado un arsenal de mecanismos tendentes a solucionar las discrepancias en caso de *bloqueo negociador* entre las partes.

Desde mi punto de vista, las reformas operadas en 2012 van mucho más lejos de facilitar que las partes lleguen a un acuerdo a través de la previsión de estos mecanismos, hasta el punto de poder considerar que más que el deber de negociar, parece que se impone el deber de llegar a un acuerdo, pues en último término el empresario podrá, incluso en contra de la voluntad de la representación laboral, someter la discrepancia ante la CCNCC.

F) Mediante la regulación de la inaplicación de condiciones, junto a otras medidas, entre las que destaca la prioridad aplicativa del convenio de empresa, el legislador está tratando de poner tanto la negociación colectiva como los convenios al servicio de la flexibilidad de las empresas, para que, a través de ellos, la empresa pueda adaptarse al contexto económico actual en el que está desarrollando su actividad productiva, con el fin de evitar, o al menos reducir, la flexibilidad externa, esto es, los despidos.

Sin embargo, me resulta llamativo que a la vez no se hayan adoptado medidas para evitar los despidos, sino todo lo contrario, puesto que la flexibilidad externa también se ha visto favorecida por las reformas.

Estas medidas son positivas para los empresarios dada la situación actual en la que han de desarrollar su actividad productiva. Desgraciadamente nos encontramos ante una crisis económica muy grave, que está afectado a multitud de empresas, poniendo en duda la estabilidad de las mismas, de hecho, muchas de ellas ya se han visto avocadas al cierre y otras muchas están luchando por “sobrevivir” a esta crítica situación.

El legislador, consciente de esta realidad, introdujo estas medidas, para facilitar la estabilidad empresarial y evitar el recurso a medidas extintivas de los contratos de trabajo.

El TC ha declarado su constitucionalidad en sus SSTC 119/2004, de 16 de Julio de 2014, y 8/2015, de 22 de enero de 2015, estableciendo que el fin que subyace toda esta regulación es la flexibilidad interna, justificada en la protección del derecho al trabajo consagrado en el artículo 35.1 CE, del deber de los poderes públicos de proteger la productividad que aparece en el artículo 38 CE y de realizar una política orientada al pleno empleo, tal como dispone el artículo 40 CE.

Se justifica en el mantenimiento de la empresa y en la necesidad de establecer un mecanismo para que la misma pueda adaptar las condiciones de trabajo “*a las concretas circunstancias de productividad, competitividad y viabilidad empresariales que sobrevengan*” para evitar el riesgo de que si se aplican las condiciones pactadas, se pueda poner en peligro tanto el mantenimiento de empleo en la empresa, como la propia estabilidad y permanencia de la misma.

También se ha justificado la constitucionalidad de esta medida en que las partes, cuando negocian el convenio colectivo pueden excluir de mutuo acuerdo la posibilidad de someter la discrepancia CCNCC. Idea que no comparto, pues me parece difícil imaginar que un empresario, si es consciente del alcance de ésta exclusión, acepte éstos términos, ya que en caso de *bloqueo negociador*, el empresario no podrá intentar resolver la controversia a través de otros medios una vez agotadas las vías de solución extrajudicial.

No obstante, desde mi punto de vista todas estas modificaciones introducidas con las últimas reformas, sí que entrañan una clara limitación y una intromisión del legislador en la negociación colectiva, derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 37 CE.

Nos encontramos ante un conjunto de reformas que han introducido modificaciones de tal importancia que permiten afirmar que se ha producido una ruptura del equilibrio que ha de estar presente en toda relación laboral, a favor del empresario, con el consecuente debilitamiento de los derechos de los trabajadores. Se está otorgando un mayor margen de maniobra, aún más poder al empresario, quien, dada la posición de supremacía que ocupa en la relación laboral, ya lo tiene.

Todo esto, conlleva una desestructuración del derecho del trabajo, afectando a los principales pilares sobre los que el mismo se construye, debido a que las medidas introducidas van a afectar al equilibrio y a la protección del trabajador en las relaciones laborales, siendo unas reformas muy agresivas con la negociación colectiva.

Es por ello por lo que pese a que el TC ha declarado constitucionales estas medidas, sería necesario que cuando España deje de sufrir esta crisis y se recupere económicamente, se recuperen estos derechos que los trabajadores han perdido con estas reformas y se restablezcan los equilibrios en la negociación colectiva, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO. C.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna” en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

BLASCO PELLICER, A.: «El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos» *Relaciones Laborales* núm 1, 2013 pp. 123-140. op., cit., página 132

CAIROS BARRETO, D.M.: *La articulación y concurrencia de convenios colectivos* Albacete: Bomarzo, 2012.

CASTRO ARGÜELLES, M.A. : « Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo» En AA.VV. MONTOYA, A. y GARCÍA MURCIA, J. *Comentario a la reforma laboral de 2012*. Madrid: Aranzadi, 2012.

CASTRO ARGÜELLES, M^a A.: *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Navarra: Civitas, 2013.

CAVAS MARTÍNEZ, F., « El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC(...)» Jornada Técnica de la CCNCC: *Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*. Madrid, 18 de Junio de 2014.

CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista General de Derecho Social*. núm. 572012,. pp. 238-244.

CRUZ VILLALÓN, J.: «Estructura y concurrencia entre convenios colectivos». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*. núm 68. pp. 77-100.

CRUZ VILLALÓN, J.: «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», en AA.VV., dirigido por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina. *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*. Valladolid, Lex Nova, 2011.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., : « Claves generales de las reforma de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011» en AA.VV, coordinado por I. García Perrote-Escartín, y J.R. Mercader Uguina, *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*. Valladolid: Lex Nova, 2011.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011» *Relaciones Laborales* núm 2, 2009 .págs. 285-318.

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., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012*. Madrid: Ediciones Cinca, 2012. pp.11-57.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. « Cláusulas de descuelgue empresarial» en AA.VV., dirigidos por J.L. Monero Pérez, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*. Granada: Comarés, 2011.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad “interna”. *Relaciones laborales núm.11, 2012*.

GALA DURÁN., 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*, núm 11 de 2012.

GARCÍA PERROTE,I. y MERCADER UGUINA, J.R. *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

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

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: « La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral» *Temas laborales*, núm. 115, 2012, pp. 85-134.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La reforma de la negociación colectiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. núm. 25, 2011. (www.iustel.com).

GORELLI HERNÁNDEZ, J. : *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Granada: Comares, 2013.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. : «Las nuevas reglas sobre concurrencias de convenios» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (www.iustel.com) núm 28, 2012.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: « El descuelgue del convenio colectivo estatutario». *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. núm. 34, 2013. (www.iustel.com) pp.307-350.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La concurrencia de convenios en la jurisprudencia laboral». *Temas Laborales*, núm 108. pp. 13-52.

GUAMÁN,A. e ILLUECA,H. *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*, Madrid: Sequitur, 2012.

LAHERA FORTEZA J.: “El descuelgue salarial” en AA.VV., dirigidos por F. Valdés Dal-Re y E. González-Posada Martínez, *La reforma laboral de 2010*. Madrid: Editorial Reus, 2011.

LORENTE RIVAS, A: « Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo» en AA.VV., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada: Comarés 2011.

MERCADER UGUINA, J.R.: “El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad”, en AA.VV., coordinado por I. García-Perrote Escartín, y J.R. Mercader Uguina, *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 318-319.

MERCADER UGUINA,J.R. «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en AA.VV, coordinado por I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina, *La regulación del mercado*

laboral. *Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

MIÑARRO YANINI, M: «El impulso oscilante a los medios extrajudicial de conflictos laborales efectuado tras las últimas reformas laborales» *Actualidad Laboral* núm. 19-20, 2012.

MOLERO MARAÑÓN, M.L., “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*. núm. 23-24, 2011.

MOLERO MARAÑÓN, M.: «Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica», en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid: Editorial Reus, 2011.

NAVARRO NIETO, F., «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva» XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián 17 y 18 de Mayo, 2012.

NIETO ROJAS, P: «Comisión ad hoc y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación de los trabajadores» en AA.VV., coordinados por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*. Madrid: Ediciones Cinca, 2012. pp 57 a 87.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Una ruta bajo sospecha: Hacia la creación de empleo a través de la facilitación y abaratamiento de los despidos (acerca de la...)» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. núm 34, 2013. (www.iustel.com)

PEDRAJAS MORENO, A. SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C. *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 Y 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011», *Actualidad Laboral* núm, 2012, pp. 524 525.

ROJAS MARTÍN, J. C. : «Fijación del periodo vacacional como materia negociable al amparo del artículo 82.3 ET. Inaplicación de...». *Revista General de Derecho del Trabajo y*

de la Seguridad Social. no. 36 2014. (www.iustel.com) pp.267- 278.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A. : « La caótica negociación colectiva tras la reforma de 2012: la intersección de acuerdos colectivos de naturaleza distinta» Ponencia: *Cómo afecta la reforma laboral de 2012 a la negociación colectiva. El debate sobre la vigencia y la ultraactividad del convenio.*

ROLDÁN MARTÍNEZ, A. « El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios». en AA.VV., coordinado por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2012, 2011 y 2012.* Madrid: Ediciones Cinca, 2012. pp. 233-283.

ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

SALA FRANCO, T. : « La reforma de la negociación colectiva ». En AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

SANGUINETI RAYMOND, W.: «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva » *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 39, 2014. pp. 1-14.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012. Estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral.* Navarra: Aranzadi, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. : *El “descuelgue” y otras vías de inaplicación del convenio colectivo,* Madrid: Francis Lefebvre, 2014.

VALDÉS DAL-RE, F. : « Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos» *Relaciones laborales. núm 23 y 24,* 2011. pp.133-164.

VILA TIERNO, F.: « La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales del Real Decreto Ley 7/2011 a la Ley 3/2012 (de las razones y los efectos)» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* núm 33 (2013). (www.iustel.com) pp.186-220.

8. JURISPRUDENCIA Y LAUDOS ARBITRALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (Recurso de Inconstitucionalidad N°192/1980)

STC 92/1992, de 11 de junio de 1992 (Cuestión de inconstitucionalidad N° 90/1988)

STC 119/2014, de 16 de julio de 2014(Recurso de Inconstitucionalidad N° 5603-2012)

STC 8/2015, de 22 de enero de 2015 (Recurso de Inconstitucionalidad N° 5610-2012)

TRIBUNAL SUPREMO

Roj. STS 1203/2009, de 2 de marzo de 2009 (N° Recurso Rec.1605/2008)

Roj. STS 4017/2013 de 31 enero de 2013 (N° Recurso Rec.78/2012)

Roj. STS 3157/2013, de 27 de mayo de 2013 (N° Recurso 90/2012)

Roj. STS 1165/2014, de 13 de Marzo de 2014 (N° Recurso 80/2013)

AUDIENCIA NACIONAL

SAN 90/2012 de 25 de julio (Roj: SAN 3418/2012)

SAN 142/2012 de 21 de noviembre (Roj SAN 4756/2012)

SAN 15/2013 de 28 de enero (Roj SAN 145/2013)

SAN 45/2013 de 19 de marzo (Roj: SAN 1122/2013)

LAUDOS ARBITRALES

Laudo arbitral dictado por FRANCISCO GONZÁLEZ DE LENA como árbitro imparcial designado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. (

Expediente 9/2013)

Laudo arbitral dictado por MARIA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES como árbitro imparcial designado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. (Expediente 05/2014)

9. LEGISLACIÓN:

Constitución Española.

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto- Ley 7/2010, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

10. RECURSOS DE INTERNET.

www.boe.es/diario_boe/

www.boe.es/legislacion/

www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Inaplicacion/index.html

www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm.

[www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/ForosDebate/CCNCC_Jornada
Tecnica Inaplic 2014 Ponencia 1 Faustino Cavas Martinez.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/ForosDebate/CCNCC_Jornada_Tecnica_Inaplic 2014 Ponencia 1 Faustino Cavas Martinez.pdf).

www.iese.edu/es/files/ReformasLaborales.pdf.

12. ANEXOS.

ANEXO I: Documentos que deben aportarse, a través de la Sede Electrónica del MEYSS, en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos sometidos a la decisión de la CCNCC

Documentación que debe aportarse en el momento de iniciar el alta de SOLICITUD INICIAL

- **Solicitud de inaplicación**, con indicación de los siguientes extremos: identificación del solicitante y poder de representación en su caso; motivo de la discrepancia; relación de las condiciones de trabajo del convenio colectivo que se pretenden inaplicar y su incardinación entre las materias susceptibles de inaplicación; nuevas condiciones del trabajo que se quiere aplicar y período durante el cual se pretende establecer.
- Identificación del **convenio colectivo estatutario vigente que se pretende inaplicar**, indicando su código, vigencia temporal y fecha de publicación en el boletín oficial correspondiente.
- Identificación de los **centros de trabajo afectados**.
- Información sobre la **composición de la representación de los trabajadores** por centros de trabajo, con referencia de las organizaciones a las que puedan representar, así como de la comisión negociadora, especificando si son representación unitaria o representación elegida conforme al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.
- Relación de los **representantes de los trabajadores que pueden consultar estado de tramitación y recibir las notificaciones relativas al procedimiento**, indicando DNI y correo de las mismas.
- Acreditación de haberse desarrollado el **periodo de consultas**, actas (si las hubiera) de las reuniones celebradas y posición de la otra parte que da lugar a la controversia.
- 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.
- En su caso, declaración de no ser aplicable a la parte que insta el procedimiento el **Acuerdo Interprofesional de ámbito estatal o autonómico, en su caso**, para la solución efectiva de las discrepancias a que se refiere el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.
- 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.
- **Conformidad, si la hubiera, de las partes de la discrepancia** sobre el procedimiento para la solución de la misma y, de haber optado por la designación de un árbitro, conformidad, en su caso, sobre su nombramiento.

- Documentación relativa a la concurrencia de las **causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**. A tales efectos se tomará como referencia la documentación preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos (*en relación con la documentación relativa a despidos colectivos, ver Anexos al final de este Espacio Informativo*), teniendo en cuenta que cuando las económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, deberá presentarse, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos.
- **Número, sexo y clasificación profesional de los trabajadores afectados**. Cuando esta controversia afecte a más de un centro de trabajo dicha información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y Comunidad Autónoma.

Documentación obligatoria a incorporar inmediatamente después de la presentación de la solicitud inicial, mediante SOLICITUD COMPLEMENTARIA

- **Acreditación de la entrega a la otra parte de la discrepancia** de copia de la solicitud presentada a la Comisión y de la documentación anexa a la misma, así como del número de referencia asignado a dicha solicitud en vía electrónica, para poder consultar el estado de tramitación y recibir las notificaciones relativas al procedimiento.

(La falta de acreditación de la anterior documentación, inmediatamente posterior a la solicitud inicial, determinará la petición de subsanación de la misma en el plazo de 10 días, con la advertencia de que, si así no se hiciese, se tendrá por desistida la solicitud inicial, y que el plazo para resolver el procedimiento no comenzará a contarse hasta la fecha en que se proceda a la subsanación de dicha documentación).

Otros documentos a presentar

- Cualquier otro documento que el solicitante considere necesario.

ANEXO II. Estadísticas de Convenios Colectivos de Trabajo (CCT).

3.- INAPLICACIONES DE CONVENIOS

En el periodo enero-marzo se han depositado en los registros de las distintas Autoridades Laborales un total de 548 inaplicaciones que afectan a 18.097 trabajadores.

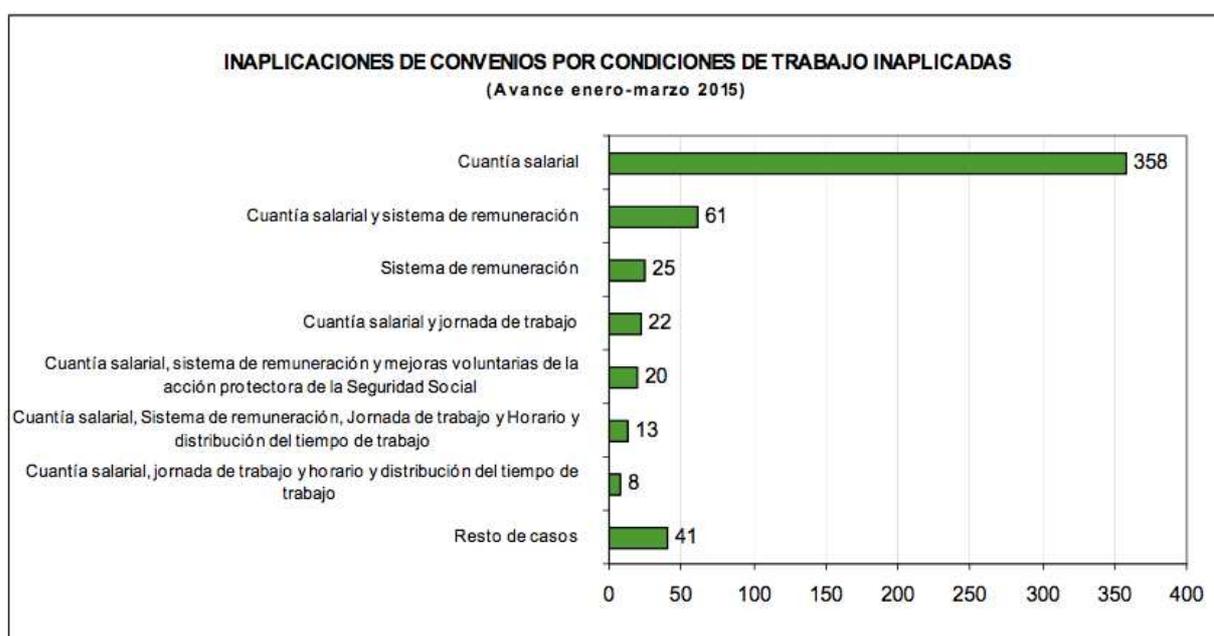
T.3. INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES POR AÑO Y MES DE DEPÓSITO

AÑO DE DEPÓSITO	INAPLICACIONES DE CONVENIOS	TRABAJADORES
2012 (marzo-diciembre)	748	29.352
2013 (enero-diciembre)	2.512	159.550
2014 (enero-diciembre)	2.073	66.203
2015 (enero-marzo)	548	18.097

La gran mayoría de los trabajadores afectados por las inaplicaciones depositadas en los tres primeros meses del año, se concentra en el sector servicios, un 79,1%. Respecto al tamaño de las empresas, el 46,2% de los trabajadores afectados están en empresas de 250 trabajadores o más, aunque la mayoría de las empresas que presentan inaplicaciones, el 84,7%, tienen plantillas entre 1 y 49 trabajadores.

Por otro lado, la gran mayoría de las inaplicaciones presentadas, el 93,4%, indican que se han “descolgado” de la cuantía salarial pactada en convenio.

Del total de las 548 inaplicaciones, el 65,3% indica que sólo se han “descolgado” de la cuantía salarial, y el 11,1%, además de la cuantía, han inaplicado el sistema de remuneración.



Por otra parte, la gran mayoría de las inaplicaciones, el 91,4%, se han resuelto como acuerdo en período de consultas.

Por último, señalar que el 96,7% han inaplicado un convenio, o varios, de ámbito superior a la empresa.

FUENTES Y NOTAS EXPLICATIVAS

FUENTES

La Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo tiene por objeto proporcionar información estadística sobre los aspectos más relevantes de los convenios colectivos de trabajo así como del resultado de los procesos de negociación colectiva realizada en el año en curso y anteriores.

La fuente de información fundamental para la elaboración de esta estadística es la *hoja estadística* que debe ser cumplimentada por las comisiones negociadoras una vez firmados los convenios y que se adjunta como parte de la documentación al inscribirlos en el Registro de Convenios Colectivos de la autoridad laboral competente.

Desde el 1 de octubre de 2010, con la entrada en vigor del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, las “hojas estadísticas”, correspondientes a los formularios asociados a los anexos 2.I, 2.II, 2.III y 2.IV de dicho Real Decreto, se reciben a partir de su inscripción telemática en la aplicación electrónica REGCON.

NOTAS EXPLICATIVAS

1.- Convenios colectivos por año de firma.

Se ofrece información sobre convenios firmados en función del año de la fecha de firma indicada en la *hoja estadística* desagregados por ámbito funcional y sector de actividad. También se informa del número de convenios firmados por nuevas unidades de negociación colectiva. En las tablas de este apartado se contabilizan los convenios firmados en los distintos años, aunque no hayan pactado una variación salarial cuantificada en el momento de su registro.

2.- Convenios colectivos por año de efectos económicos.

La información sobre efectos económicos de los convenios pretende fundamentalmente establecer la variación salarial media pactada de los convenios con efectos en un año determinado. Así, se incluyen tanto los convenios firmados en el año de referencia, como aquellos convenios firmados en años anteriores cuya vigencia es de dos años o más, que tienen efectos económicos en el año analizado y que pactan una variación salarial para el año

de referencia conocida a la fecha actual y que ha sido registrada a través de REGCON¹⁶². La información se depura posteriormente por la Subdirección General de Estadística para garantizar la coherencia y la calidad de los datos.

Hay que tener en cuenta que en el cálculo de la variación salarial media, la estadística no recoge información de modificaciones salariales realizadas al margen de los convenios ni de modificaciones realizadas en el marco de inaplicaciones de convenios. Tampoco recoge los datos relativos a convenios cuyos efectos económicos no sean cuantificables en forma de variación salarial.

Las cifras relativas al número de convenios y al número de trabajadores de este apartado no representa, por tanto, el total de convenios aplicables o de trabajadores cubiertos por convenio.

En las *Tablas estadísticas* se ofrece información más detallada para los convenios que tienen efectos económicos en 2015. Hay que tener en cuenta que, aunque la información se publica mensualmente, el dato que se proporciona es el acumulado correspondiente a los meses transcurridos de cada año natural. Los datos de los primeros meses del año reflejan, por tanto, información poco significativa respecto al año de referencia.

La información que se proporciona a lo largo de todo el año es, por tanto, provisional, dado que se negocian y registran algunos convenios en fechas muy posteriores a la de finalización del año de referencia. La consolidación definitiva de los datos se realizará en junio del año 2017, periodo necesario dado el desfase con que se firman algunos convenios respecto a la fecha de inicio de sus efectos económicos y el tiempo que transcurre entre la firma y la recepción y proceso de la información.

3.- Inaplicaciones de convenios colectivos.

Se incluyen datos de inaplicaciones de convenios (artículo 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) en función del año en que fueron depositados¹⁶³. Se ofrecen datos del número de inaplicaciones, número de empresas que han presentado una o más inaplicaciones y número de trabajadores afectados, desagregado por

¹⁶² Los formularios que recogen esta información son los que aparecen en los anexos 2.I, 2.II y 2.IV del Real Decreto 713/2010 (Hoja Estadística de Convenios Colectivos de Empresa, de Sector, Revisión salarial anual de los convenios plurianuales o de las prórrogas para los sucesivos años de vigencia). A partir de diciembre de 2013 se ha empezado a incluir en la Estadística información relativa a modificaciones realizadas sobre la vigencia del convenio y/o la variación salarial pactada comunicadas mediante el trámite de *Modificación* que hay en REGCON.

¹⁶³ Tal y como regula la disposición adicional cuarta del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo incluida en el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

sector de actividad, tamaño de la empresa y mes de depósito. Además, se incluye información relativa a las condiciones de trabajo inaplicadas, el procedimiento seguido para realizar la inaplicación y el ámbito funcional del convenio inaplicado.

Los datos se refieren a los acuerdos de inaplicación de convenios alcanzados por las empresas y los trabajadores, así como, en su caso, a las inaplicaciones derivadas de decisiones arbitrales.

Respecto a las variables de desagregación utilizadas en la publicación, en el ámbito funcional se diferencia entre "convenios de empresa" y "convenios de ámbito superior a la empresa". Los primeros engloban tanto a los convenios que afectan a toda la plantilla de una empresa como a parte de la misma y los segundos se refieren a los convenios de sector y a los de grupos de empresa. En la estadística se identifica cada "convenio de empresa" con una empresa; sin embargo, aunque poco numerosas, algunas empresas tienen más de un convenio, por lo que el número de éstas puede estar sobrevalorado.

Respecto a las desagregaciones por actividad económica, los datos se ofrecen por sectores y secciones de actividad, siguiendo la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-09), de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la CNAE-2009.

La variación salarial y la jornada medias pactadas se calculan como medias ponderadas por el número de trabajadores en cada convenio.

Los datos proporcionados en esta publicación se complementan, para periodos anteriores, con la difusión de las principales series en la página Web del Ministerio en el apartado de Estadísticas: www.empleo.gob.es/es/estadisticas/index.htm.

Se puede solicitar información adicional sobre la estadística en la dirección: estadistica@meyss.es.