

Salarios y crisis económica: la técnica del “descuelgue” y sus problemas de aplicación.

María Antonia Castro Argüelles
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Las reformas laborales llevadas a cabo entre 2010 y 2012 introdujeron destacadas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores dirigidas a favorecer la efectividad de la posibilidad de inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo¹. Una medida que permite a las empresas, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, dejar de aplicar el convenio colectivo, cualquiera que sea su ámbito, en determinadas materias y sustituirlo por un acuerdo de empresa². Se trata de una excepción a la eficacia general de los convenios con la que se han querido reforzar los mecanismos de flexibilidad interna en la empresa³.

Hasta mediados de julio pasado se habían depositado en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social cuatro mil ciento veintiocho acuerdos de inaplicación de los que ciento veintinueve se habían suscrito en el Principado de Asturias. Se habían contabilizado asimismo cerca de cincuenta decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, así como diez más dictadas por los órganos equivalentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Estos datos son indicativos de la aplicación que de la medida se está haciendo por las empresas. Una aplicación que no ha estado exenta de algunas dificultades. A ellas haremos referencia en esta disertación cuyo objeto es identificar los problemas que la puesta en práctica del descuelgue ha planteado y analizar las respuestas que a los mismos han dado los Tribunales y esos otros sujetos con competencias para intervenir en caso de discrepancias en los procesos de negociación del descuelgue (CCNCC y órganos equivalentes en el ámbito autonómico).

2. El legislador ha querido que sea el acuerdo de empresa el que decida la inaplicación del convenio. Ese acuerdo ha de ir precedido de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores legitimados para negociar en la empresa⁴.

Además, por aplicación de las reglas generales sobre competencias de los representantes de los trabajadores (art. 64.1 ET), quienes asumen la representación de los trabajadores en el periodo de consultas tienen derecho a obtener la información necesaria para poder participar en el proceso con conocimiento de causa. Pero cuál sea el objeto de esa

¹ Un primer balance de los cambios introducidos por estas reformas en M.A.Castro Argüelles, “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, A. Montoya Melgar y J. García Murcia (dirs) *Comentarios a la reforma laboral de 2012*. Civitas, Thomson Reuters, 2012.

² Un estudio con más detalle de esta medida en M. A. Castro Argüelles, *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, Civitas, 2013.

³ M.E. Casas Baamonde, “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?”, *RL*, nº 4, 1997, pp. 3. y 32.

⁴ Sobre el tema, L. Mella Méndez, “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés”, *TL*, nº 9, 2011, p. 42. También, M. Llano Sánchez, “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”, *AL*, nº 22, 2010, p. 2640 y J.R.Mercader Uguina, “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010”, en I. García-Perrote Escartín, J.R. Mercader Uguina (dirs.) *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010, p. 199.

información es una cuestión que ha planteado algún litigio. Según la Audiencia Nacional se entiende como información pertinente “la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil” (SAN 128/2013, de 19 de junio); lo que requerirá, a su vez, que se haya facilitado con el tiempo suficiente. Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 142/2012, de 21 de noviembre). Por ello, esto es, porque el contenido de la información ha de estar determinado por la finalidad del periodo de consultas, también se ha dicho que los trabajadores no pueden imponer la aportación de cualquier documentación, “salvo que acrediten su relevancia para la negociación” que se ha de llevar a cabo en ese periodo de consultas (SAN 59/2013, de 1 de abril).

Es claro, también por aplicación de la normativa general, que ese periodo de consulta ha de consistir en el intercambio de opiniones y apertura de un diálogo entre las partes sobre las causas invocadas por la empresa, las materias propuestas por el empresario para el descuelgue y los efectos que la decisión pueda tener sobre los trabajadores (art. 64.1 ET en relación con el art. 41.4 ET). Como ha precisado la SAN 128/2013, de 19 de junio, ese “período de consultas (previo al descuelgue) se constituye, de este modo, en una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir sus efectos y de atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados. Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe”. Y para que pueda apreciarse buena fe en la negociación los Tribunales vienen manteniendo que habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas (STS 30 de junio de 2011, RJ 6672). Se entenderá que ha habido buena fe cuando se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21 de noviembre de 2012, proced. 167/2012), no así cuando la empresa se limita exponer su posición inamovible (STS 20 de marzo de 2013, RJ 2883).

3. El descuelgue es posible respecto de una serie de materias que enumera el art. 82.3 ET, que afectan a determinadas condiciones de trabajo: jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, mejoras voluntarias de la Seguridad Social⁵. Estas condiciones de trabajo son probablemente las que más afectan a la competitividad de la empresa y sobre las que más puede influir la situación económica⁶. Se trata de un listado cerrado, que convierte la inaplicación del convenio, cualquiera que sea su ámbito, en una opción limitada.

Esta selección de materias, que hace el precepto legal, ha suscitado en la práctica alguna cuestión litigiosa. En concreto, se ha discutido si se deben entender incluidas en ese listado las vacaciones, pese a no estar expresamente contempladas en el precepto legal. Al respecto, el TS, en la STS 27 de mayo de 2013, rec. 90/2012, ha defendido que las

⁵ C. Molina Navarrete, “De las «reformas laborales» a un nuevo, e irreconocible, «Estatuto del Trabajo Subordinado». Comentario sistemático al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo”, *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, nº 348, marzo 2012, p. 135. C. Gala Durán, “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)”, *Actualidad Laboral*, nº 11, 2012, p. 1301.

⁶ En este sentido, STC 16 de julio de 2014.

vacaciones constituyen una condición de trabajo que está “implícita en los apartados (del art. 82.3 ET) relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, habida cuenta de que tanto el tratamiento legal, como el doctrinal, de las vacaciones se hace dentro del apartado del «tiempo de trabajo». Así se ha mantenido en contra del criterio de la STSJ de 31 de julio de 2012 (autos 11/12), que, estimando la demanda de conflicto colectivo planteada por CC.OO., había declarado la nulidad de los acuerdos de inaplicación que modificaban las vacaciones, precisamente porque esta materia no está en la enumeración del precepto legal⁷. Para la STS 27 de mayo de 2013, por el contrario, “carecería de sentido que la misma cuestión -vacacional- no fuese susceptible de acuerdo alguno por el hecho de estar regulada en el convenio colectivo y que sí puedan serlo otras materias de importancia cuando menos similar [jornada de trabajo, horario y retribución]”.

También ha sido motivo de discrepancia si es posible incluir en la propuesta empresarial de descuelgue la modificación de los pluses de vestuario y transporte. Hasta el momento esta posibilidad ha sido rechazada por las resoluciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y por varios Laudos arbitrales, que se han pronunciado al respecto, al entender que ninguno de estos conceptos económicos encaja en la materia “sistema de remuneración y cuantía salarial”, que incluye el art. 82.3 ET. En definitiva, por “cuantía salarial”, conforme al art. 26.3 ET, se deben incluir el salario base y los complementos salariales; en ningún caso las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por gastos, que el art. 26. 2 ET excluye expresamente de la consideración de salario, entre las que se encuentran los pluses de transporte y vestuario. Según esta interpretación el mecanismo jurídico de la inaplicación de condiciones laborales establecidas en convenio colectivo no procede respecto de las percepciones extrasalariales, aunque suelen regularse en convenio (entre otros, Decisión de 5 de abril de 2013, Expdte. 4/2013 y Laudo de 31 de julio de 2013, Expdte. 16/2013).

4. Esta limitación material con que opera el descuelgue se ha extendido, con la reforma de 2012, a la inaplicación de los convenios de empresa. A diferencia de lo que venía sucediendo desde la reforma de 2010, que no sometía la modificación de las condiciones pactadas en convenio de empresa a ningún límite material⁸. De todas formas, este cambio normativo no parece haber supuesto ningún problema en la práctica, aunque sólo sea porque según los datos obtenidos del registro de convenios y acuerdos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, la mayoría de los acuerdos de inaplicación suscritos han afectado a convenios de sector (el 98 % de los suscritos en el Principado de Asturias) y a la materia salarial (el 80 % de los alcanzados en el Principado de Asturias). Por tanto han sido básicamente descuelgues salariales. El resto han incluido modificaciones de la cuantía salarial combinada con otras materias (principalmente sistema de remuneración, jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo) Sólo en alguna ocasión aislada se ha incluido, como única materia afectada por

⁷ Se apoyaba la STSJ en que similar pacto -referido a año 2009- ya había sido rechazado por la STS 10 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4756)

⁸ C. San Martín Mazzuconi, “La modificación de condiciones de trabajo tras la el RD-Ley 10/2010”, en A.V. Sempere Navarro (dir), R. Martín Jiménez (coord.), *La reforma Laboral de 2010. Comentarios al RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, p. 302. A.V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez, *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 135.

la inaplicación, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, o el horario y la distribución del tiempo de trabajo.

Por otro lado, a la hora de valorar la repercusión que pueda tener para las empresas esta restricción a la posibilidad de inaplicación del convenio negociado en este ámbito, debe tenerse en cuenta que la reforma de 2012 también ha puesto a su disposición otras vías para modificar las condiciones negociadas en su convenio, como es la revisión del mismo, en cualquier momento durante su vigencia, por los sujetos que lo han negociado (art. 86.1 ET) que, a diferencia de la técnica del descuelgue, no requiere una motivación concreta⁹.

5. Además, que el art. 82.3 ET establezca un listado cerrado de materias no impide que esta previsión pueda entenderse salvo disposición expresa del propio convenio en contrario, admitiendo que otras materias puedan ser igualmente objeto de “descuelgue”. Tampoco parece incompatible con la opción de que los acuerdos interprofesionales o sectoriales incluyan precisiones al respecto, con base en el art. 83 ET, que amplíen el juego de los acuerdos de inaplicación, aunque en tales casos probablemente haya que pensar que no debe seguirse el procedimiento previsto en el art. 82.3 ET, salvo remisión expresa del convenio¹⁰. Estas reflexiones ponen sobre la mesa el papel que pueden seguir teniendo los convenios colectivos en la materia, pese a que en un primer momento, se dijo que, habían quedado deshabilitados para regular el descuelgue¹¹.

Otro tema es hasta donde pueda llegar la negociación colectiva al respecto. En relación con esta cuestión, algún problema se ha planteado en la práctica en un supuesto en el que, abierto el proceso descuelgue y mientras se desarrollaba el periodo de consultas, se alcanzaban a nivel sectorial acuerdos (de revisión del convenio) en los que se instaba a las partes a retirar los expedientes de descuelgue abiertos; a paralizar los procesos que se fueran a iniciar; y a retirar los acuerdos de inaplicación firmados, volviendo al convenio de sector que se revisaba (y ello aunque la revisión del convenio no coincidiera plenamente con la propuesta empresarial). ¿Qué efectos deben tener estos acuerdos sobre el proceso de descuelgue puesto en marcha en la empresa?

En el caso analizado (Expdte CCNCC 5/2014) las posturas de las partes no coincidían. Mientras la parte empresarial siguió manteniendo la necesidad de alcanzar el acuerdo de descuelgue, ajustando la propuesta inicial a la nueva regulación resultante de la revisión del convenio; para la representación de los trabajadores procedía poner fin al proceso iniciado pues al haberse revisado el convenio ya no concurría el presupuesto de hecho. Invocaba esta última, como argumento a favor de la eficacia de los mencionados

⁹ Sobre el particular, T. Sala Franco, “La reforma de la negociación colectiva”, en VV.AA. *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch 2012, p. 45

¹⁰ M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010”, *RL*, nº 15-16, 2010, p. 9..

¹¹ Así, J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *RL*, 21-22, 2010, p.109, considera que el procedimiento de descuelgue previsto en el art. 82.3 ET se concibe como una fórmula imperativa sin que a su juicio se contemple la posibilidad de otras alternativas vía negociación colectiva. En esta línea se enmarcaban también las críticas formuladas por los sindicatos. Por ejemplo en CC.OO y UGT, “Valoración del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *La Ley*, nº 7441, año XXXI, p. 9. Sobre el tema, A. Baylos Grau, “Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010”, *La Ley*, Año XXXI, nº 7488, p. 27.

acuerdos sectoriales, que habían sido suscritos por la misma asociación empresarial a la que estaba afiliada la empresa en cuestión.

Y así había sido efectivamente, lo que pone en evidencia que dejar en manos de la empresa esta posibilidad de adaptar a sus circunstancias las condiciones que se negocian sectorialmente tampoco parece convencer plenamente a todas las asociaciones empresariales, aunque estas últimas no lo digan abiertamente¹². En definitiva se trata de una medida que proporciona a las empresas facilidades para reducir costes lo que, a juicio de algunos empresarios, puede redundar en prácticas desleales¹³.

Con todo, sea cual sea la razón que mueve la adopción de estos acuerdos por las organizaciones profesionales a nivel supraempresarial, no parece posible que puedan traer como consecuencia el cierre inmediato de las mesas abiertas para negociar en el ámbito de la empresa acuerdos de inaplicación, si ambas partes no se avienen a ello; como tampoco lo es que un convenio sectorial impida o limite la apertura de procesos de descuelgue¹⁴. Entender lo contrario entraría en clara colisión con la apuesta que las reformas laborales de 2011 y 2012 han hecho por la negociación en el ámbito de la empresa¹⁵, de la que son claros ejemplos tanto esta nueva regulación de la vía de inaplicación del convenio, recogida en el art. 82.3 ET, como la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, prevista en el art. 84.2 ET¹⁶. Por ello, y aunque es lógico pensar que sigue habiendo, como decíamos, un margen para la negociación colectiva en materia de inaplicación del convenio colectivo, es claro que ésta no puede dejar sin efecto la vía regulada en el art. 82.3 ET. Cuestión distinta es que el acuerdo de revisión del convenio de sector, sometido a un proceso de inaplicación, hubiera dejado sin contenido la negociación que se estuviera llevando a cabo, al modificar el convenio en los términos propuestos por la empresa.

Más complicado resulta determinar la incidencia que puede tener, sobre el acuerdo de descuelgue alcanzado en la empresa, la revisión del convenio por la vía del art. 86.1 ET, si inciden sobre las mismas materias. Cabe desde luego pensar que esa revisión del convenio pueda poner fin a la vigencia del acuerdo de inaplicación o descuelgue, cuya duración, según la ley, no puede prolongarse más allá del momento en que resulte

¹² Las mismas razones que se invocaron en su día para justificar el poco uso que se hizo del descuelgue cuando, tras la reforma de 1994, quedó en manos de la negociación colectiva sectorial. W. Sanguinetti Raymond, *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 138. También, E. Garrido Pérez, “Las cláusulas de descuelgue en la nueva ordenación estatutaria”, *Relaciones Laborales*, T. I/1995, pp. 363 y ss. C. Agut García, *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21-57. A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, “Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva de empresa en España”, *Relaciones Laborales*, II/1986, p. 258.

¹³ Así lo ha advertido F. Navarro Nieto, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” en XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social celebrado en San Sebastián el 17 y 18 de mayo de 2012, p. 33.

¹⁴ En este sentido, F. Navarro Nieto, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, Ponencia XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián 17 y 18 mayo 2012, p. 40, sostiene que el actual art. 82.3 ET mantiene la regla del acuerdo de empresa como fuente normativa autónoma, sin que el convenio supraempresarial pueda interferir en el procedimiento de negociación de empresa.

¹⁵ No en vano la intención inicial de la reforma parecía ser la de excluir al convenio colectivo supraempresarial de participar en la decisión sobre la inaplicación de su régimen salarial, según S. Rodríguez Escanciano, “El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna”, *Justicia Laboral*, nº 49, 2012, p. 107

¹⁶ En particular sobre el alcance de la reforma de 2011, F. Pérez de los Cobos Orihuel, J. Thibault Aranda, “La reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2010, p. 117

aplicable un nuevo convenio en dicha empresa (art. 82.3 ET). Pero también se puede defender que, al no tratarse propiamente un nuevo convenio colectivo y afectar a materias que ya no son de aplicación en la empresa, no debería alcanzar al acuerdo de descuelgue.

En cualquier caso, el planteamiento mismo de la cuestión pone en evidencia un tema que, a mi juicio, no ha quedado bien resuelto en las sucesivas reformas laborales, y que tiene que ver con cómo deba articularse la inaplicación del convenio con otras opciones de negociación que se abren tras las reformas de 2011 y 2012, con esa misma finalidad de flexibilizar las condiciones de trabajo en la empresa¹⁷.

Por ejemplo, una duda similar puede plantearse si en el ámbito autonómico, valiéndose de la prioridad aplicativa que consagra el art. 84.3 ET, se negocia un convenio que desplace, dentro de los límites materiales que contempla la norma, a aquel respecto del que se ha producido el descuelgue. ¿Hemos de entender que hay un nuevo convenio vigente que deja sin efecto el acuerdo de inaplicación? o ¿hemos de concluir que, al incidir sobre un convenio que no es aplicable, no debe afectar a dicho acuerdo?

6. Desde otra perspectiva, algún autor ha denunciado el riesgo que, a su juicio, supondría que modificadas las condiciones del convenio por acuerdo de inaplicación éste pueda, a su vez, verse afectado por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET. Esta opción sería posible, según se dice, al tratarse de un instrumento colectivo que no es propiamente un convenio colectivo. La objeción doctrinal se explicaría porque, de ser efectivamente así, esta vía permitiría al empresario llevar a cabo esta nueva modificación de condiciones de trabajo sin necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores¹⁸. Bastaría un periodo previo de consultas, que ni siquiera sería necesario si en atención al número de trabajadores afectados la medida no tiene un alcance colectivo.

Sin embargo, olvidan quienes mantienen esta interpretación que el acuerdo de descuelgue es, desde la reforma de 2012, una negociación colectiva del Título III ET. Y, según el propio art. 41.6 ET, la modificación de condiciones establecidas en ese tipo negociación deberá realizarse conforme a lo establecido para el descuelgue en el art. 82.3 ET, quedando por ello excluida la vía del art. 41 ET.

7. La reforma de 2012 optó por reformular las causas que puede invocar la empresa para justificar el descuelgue o inaplicación del convenio colectivo y reconducirlas, con algún matiz¹⁹, a las del despido colectivo del art. 51. ET –que a su vez también sufren

¹⁷ M.L. Molero Marañón, “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *RL*, nº 24-24, 2011, p. 159 y ss

¹⁸ En este sentido, A. Ojeda Avilés, “Paisaje después de la tormenta. Agujeros y barrenado de convenios en la legislación de la crisis”, Conferencia de Clausura del XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Pamplona el 29 y 30 de mayo de 2014. Sobre el tema, R. Roqueta Buj, “La flexibilidad interna”, *VV.AA., La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, 2012, p. 124.

¹⁹ Con una única diferencia respecto del periodo de tiempo exigido para entender que hay persistencia en el nivel de ingresos ordinarios o ventas, como causa económica, que se cifra en dos trimestres consecutivos, si de lo que se trata es de justificar la inaplicación del convenio vigente, y tres trimestres consecutivos, si se opta por el despido.

una remodelación²⁰. Esta aproximación en lo que se refiere a las causas ha permitido plantear el descuelgue o la inaplicación del convenio como una medida complementaria al despido (y no como una medida alternativa). Y así ha sido en la práctica en más del 40 % de los descuelgues que se habían acordado en nuestra Comunidad Autónoma antes del verano.

Uno de los aspectos relacionados con la formulación de las causas que más polémica ha generado ha sido la omisión, que la redacción del precepto hace, de cuándo se ha de entender justificada la medida, pues ha desaparecido de la motivación que exige el art. 82.3 ET cualquier referencia al respecto²¹. Ya no parece necesario entrar a valorar (como se venía haciendo hasta 2012) si con la inaplicación del régimen previsto en el convenio vigente se mejora la situación y perspectivas de la empresa, o se consigue una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado. Menos aún, cabe ya entender, que la empresa que adopte este tipo de medidas asuma compromisos de mantenimiento del empleo.

Este cambio llevó a los más críticos con la reforma a denunciar que, en virtud de este cambio, ya no podía entrarse en el juicio de razonabilidad o proporcionalidad de la medida. Sin embargo, el que el legislador haya omitido estas previsiones no significa que el empresario no deba hacer un esfuerzo de justificación de la conexión que existe entre la causa o causas alegadas y la medida propuesta²². A esta conclusión nos llevaba que el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores deba versar, entre otras cuestiones, sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

En esta misma línea se ha pronunciado la Audiencia Nacional para la que, en todo caso, deberá valorarse la adecuación de la propuesta en relación con las causas alegadas y sus efectos sobre los trabajadores, esto es, “las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida” (SAN 128/2013, de 19 de junio)²³.

8. Tan polémico como la formulación de las causas ha sido que el art. 82.3 ET haya establecido que éstas se presume que existen si hay acuerdo, limitando las posibilidades

²⁰ F. Navarro Nieto, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Ponencia XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17 y 18 de mayo, 2012, p. 35

²¹ Sobre el alcance impreciso de esa formulación, J.R.Mercader Uguina, “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010”, en I. García-Perrote Escartín, J.R. Mercader Uguina (dirs.) *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010, p. 195.

²² Según R. Escudero Rodríguez, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, ediciones Cinca, 2012, p. 38, debe prevalecer una posición respetuosa con el arbitrio judicial y tomar en consideración elementos que sirvan para ponderar sin concurren o no las causas alegadas por el empresario y si ellas alcanzan o no a justificar las medidas acordadas por éste.

²³ Previamente la SAN 142/2012, de 21 de noviembre, no dudó en mantener que esta “modificación legal no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir...”. En el mismo sentido, SAN 166/2012, de 18 de diciembre.

de impugnación a los supuestos de fraude de ley o vicios del consentimiento²⁴. Con todo, el tiempo ha demostrado que ha sido posible impugnar acuerdos de inaplicación por otros motivos, que no tienen que ver con las causas, por ejemplo, porque se entienda que las materias incluidas en la propuesta empresarial no son susceptibles de descuelgue²⁵ o porque la mayoría de los miembros de la comisión, que suscribieron el acuerdo de descuelgue, no representaban a la mayoría de la representación unitaria²⁶. En definitiva, esa referencia al fraude de ley permite la impugnación del descuelgue que se haya llevado a cabo eludiendo las normas establecidas en el art. 82.3 ET (y 41.4 ET).

Por otro lado, la existencia del acuerdo y la presunción de concurrencia de las causas, que conlleva, tampoco impiden la impugnación por parte del trabajador de las decisiones empresariales adoptadas con base en el acuerdo. Así lo ha previsto expresamente el art. 138 LRJS respecto de las decisiones de modificación sustancial de condiciones de trabajo, cualquiera que haya sido la vía seguida²⁷, al establecer que en caso de que la decisión haya contado con la conformidad de los representantes estos deberán ser igualmente demandados

9. La mayoría de los procesos de inaplicación que han tenido lugar hasta el momento se han decidido por acuerdo entre las partes. Pero algunos lo han sido por acuerdo de la comisión paritaria del convenio afectado. Una opción prevista legalmente para el caso de bloqueo de las negociaciones durante el periodo de consultas. En efecto, según el art. 82.3 ET, 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.

Varias son las cuestiones que suscita la regulación legal en este punto, empezando por cuál es el cometido exacto de la comisión, si pronunciarse sobre la discrepancia, para que las partes puedan continuar con el proceso, o alcanzar un acuerdo que sustituya la decisión de las partes²⁸. Por el contrario, no parece problemático, al menos sobre el papel, determinar quiénes son los sujetos llamados a plantear esa intervención de la comisión paritaria del convenio. El precepto legal señala al efecto a cualquiera de las partes, al tiempo que aclara quienes puede serlo.

Sin embargo, esta particular cuestión sí ha planteado alguna discrepancia en un supuesto en el que, finalizado sin acuerdo el periodo de consultas que se había llevado a cabo con las secciones sindicales, uno de los sindicatos decidió solicitar, a través de su secretario sectorial, la intervención de la comisión paritaria del convenio. El problema se suscitó porque la comisión acordó, por unanimidad, la improcedencia del descuelgue propuesto,

²⁴ Sobre el particular J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *RL*, 21-22, 2010, p. 93. C.L. Alfonso Mellado, “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, tirant lo blanch, 2010, p.123 para quien lo que parece deducirse de la previsión legal es que esas decisiones basadas en el acuerdo no pueden impugnarse por falta de causalidad.

²⁵ STS 27 de mayo de 2013, rec 90/2012.

²⁶ En este sentido STS 14 de mayo de 2014, RJ 3863, que aceptando el criterio de la sentencia recurrida sobre definición de representatividad, ha mantenido que cuando la representación de los trabajadores es asumida por la representación sindical se pide que representen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal.

²⁷ Aunque no se haya seguido por tanto la vía del art. 41 ET.

²⁸ En este sentido parece manifestarse J. Cruz Villalón, “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 239.

por falta de causas económicas, a la vista de que la empresa se había negado a facilitarle los datos económicos, que le había requerido, alegando que se habían aportado ya en el proceso de negociación.

La empresa rechazó que esta intervención de la comisión paritaria tuviera los efectos (de poner fin al proceso) previstos en el art. 82.3 ET. Sostenía que el sindicato directamente no estaba legitimado para plantear ante la comisión la discrepancia surgida en el periodo previo de consultas, al no ser parte en el proceso. Por esa razón decidió, siguiendo las posibilidades que marca el art. 82.3 ET para el caso de bloqueo de las negociaciones, instar la mediación, prevista en IV Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales al que se había adherido el convenio, y, fracasada ésta, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional del Convenios.

Para el sindicato que había solicitado la intervención de la comisión paritaria del convenio, en cambio, era irrelevante que la petición de intervención hubiera sido formulada por la organización sindical, que por las secciones sindicales que participaron en el periodo de consulta previo, al ser mayoritaria en la composición de la comisión negociadora por la representación de los trabajadores.

No es la primera vez que se defiende que las secciones sindicales son meros órganos del sindicato. Así lo ha hecho el TS para justificar la intervención directa del sindicato en la negociación colectiva en la empresa²⁹. No obstante, hay razones para rechazar la aplicación de esta interpretación en los procesos de descuelgue, que tienen que ver con el alcance de la intervención que se atribuye legalmente a estas secciones sindicales, y especialmente con el hecho de que, como dice expresamente el art. 41.4 ET, *han de representar a todos los trabajadores de los centros afectados*, estén o no afiliados al sindicato. Esta precisión, que no se encuentra en el art. 87.1 ET cuando atribuye a las secciones sindicales legitimación para negociar en la empresa, introduce, sin lugar a dudas, una importante diferencia entre la actuación que estas llevan a cabo en estos periodos de consulta y las funciones representativas que habitualmente pueden desplegar en la empresa, dirigidas sólo a los afiliados al sindicato³⁰.

10. Como se ha dicho ya, la reforma laboral de 2012 ha previsto la intervención de la CCNCC³¹ o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas³², una vez

²⁹ Entre otras, en la STS 28 de febrero de 2000, RJ 2246.

³⁰ En definitiva, se trataría de una intervención más próxima a la idea de participación de los trabajadores en la empresa que responde a una finalidad diferente de la que se atribuye a la representación de intereses propia de la negociación colectiva o de la acción sindical. La participación en la toma de decisiones o en la gestión de la empresa presupondría una comunidad de intereses entre las partes, mientras que la negociación colectiva o la intervención del sindicato partirían de la contraposición de intereses entre empresario y trabajadores, según J. Rivero Lamas “Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, *REDT*, nº 84, 1997, 494. Sobre el tema, M.A. Castro Argüelles, “Participación de los trabajadores en la empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014, pp.319-355

³¹ Así será cuando el conflicto tenga un ámbito superior al de Comunidad Autónoma.

³² No obstante mediante convenios de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las Comunidades Autónomas, se podrá establecer la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el ámbito de aquellas Comunidades Autónomas en las que aún no se hubieran constituido los órganos tripartitos equivalentes a la Comisión y mientras estos órganos tripartitos no se constituyan. Finalmente, si en un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, las Comunidades Autónomas no hubieran constituido y puesto

agotados sin éxito el período de consultas, la intervención de la comisión paritaria y, en su caso, los procedimientos extrajudiciales que sean de aplicación. La CCNCC podrá resolver la cuestión en su seno o designar un árbitro que imponga la solución a las partes. En cualquier caso, la decisión que se adopte de esta forma tendrá los mismos efectos que el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas.

Como ha precisado la Audiencia Nacional, la finalidad de esta actuación de la CCNCC no es pronunciarse sobre propuestas empresariales sino sobre discrepancias surgidas en el periodo de consulta; también sobre las irregularidades que hayan tenido lugar durante ese periodo, como puedan ser la insuficiencia de información facilitada a los trabajadores, la falta de buena fe o “la elusión de las normas, previstas en el art. 41.4 ET, al que remite el art. 82.3 ET”, por cuanto dicha incumplimiento “comportará la nulidad de la medidas, a tenor de lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS” (SAN 128/2013, de 19 de junio).

Esas discrepancias habrán debido producirse efectivamente durante el período de consultas. Por ello la solicitud que en su caso formule la empresa ante la CCNCC no puede modificar radicalmente los ofrecimientos hasta entonces mantenidos. En definitiva, no cabe utilizar a la CCNCC para que se pronuncie sobre una propuesta empresarial nueva que no se hubiera planteado durante ese periodo. Este razonamiento ha sido el utilizado por la SAN 128/2013 para declarar la nulidad de una resolución de la CCNCC, que autorizaba la inaplicación de determinadas condiciones del convenio colectivo, al haberse acreditado que la empresa en ningún momento las había planteado en el período de consultas. Esta actuación, según la AN, comporta una quiebra de la buena fe durante la negociación y constituye un fraude de ley por cuanto supone sustraer a la negociación del periodo de consulta cuestiones que, a lo mejor, hubieran permitido alcanzar el acuerdo.

¿Qué ocurre si pese al esfuerzo de la CCNCC no se consigue llegar a un consenso o no se alcanza mayoría suficiente para resolver?³³ Se pregunta la SAN 28 de enero de 2013. Pues sencillamente que, por más que otro haya sido el empeño del legislador, el proceso de negociación previsto en el art. 82.3 ET no habrá llegado a buen fin y por lo tanto el convenio colectivo seguirá siendo aplicable en todos sus términos, lo que probablemente obligará al empresario, de existir causa, a la adopción de otras medidas. Tampoco parece posible, salvo que concurran nuevas circunstancias, que se pueda

en funcionamiento un órgano tripartito equivalente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o suscrito el convenio de colaboración aludido en el párrafo anterior, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos podrá, subsidiariamente y en tanto en cuanto no se constituyan dichos órganos tripartitos equivalentes, en su caso, conocer de las solicitudes presentadas por las empresas y los representantes legales de los trabajadores para dar solución a las discrepancias surgidas por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo, presentes en el convenio colectivo de aplicación, cuando dicha inaplicación afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de una Comunidad Autónoma (disposición adicional sexta RD-Ley 5/2013

³³ Téngase en cuenta que el artículo 8.3 en relación con el 16 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, requiere que los acuerdos, en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable a que se refiere el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, se adopten por mayoría absoluta de los miembros del Pleno. Con todo, hasta el momento sólo en uno de los supuestos en los que ha intervenido la CCNCC (Expdte 3/2013) se declaró que, dado que ninguna de las propuestas debatidas había tenido el consenso necesario, no podía pronunciarse sobre la inaplicación de las condiciones previstas en el convenio colectivo (salariales y de mejora de la acción protectora de la Seguridad Social) que había dado lugar a la controversia.

iniciar un nuevo proceso inaplicación, menos aún si su finalidad es llegar otra vez ante la CCNCC. Por ello, de plantearse por la empresa, los trabajadores no estarán obligados a negociar³⁴.

Según la Audiencia Nacional (Sentencia 15/2013, de 28 enero, rec 316/2012) la intervención de la CCNCC se justifica por la necesidad de resolver eficazmente la gestión del desacuerdo en las medidas de flexibilidad interna, con la finalidad de evitar la activación de medidas extintivas. En definitiva, la norma estaría tratando de conciliar la negociación colectiva con un interés general -que parece relacionarse directamente con el mantenimiento del empleo y la viabilidad y competitividad de la empresa-. Y lo haría a través de un organismo en el que intervienen las asociaciones empresariales y los sindicatos.

Con todo, este nuevo papel de CCNCC decidiendo en último término, directamente o a través de un árbitro, la inaplicación del convenio colectivo, ha sido uno de los aspectos de la nueva regulación del descuelgue que más críticas ha merecido por parte de la doctrina³⁵ y ha constituido uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra la Ley 3/2012, de 6 de julio. A diferencia de otros procedimientos previstos en la ley, en los que el arbitraje se activa a iniciativa conjunta de ambas partes³⁶, en este caso, la intervención de la CCNCC se pone en marcha a iniciativa de cualquiera de ellas, aunque la otra se oponga, lo que se consideró vulneraba el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE), así como el ejercicio de la actividad sindical (art. 28.1 CE).

No cabe duda que esta actuación de la CCNCC puede suponer efectivamente una restricción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, si su decisión es finalmente favorable a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio³⁷. Pero como ha defendido la STC 119/2014, de 16 de julio, al desestimar el recurso planteado por el Parlamento de Navarra, se trata “una medida excepcional, que resulta justificada, razonable y proporcionada, en atención a la legítima finalidad constitucional perseguida con la misma y a las limitaciones impuestas por el legislador para su puesta en práctica”. Es además una medida sometida a un control judicial pleno.

³⁴ Así lo ha mantenido la SAN 219/2013, de 9 de diciembre, para la que la representación de los trabajadores no está obligada a negociar cuando la empresa se limita a repetir el anterior periodo de consultas con el fin de tener de nuevo acceso a la CCNCC.

³⁵ “Un duro golpe para el derecho a la negociación colectiva” según C. Molina Navarrete, “Reforma de 2010 del mercado de trabajo: una nueva “milonga” del “capitalismo de casino””, RTSS.CEF, nº328, 2010, p. 38, que lo calificó como una interferencia importante en el derecho a la negociación colectiva. Sobre la posible inconstitucionalidad de esta vía, J. Cruz Villalón, “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012” *Revista de Derecho Social*, nº57, 2012, p. 243.

³⁶ En definitiva, el principio dispositivo, que parece traer su fundamento de la propiedad privada (art.33.1 CE), de la libertad de empresa (art. 38 CE) y del derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE) justificará que las partes privadas puedan comprometerse libremente a acudir a sistemas de conciliación, mediación o arbitraje como requisito previo al ejercicio de su derecho de libre acceso a los tribunales. En este sentido, F. Ramos Méndez, “La influencia de la Constitución en el Derecho procesal civil” en *Justicia*, I/1983, p. 23.

³⁷ Lo que, por otro lado, no ha sucedido en todos los supuestos. En el 46% de las intervenciones registradas se desestimó la propuesta empresarial por razones varias (falta de causas, incumplimiento de las normas legales) o inadmitió también por distintos motivos (por haber excedido los plazos legales, porque el convenio no se había publicado y en buena parte de los supuestos por falta de competencia de la CCNCC)

Todo ello conduce a descartar la alegada vulneración del art. 37.1 CE, y, por derivación, del art. 28.1 CE, así como del art. 24 CE, que había sido igualmente denunciada en el recurso³⁸.

Según el TC la medida persigue posibilitar “la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurran en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de esas condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo”³⁹. Se trata, por tanto, de “facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo”, lo que a su juicio constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE).

Insiste la STC 119/2014 en que la actuación de la CCNCC, además de justificada, es razonable y proporcionada en atención a su excepcionalidad; pues excepcional es la actuación de la CCNCC, que sólo procede cuando las partes han agotado todas las vías de negociación posible -como se ha puesto en evidencia en la práctica, basta comparar los datos sobre acuerdos suscritos y resoluciones de la CCNCC, mencionadas al principio de esta disertación). Y excepcional es también el propio descuelgue, que constituye el objeto de la intervención decisoria o arbitral controvertida, al requerir la concurrencia de unas causas precisadas legalmente y tener un alcance limitado, pues ni se aplica a todas las empresas del sector ni a todas las materias reguladas en convenio.

El TC ha querido también resaltar en su argumentación la naturaleza CCNCC -órgano de composición tripartita- “su independencia y autonomía funcional plena”, pese a estar adscrita al Ministerio de Empleo, y el papel que juegan en la misma los representantes de la Administración, cuyo voto, por más que pueda resultar determinante en los supuestos en que las posiciones de las representaciones profesionales estén enfrentadas, no tendrá alcance decisorio por sí solo.

Esta Sentencia ha tenido un voto particular que, en lo que se refiere a este punto, parece situar el centro del debate de constitucionalidad⁴⁰ en la imposición, que el legislador

³⁸ En efecto, el Parlamento de Navarra había alegado asimismo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al entender que el art. 82.3 ET impone restricciones al control judicial que puede hacerse de las decisiones que adopte la CCNCC, al establecer unos motivos tasados de impugnación entre los que no está la concurrencia del hecho causal. Sin embargo, el TC defiende en esta sentencia que el conjunto de previsiones aplicables en este punto permite concluir que el art. 82.3 ET somete expresamente la decisión arbitral de la CCNCC, o del órgano autonómico correspondiente, a un control judicial pleno, que no se limita a aspectos externos y procedimentales. Desde esta perspectiva es también un trámite previo al proceso, plenamente compatible con el art. 24.1 CE, que en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y que procura “una solución extraprocésal de la controversia”, lo cual como ya se dijera en la STC 217/1991, de 14 de noviembre, puede resultar beneficioso tanto para las partes como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto. En definitiva, como ya dijera la STC 162/1989, al buscar una solución extraprocésal se estaría beneficiando a ambas partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, y al propio desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve así aliviada su carga de trabajo.

³⁹ Como ya se dijera en ocasiones anteriores (STC 11/1981), el derecho a la negociación colectiva “puede presentar excepciones, siempre que la limitación...se encuentre justificada”. Y tal justificación “puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales”.

⁴⁰ Y ello después de negar que haya, en el presupuesto de hecho que da lugar a la intervención de la CCNCC, conflicto alguno entre el derecho a la negociación colectiva y el interés general; y de rechazar

hace a las partes, de la intervención de CCNCC para zanjar, de manera imperativa, las legítimas discrepancias que hubieran podido aparecer en el curso de la negociación dirigida al descuelgue. Esa imposición normativa, a su juicio, difícilmente puede ser compatible con la autonomía negocial consagrada en el art. 37.1 CE, sin que el carácter tripartito del órgano que adopta la decisión sea suficiente para salvar la injerencia que supone en el derecho a la negociación colectiva.

Pero este voto particular parece olvidar que la intervención de la CCNCC no viene impuesta por el legislador al margen totalmente de la voluntad de las partes. De hecho esa intervención no se producirá si ninguna de las partes lo desea. Requiere en todo caso que cualquiera de ellas lo solicite. Es cierto que hasta el momento ha sido siempre la empresa quien ha planteado esa intervención, pero ¿acaso no pueden producirse situaciones en las que sean los trabajadores quienes lo hagan? No se olvide que el legislador ha llegado a contemplar la posibilidad de expedientes de regulación de empleo a instancia de los trabajadores...para evitar males mayores.

Por otro lado, como dice el TC, la restricción en la fuerza vinculante de los convenios colectivos sólo se produce si la decisión de la CCNCC es favorable al descuelgue, lo que no sucede siempre que se solicita su intervención (no ha sido así en casi la mitad de las intervenciones que han tenido lugar hasta el momento). Tampoco zanja en todo caso las legítimas discrepancias. No lo hará si no se alcanzan las mayorías requeridas para que se pueda resolver la cuestión; o cuando se produzca un desistimiento de la parte que instó esa intervención (algo que ha sucedido en algún caso). Por último la intervención de la CCNCC, incluso la designación de un árbitro, no excluye que la cuestión se termine resolviendo por acuerdo entre las partes, lo que provocará el archivo de las actuaciones (como también ha sucedido en algunos de los supuestos), con lo que la negociación entre las partes sigue siendo posible hasta el último momento.

que la competitividad y viabilidad de la empresa, como mecanismos para favorecer el mantenimiento del empleo, puedan considerarse intereses constitucionalmente protegidos, a partir de una serie de consideraciones sobre el alcance que deba darse al contenido de lo que se ha denominado Constitución económica y en particular de la libertad de empresa que consagra el art. 38 CE.