



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## Inaplicación del Convenio Colectivo: especial atención al sistema de retribución y cuantía salarial

Presentado por:

*Nicolás Zuriaga Muñoz*

Tutelado por:

*Milagros Alonso Bravo*

*Valladolid, 4 de Julio de 2022*

# Índice.

|  |    |
|--|----|
| Índice.....  | 2  |
| Abreviaturas.....  | 4  |
| Resumen.....   | 5  |
| Abstract.....  | 5  |
| 1. Introducción.....   | 7  |
| 2. Evolución del mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones.....  | 11 |
| 2.1. El Acuerdo Marco Interconfederal y la posterior Ley 11/1994.....  | 11 |
| 2.2. Las reformas del periodo 2010-2012.....   | 14 |
| 2.2.1. La reforma operada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.....    | 14 |
| 2.2.2. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.....                                  | 17 |
| 2.2.3. El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, que introduce la figura de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos..... | 19 |
| 2.2.4. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. 22  |    |
| 2.3. La reforma laboral de diciembre de 2021.....  | 26 |
| 3. Distinción con figuras afines.....  | 30 |
| 3.1. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Art. 41.....   | 30 |
| 3.2. El novedoso Mecanismo RED del artículo 47 bis ET.....   | 33 |
| 3.3. Expediente de Regulación de Empleo Temporal y la aplicación conjunta del convenio colectivo.....  | 35 |
| 3.4. La prioridad aplicativa del convenio de empresa del artículo 84.2 ET.....   | 38 |
| 4. Procedimiento de inaplicación del convenio colectivo.....   | 43 |
| 4.1. En cuanto a las causas para iniciar el procedimiento.....   | 45 |
| 4.1.1. Causas económicas.....  | 50 |
| 4.1.2. Causas técnicas.....  | 52 |
| 4.1.3. Causas organizativas.....   | 53 |
| 4.1.4. Causas productivas.....   | 53 |
| 4.2. En cuanto a la creación de la comisión representativa y el proceso de consultas.....  | 56 |
| 4.2.1. Comisión representativa.....  | 56 |
| 4.2.2. Periodo de consultas.....   | 65 |
| 4.3. En cuanto a la forma. El acuerdo de empresa y las vías extrajudiciales de resolución.....   | 66 |

|               |  |     |
|---------------|--|-----|
| <b>4.3.1.</b> | Acuerdo de empresa. ....   | 67  |
| <b>4.3.2.</b> | Vías extrajudiciales de resolución de conflicto. ....                        | 72  |
| 5.            | Distinción del proceso según el tipo de Convenio que se desea inaplicar..... | 83  |
| 6.            | Análisis estadístico de las inaplicaciones de Convenio Colectivo.....        | 87  |
| 7.            | Conclusiones jurídicas.....  | 91  |
| 8.            | Bibliografía. ....   | 96  |
| 9.            | Jurisprudencia.....  | 99  |
| 9.1.          | Tribunal Constitucional. ....  | 99  |
| 9.2.          | Tribunal Supremo.....  | 99  |
| 9.3.          | Audiencia Nacional.....  | 99  |
| 10.           | Enlaces de interés.....  | 100 |

## **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 objeto de esta investigación será la inaplicación o descuelgue de condiciones de trabajo, este mecanismo, en resumidas cuentas, se trata de una medida de carácter extraordinario que permite al empresario, previo desarrollo de un procedimiento, aplicar unas condiciones de trabajo diferentes a las que venían previstas en el convenio colectivo.

Las diferentes reformas laborales que tuvieron lugar entre 2010 y 2012 supusieron una enorme renovación en relación con la negociación colectiva, afectando a entidades esenciales como el convenio colectivo y a la eficacia de este.

El régimen actual permite a la empresa un amplio margen de maniobra para poder actuar rápida y profundamente sobre las condiciones de los trabajadores. La reforma laboral de 2021 no ha dado lugar a grandes cambios normativos en esta materia específica, pero si han resurgido figuras que comparten finalidades de flexibilidad interna con la inaplicación del convenio, y que podrían marcar un cambio de rumbo en como el legislador aborda las situaciones de crisis empresarial.

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

## **Abstract.**

The object of this research will be the non-application of working conditions, which in short is an exceptional measure that allows the employer, after the development of a procedure, to apply different working conditions to those that were provided for in the collective bargaining agreement.

The different labor reforms that took place between 2010 and 2012 entailed a huge renovation in relation to collective bargaining, affecting essential entities such as the collective agreement and its effectiveness.

The current system allows the company a wide margin of maneuver to be able to act quickly and deeply on workers' conditions. The labor reform of 2021 has not led to major regulatory changes in this specific area, but mechanisms have re-emerged that share internal flexibility purposes with the non-application of the agreement, and that could mark a change of course in how the legislator deals with situations of business crisis.

**Keywords:** non-application of working conditions, working conditions, agreement effectiveness, collective agreement, disengagement of working conditions, labour flexibility, collective bargaining.

# 1. Introducción

La unión de los trabajadores para proteger sus intereses y llevar a cabo mejoras laborales ha sido un motor de transformación social trascendental a lo largo de la historia moderna. No se reduce a la aparición de los movimientos obreros decimonónicos que se dieron lugar en la Revolución Industrial, si no que tienen una importancia clave aún hoy en día.

La protección jurídica del trabajador es uno de los motivos principales del surgimiento de la figura del convenio colectivo estatutario, un vínculo con fuerza de ley para la empresa que permite regular condiciones de trabajo homogeneizadas para colectivos, dividiéndose en distintos niveles territoriales u organizativos. Este mecanismo surge de la confrontación de los agentes sociales causada por el desequilibrio de poderes que se producía entre el trabajador y el empresario.

El convenio colectivo estatutario se conforma como un acuerdo de voluntades libremente alcanzado, en virtud de su autonomía colectiva, por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, y siguiendo los trámites formales y de procedimiento que aparecen específicamente previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

En nuestro Ordenamiento Jurídico este acuerdo goza de una doble eficacia jurídica. Por un lado, eficacia jurídica normativa que hace referencia a la fuerza vinculante, esto es, son imperativos para las partes, y esto se concreta en el reconocimiento constitucional en el artículo 37 de la Constitución Española. Por otro lado, goza de eficacia personal general, pues el artículo 82.3 ET establece 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*”. Pero atendiendo al hilo de la investigación, es vital observar en ese mismo artículo el párrafo inmediatamente posterior, por el que se articula el

mecanismo que será tratado en las siguientes líneas, y por el que se exceptúa la eficacia *erga omnes* que afecta a las empresas del ámbito determinado.

Efectivamente el objeto de este trabajo es aportar claridad al mecanismo de inaplicación de condiciones laborales estipuladas por convenios colectivos, regulado a través del citado artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Se busca atender a la amplitud de materias que pueden ser modificadas, el procedimiento para su realización y las especialidades del mismo, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia más reciente.

Pero antes de entrar en materia, no podemos ignorar la coyuntura económica que atraviesa el país en este momento, en la que la inflación se sitúa en máximos sin precedentes en este país, las empresas se encuentran asfixiadas por el precio de las materias primas, y se está produciendo un acortamiento de la demanda en el consumo de los hogares debido a la subida de los precios. Estas circunstancias han llevado al ejecutivo a realizar una serie de medidas excepcionales, y a pesar de que, en contra de lo esperado, no se haya modificado el mecanismo objeto de esta investigación, cabe hacer referencia al mecanismo de los Expedientes de Regulación Temporales de Empleo (en adelante, ERTes) que hasta hace poco eran desconocidos por la mayoría, pero que han adquirido una importancia clave en el contexto de flexibilización laboral interna temporal. En este sentido, se ha permitido dar oxígeno al mercado laboral en tiempos de pandemia y confinamiento, donde la producción se paró en seco y los trabajadores simplemente no podían acudir al trabajo debido a las medidas del Estado de Alarma establecido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria, y que conllevaba que sólo se pudiera realizar la actividad laboral esencial fuera del hogar.

Este mecanismo de regulación temporal del empleo ha resultado ser una herramienta que, a pesar de la inmediatez con la que tuvo que ser aplicada por parte de las autoridades, ha funcionado correctamente y ha permitido que no se destruyan puestos de trabajo en el tejido productivo español. Es por este motivo



que el legislador, en la reforma laboral por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha optado por adaptar este mecanismo a la situación generalizada de las empresas en crisis, pasando de ser un instrumento excepcional para situaciones como las atravesadas en 2019 y 2020, a un método estable de flexibilización dentro de la empresa, lo cual se basa en el apoyo a través de fondos de la Seguridad Social. Por tanto, en esta investigación se dedicará un apartado a la valoración de la aplicación conjunta de estos mecanismos, sus distinciones y variedades. También se hará hincapié en las demás medidas existentes de flexibilización interna “tradicionales” como son la prioridad aplicativa del Convenio de empresa y la modificación sustancial de las condiciones, su distinción y su conveniencia según la situación.

Un análisis estructurado de la forma y procedimiento del mecanismo de Inaplicación del Convenio Colectivo conformará la base de esta investigación, actualizado con la jurisprudencia más reciente y haciendo referencia a las últimas reforma. Dentro de este apartado, se procede a analizar pormenorizadamente la actuación de los organismos involucrados en el procedimiento de adopción del Convenio Colectivo, como puede ser la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y su actuación arbitral respecto del derecho constitucional a la tutela efectiva, cuestión que presentó no pocos interrogantes sobre su constitucionalidad tras la reforma laboral de 2012.

Por tanto, el objetivo último de este trabajo es analizar el mecanismo correspondiente a la luz de las nuevas reformas; que cabida tiene tras la superación de la crisis financiera de 2008, pero con los nuevos retos, como la crisis inflacionaria y las restricciones provocadas por la pandemia de la COVID-19.

¿Tiene acaso cabida este mecanismo en un derecho cada vez más garantista con el trabajador, y dónde se ha actuado por parte de los poderes públicos para garantizar la mínima destrucción de los empleos y de los proyectos

personales? Cabe dar un esbozo sobre esta cuestión a través de la referencia final que se realizará sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social, analizando el número de convenios firmados y sus trabajadores afectados, las inaplicaciones y las áreas a las que afectan principalmente.

## **2. Evolución del mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones.**

### **2.1. El Acuerdo Marco Interconfederal y la posterior Ley 11/1994.**

La institución del descuelgue no se trata de una novedad que se incorporase a nuestro ordenamiento jurídico por vía de la Ley 11/1994, esto es, no se introdujo directamente en el Estatuto de los trabajadores, si no que esta posibilidad ya estaba prevista en el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980, de manera que se entendía como una regla de conducta a mantener por los convenios del sector. El problema de este tipo de regulación era su marco demasiado estricto, que dificultaba la posibilidad del descuelgue (pues exigía que las empresas acreditaran de modo objetivo y fehaciente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas).

Es por ello por lo que será la mencionada Ley 11/1994, de 19 de mayo, la que introduzca la figura del descuelgue, 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 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.”*

La reforma que dio lugar a esta ley iba destinada a la creación de empleo y la mejora de la competitividad del mercado español. Es por ello por lo que las líneas de actuación se dividieron en dos: De una parte, potenciar la negociación colectiva como instrumento ideal para alcanzar una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos y de llegar a acuerdos que eviten el conflicto. De otra parte, se buscaba introducir mecanismos de adaptabilidad de las relaciones laborales con los que incidir en los aspectos relacionados con la gestión flexible de los recursos humanos, en temas como la ordenación del tiempo de trabajo o el salario, tratándose de un rompeolas que aleja el riesgo de pérdida de empleo<sup>1</sup>.

En lo que aquí respecta, el descuelgue salarial se planteaba como una excepción que venía confirmando la eficacia normativa y personal general de los convenios colectivos estatutarios, que se traduce en su obligatoriedad respecto de todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia.

---

<sup>1</sup> Una valoración de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, en RIVEROLAMAS, J.: “*Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1977*”. REDT, nº.89 1998, p. 393

Por tanto, 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 el Acuerdo arriba mencionado. El descuelgue salarial se define como una posibilidad que tienen las empresas cuando estas no pueden hacer frente a las disposiciones salariales establecidas en el convenio colectivo, reemplazando las normas mencionadas anteriormente por las suyas propias (lógicamente, en perjuicio para los trabajadores) y que se encuentre proporcional al contexto de la empresa.

La posibilidad del descuelgue era más teórica que real. En un primer momento, tanto las fuertes restricciones impuestas por los negociadores de las denominadas «cláusulas de descuelgue», más pendientes se diría de mantener la aplicación del convenio a cualquier precio que de facilitar una salida a las empresas en crisis, como las propias dificultades para alcanzar un acuerdo en la empresa hicieron de la inaplicación del convenio algo inusual por casi irrealizable.<sup>2</sup>

Esta disposición estuvo vigente durante bastante tiempo, pero las reformas en 2010, que afectaron en uno de sus puntos más importantes (y que no estuvo exento de polémica, como observaremos más adelante), la regulación del descuelgue salarial, fueron diseñadas para promover una mayor flexibilidad y adaptabilidad para las empresas, tanto desde una perspectiva causal como procesal, esto es, para que pudieran usar la inaplicación como mecanismos internos de flexibilidad para facilitar la superación de situaciones económicas difíciles sin recurrir, al menos no en gran medida, a un deterioro desproporcionado del empleo, a costa de establecer salarios por debajo de los regulados a través de convenio.

---

<sup>2</sup> THIBAUT ARANDA, J. (2014). *La inaplicación del convenio colectivo después de la reforma de 2012*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. N.º Extraordinario-La Reforma Laboral de 2012 y su desarrollo: 215-231.

## **2.2. Las reformas del periodo 2010-2012**

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

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

Como hemos obtenido ocasión de analizar, el descuelgue salarial nacido en el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980 sigue un esquema muy riguroso y estricto en cuanto a las condiciones para que se pueda llevar a cabo, así como a la limitación de las materias y los niveles a los que se puede ejecutar.

Por tanto, las reformas que se sitúan en los años 2010 a 2012 incidirán en favorecer la flexibilidad y adaptabilidad a las empresas para que puedan aplicar este mecanismo con mayor facilidad, todo ello caracterizado por la necesidad de adaptación en la situación de crisis que atañe al país en el momento de realizar las reformas.

### **2.2.1. La reforma operada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.**

Se trata de una versión inicial de lo que será la siguiente reforma, en las que se aclararán ciertos términos que suscitaban dudas de la nueva redacción del apartado 3 del artículo 82, que 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 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.»*

Atendiendo a la anterior redacción, se observan grandes cambios, cabe destacar primeramente el inicio de un proceso de asimilación entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo establecidas en el artículo 41 ET y el descuelgue, debido a que la ley remite a dicho artículo para regular el proceso de negociación de este.<sup>3</sup>

Otro cambio que presenta una importancia vital es 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. Por tanto, 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

---

<sup>3</sup> CASTRO ARGÜELLES, M. A.: *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013. p. 66

consecuentemente, se logra poner fin al exhaustivo control que dicho convenio venía ejerciendo sobre el procedimiento de descuelgue. Al hacer esto, se deja su establecimiento en manos de los sujetos negociadores del convenio, delegando simplemente al convenio la tarea de regular las soluciones en caso de discrepancia. Esta nueva característica permitió que la negociación sectorial perdiera su papel tutelar a la hora de realizar los descuelgues salariales<sup>4</sup>.

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

Cabe destacar a su vez que se introduce la posibilidad del “recuelgue”, 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.

Otra de las principales características que revisten a esta reforma fue la desaparición del carácter bifásico del descuelgue, pues antes requería:

1. Un primer acuerdo de descuelgue,
2. Posteriormente un segundo acuerdo en el que se fijase la nueva regulación sustitutiva de la que se inaplica.

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

---

<sup>4</sup> 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.



Como trataremos más adelante, en este momento el descuelgue solo podía predicarse del convenio colectivo estatutario de ámbito superior a la empresa, y aún no cabía hablar de descuelgue de condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario de empresa.

Al mismo tiempo, el descuelgue sigue configurándose como una institución causal, esto es, requiere de una razón, basada en términos económicos (que se produzca un daño económico a la empresa si se aplica el convenio superior) que justifique recurrir a este cauce, que comporta una excepción a la eficacia jurídica *erga omnes* del convenio. Lo que es añadido es que esa situación económica ha de afectar al mantenimiento del empleo.

Como resumen, cabe por tanto indicar que la normativa nacida de este primer esbozo supuso un avance importante en operatividad y también en cuanto a la seguridad jurídica que implica que una ley regule este tipo de instituciones que tanto problema causan en cuanto a conflictos colectivos.

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

Hecho clave en esta reforma es el ablandamiento que empieza a observar necesario el legislador para que la figura que ahora renueva pueda ser adquirida por las empresas sin la rigidez que conlleva el hecho de justificar un daño económico presente a la empresa si aplica el convenio superior, afectando al empleo de la empresa. La nueva redacción del apartado 3, párrafo segundo se basa en una “*situación y perspectivas económicas*” que pudieran verse dañadas, es decir, que no es necesario que la empresa esté atravesando en ese mismo momento una situación económica crítica, si no que se adquiere validez con la simple previsión de pérdidas que puedan afectar al mantenimiento del empleo, y por tanto se establece tal que así:

*“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.”*

Como hemos visto en el punto anterior, la reforma del Real Decreto-Ley 10/2010 obligaba necesariamente a acudir a un método de resolución de conflictos en caso de desacuerdo como es el arbitraje o la mediación. Pues bien, la Ley 35/2010 pasó a reforzar estos procedimientos, formando parte los procedimientos de aplicación general y directa para resolver los conflictos que surgieran en los periodos de consultas del contenido mínimo y necesario de los convenios colectivos.

Es también en este momento cuando 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 colectivo.

Este 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 salarial.

Por tanto, a modo de resumen de esta segunda reforma, se observa un mayor interés del legislador de que se llegue a un acuerdo durante la negociación, llegando incluso a forzar los procedimientos de solución extrajudicial de controversias, lo que comporta un papel esencial de los representantes de los

trabajadores. A su vez se da lugar a una acentuada laxitud en cuanto a 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.

### **2.2.3. El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, que introduce la figura de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.**

*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 prologarse 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 árbitro 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.»*

Se modifica el artículo 82 para introducir la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos. Tal como se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto, la última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, este Real decreto-ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo

caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración, cuya intervención se justifica también en 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.

Y es que la anterior reforma del mercado trabajo, que también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo, la efectiva descentralización de la negociación colectiva se ha dejado en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa. Por ello, esta reforma iba encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores.

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

Esta Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que entró en vigor el día 8 de julio de 2012, sustituye al Real Decreto-ley 3/2012, de fecha 10 de febrero.

Las modificaciones introducidas establecen cambios significativos en algunas materias con relación a la regulación inicial, asimismo se establecen una serie de aclaraciones y mejoras técnicas en distintos preceptos. Esta reforma se convierte en clave para la negociación colectiva, ya que introduce novedades como la prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos, aspectos que no volverán a ser regulados hasta 2021. Según el propio legislador a través de la Exposición de Motivos de la ley, las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un

obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

Con todas estas 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 ET. Las modificaciones sustanciales de condiciones establecidas en convenio colectivo estatutario se regulan a partir de ese momento en el artículo 82.3 ET, donde se reglamentaba anteriormente el descuelgue salarial. La regulación existente 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 empresa, como ya se ha apuntado.

El propio legislador pretende que se adquiera mayor “flexiseguridad”, es decir, lograr una mayor flexibilidad para la empresa, tanto interna como externa y a la vez una mayor seguridad para los trabajadores en el empleo.

En cuanto a la modificación del art. 84.2 ET, se actúa sobre el panorama previo de forma contundente; aunque las modificaciones del art.84.2 ET no son muchas, lo cierto es que el precepto resulta sustancialmente alterado en cuanto a sus líneas maestras, puesto que una de ellas anula completamente a la otra. Existen tres variaciones principales:

1. En primer lugar, la regla que permitía a los acuerdos y convenios colectivos del art. 83.2 ET ampliar el listado de materias en las que resulta preferente la aplicación del convenio colectivo de empresa se integra al final de la propia lista, en la letra g). Este cambio no conlleva ningún problema interpretativo ni modificación.

2. Desaparece del primer párrafo del precepto el inciso que indicaba la posibilidad de que los acuerdos o convenios del art. 83.2 ET establecieran reglas diferentes.

3. Por último, y como consecuencia de la tramitación parlamentaria del Real Decreto, se modifica este primer párrafo para indicar que los convenios de empresa que pueden aplicarse prioritariamente “podrán negociarse en cualquier momento de la vigencia de los convenios colectivos de ámbito superior”.

La novedad más relevante de esta nueva norma es la modificación a imperativa, obligatoria, la prioridad aplicativa del convenio de empresa: si hasta el 12 de febrero de 2012 quedaba en manos de los acuerdos y convenios, desde esta fecha queda aplicable con independencia del diálogo social.<sup>5</sup>

En cuanto a la valoración que se realiza en su momento por la doctrina, es que el alcance de estos preceptos es menor, en primer lugar, por el escaso tamaño de nuestras empresas. Muchos autores han señalado, que el carácter obligatorio de esta prioridad aplicativa complica las posibilidades de una articulación contractual y de la realización de pactos, pero también se ha señalado que la Ley ha plasmado sobre el papel una vertiente que ya se observaba en experiencias comparadas.

En todo caso, aun aceptando que la inmunización de la negociación de la empresa pueda ser correcta, lo que no debería pasarse por alto es la pérdida de sentido que ha obrado el art. 84.2 ET que había adquirido tras la reforma de 2011, y que este no es coherente con el resto del sistema normativo.

Para facilitar el objeto de estudio, debemos prestar atención a varios aspectos de esta reforma que conviene esquematizar respecto de la inaplicación de condiciones:

1. Se amplían los supuestos de inaplicación del convenio aplicable, sea de sector o de empresa, pudiendo extenderse a las condiciones de trabajo que afecten a jornada, sistema de remuneración y cuantía salarial, horario y distribución de

---

<sup>5</sup> GOERLICHPESET, J. M., Régimen de la Negociación Colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pg. 37 a 38



tiempo de trabajo, turnos, sistema de trabajo y rendimiento, funciones y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

2. Se establece cuándo ha de entenderse a estos efectos que concurren causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, en este último caso concretando en “dos trimestres consecutivos” el marco temporal para que se considere “persistente” la disminución del nivel de ingresos o ventas definidor de la causa.

3. La duración del acuerdo de inaplicación se extenderá hasta el momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. En la redacción anterior del precepto, si bien sólo para el salario, la inaplicación alcanzaba hasta la pérdida de vigencia del convenio del que se desmarcaba o, en todo caso, a tres años.

4. Se crea una forma de desbloquear en última instancia una posible falta de acuerdo: para los casos en los que la inaplicación de las condiciones afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (que continuará realizando su actividad sin atisbo –como parece desprenderse de las disp. adics. 5ª y 6ª RDL- de que llegue a entrar en funcionamiento el Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva), acudiéndose, en los demás supuestos, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas.

5. La decisión de estos órganos puede ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado por ellos y deberá dictarse en un plazo no superior a 25 días desde que se somete el conflicto a su decisión, decisión que tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y que sólo será recurrible conforme al procedimiento y por los motivos establecidos en el artículo 91 del ET.

## **2.3. La reforma laboral de diciembre de 2021.**

Mediante Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo el legislador de urgencia asume el contenido del Diálogo Social que se ha venido desarrollando en los meses precedentes.

Antes de entrar a citar alguna de las novedades más destacables de la ley, debemos atender al hecho de que no se ha introducido ninguna novedad en cuanto a la figura que se analiza en este trabajo. Es por ello por lo que no nos detendremos en hacer frente a los aspectos concretos y más específicos de cada mecanismo, pero sí que se observan ideas cruciales en este Real decreto-ley que es conveniente tratar para entender la nueva sistemática que el legislador otorga a las herramientas de flexibilidad, tanto interna como externa, y a que papel se reduce la inaplicación del convenio colectivo.

No es papel del legislador el hecho de modernizar la negociación colectiva, por más que así lo haga ver el RDL 32/2021, sino hacer lo propio con su régimen jurídico. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia dedica su Componente 23 a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”<sup>6</sup>.

Bajo este polisémico concepto de modernización, el Plan proponía abordar aspectos tales como:

- 1.º) La ultraactividad de convenios;
- 2.º) La relación entre convenios sectoriales y de empresa;
- 3.º) Los mecanismos de consulta y negociación en los supuestos de modificación

---

<sup>6</sup> Cabe consultar este documento en el siguiente enlace: <https://www.lamocloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente23.pdf>

sustancial de las condiciones de trabajo.

4.º) La propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos.

5.º) Eliminación de los obstáculos que desde la negociación colectiva impidan la extensión voluntaria de la vida laboral.

Puede decirse que ni todos los objetivos del Plan han sido asumidos por el RDL 32/2021, ni la totalidad de las innovaciones afrontadas aparecían apuntadas por dicho Plan.<sup>7</sup>

Hace referencia el legislador en la Exposición de Motivos de la citada reforma al uso y abuso de la herramienta del convenio de empresa prioritario para mermar las condiciones de trabajo. Esto se convierte en una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sustituto de la citada inaplicación o descuelgue.

Recuperar la funcionalidad tradicional del convenio colectivo (mejora de las condiciones de empleo) tiene como lógico reverso impedir que sirva como cauce para reducir el nivel de protección existente. Si las reformas anteriores permitían que el convenio colectivo actuase como instrumento para abordar las dificultades empresariales, ahora se considera que ello resulta disfuncional.

---

<sup>7</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., “La Reforma Laboral de 2021 y los convenios colectivos.” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251.

Si la empresa atraviesa dificultades (económicas, técnicas, organizativas o productivas) debe seguir los cauces específicos que permiten la modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT), la movilidad geográfica, la suspensión de los contratos de trabajo, el descuelgue del convenio, etc. En todos esos casos es necesario que exista un periodo de deliberación y consultas, que se acredite la causa de la propuesta patronal, que haya proporcionalidad entre el supuesto aducido y las medidas adoptadas. Se trata de una verdadera negociación, pero bien distinta a la propia del convenio colectivo, tanto por su procedimiento cuanto por sus efectos.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de explicar, se observa posteriormente que la intención de la reforma es, a su vez, reducir la temporalidad que afecta al mercado laboral español, la cual supera en 12 puntos a la media europea. La vía que decide tomar el legislador es la de la unificación de los distintos contratos en uno solo de contrato indefinido, haciendo que los contratos temporales se conviertan en excepción. En paralelo, el legislador opta por hacer hincapié en una de las medidas que han ofrecido una experiencia positiva durante la pandemia para la protección del empleo dentro del ámbito de la flexibilidad interna. con el fin de que con esta medida no se destruyan empleos no estables y estacionales, considera preciso proporcionar a las empresas mecanismos internos para ajustarse ante situaciones de crisis, cambios cíclicos de la demanda o transformaciones de modelo productivo a nivel sectorial, alternativos a la alta temporalidad y a las fuertes fluctuaciones del empleo. Señala el legislador que la experiencia del uso de los expedientes de regulación temporal de empleo, tan recurrido por parte de las empresas en los años de pandemia, proporciona un punto de partida para la creación de un mecanismo permanente, centrado en la formación y recualificación de las personas trabajadoras.

En caso por tanto de que la empresa atravesase dificultades, deberá seguir los cauces específicos que permiten la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la movilidad geográfica, la suspensión de los contratos de trabajo, el descuelgue del convenio, el novedoso ERTE, etc. En todos esos casos es necesario que exista un periodo de deliberación y consultas, que se acredite la causa de la

propuesta patronal, que haya proporcionalidad entre el supuesto aducido y las medidas adoptadas. Se trata de una verdadera negociación, pero bien distinta a la propia del convenio colectivo, tanto por su procedimiento cuanto por sus efectos. Bastará con atender al caso de la modificación sustancial y de la inaplicación del convenio para evidenciar la idea anterior.

### **3. Distinción con figuras afines.**

En la siguiente enumeración se va a analizar someramente, pero de forma concisa las figuras de flexibilización interna, esto es, de ajuste de las condiciones de trabajo sin dar lugar a la finalización del contrato de trabajo.

El RDL 32/2021 expresa una clara preferencia por esta modalidad de flexibilidad. Tras reducir sustancialmente los instrumentos que han hecho posible hasta ahora la gran flexibilidad de entrada que existía en nuestro Derecho del Trabajo, incorpora dos regulaciones de gran importancia para permitir a las empresas adaptarse a los cambios en sus circunstancias y en su entorno: los ERTes del artículo 44 ET y el Mecanismo RED del artículo 47 bis ET.

Junto a estas dos figuras, se mantienen sin cambios otros instrumentos de flexibilidad en los mismos términos en los que se regularon en la reforma laboral de 2012. Así ocurre con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (que al principio del proceso de diálogo social parece que estuvo también sobre la mesa) y la movilidad geográfica (también presente en los primeros documentos del proceso reformador de 2021).

Estas figuras, componen el elenco de medidas que actualmente tienen en su mano las empresas para ajustar su plantilla a la viabilidad de la empresa.

#### **3.1. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Art. 41**

Únicamente los cambios en las condiciones de trabajo que se consideren sustanciales se someten al procedimiento previsto en el art. 41 ET. En cambio, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo indicadas por el convenio sean sustanciales o no, quedarán sometidas al descuelgue.

El empresario debe acudir al procedimiento consagrado en el art. 41 ET cuando pretenda modificar condiciones de trabajo establecidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos colectivos o que son disfrutadas por éstos en

virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Al contrario, como ya hemos señalado, la modificación de las condiciones de trabajo acordadas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET (remisión del art. 41.6 ET).

Otra peculiaridad que cabe destacar es que el cambio debe estar admitido por una causa objetiva y emplearse siguiendo el procedimiento del artículo 41 del ET, que define a su vez los derechos de los trabajadores en este contexto. La justificación puede darse por motivos económicos, de producción, técnicos u organizativos que afecten en la productividad, competitividad, o la organización técnica o del trabajo en la compañía.

Hemos de tener en cuenta que el descuelgue no deja de ser una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que, ofrece una especialidad por afectar a un convenio colectivo estatutario y por ello hallan su regulación detallada en otro artículo diferente, el 82.3 ET que, tal como dispone la STS 5 de junio de 2012<sup>8</sup>

Se podrían clasificar las diferencias entre la MSCT y la inaplicación del convenio colectivo en 7 subapartados:

1. En relación con su razón o causa, ambas son similares, pues en ambos casos se busca una solución a un problema por el que pasa la empresa que se traduce en dificultades económicas o sencillamente en su falta de productividad competitividad, o en necesidades de organización técnica o del trabajo.
2. En cuanto a la relación de materias que puede verse afectadas, para la MSCT se subraya que se trata de una lista abierta, siendo especialmente ejemplificativa la contenida en el art. 41.1 ET. La variedad de materias respecto de las que cabe la inaplicación es

---

<sup>8</sup> STS de 5 de junio de 2012 (Rec. Núm. 95/2011).

cerrada. Las dos tablas son casi coincidentes, si bien el art. 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el ET art. 41.

3. Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que se consideren sustanciales quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue.
4. En cuanto a la competencia de una u otra herramienta respecto del origen de la modificación, el empresario debe acudir al procedimiento previsto en el ET art. 41 cuando busque modificar condiciones de trabajo otorgadas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o gozadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET (art. 41.6 ET).
5. Es una diferencia esencial la de quien posee la decisión de la modificación o no de condiciones de trabajo, bien sea de carácter individual, bien colectivo, pues corresponde al empresario, quien puede imponerla, aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. En cambio, la inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el acuerdo o el laudo arbitral sustitutivo.
6. En cuanto a la duración de las medidas, mientras que la duración del descuelgue no puede exceder en el tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una MSCT no aparece limitada legalmente en su duración temporal.
7. Hay también diferencias respecto de la impugnación (plazos, modalidad procesal, etc.) y de los resultados. En determinados casos de MSCT el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año



de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

### **3.2. El novedoso Mecanismo RED del artículo 47 bis ET.**

El Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo es un instrumento que requiere aún de activación por parte del Consejo de ministros (tal y como se extrae del art. 47 bis). En principio, permitirá a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo.

A través de la reforma del 2021 se introduce un nuevo texto en base al artículo 47 ET, sobre reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, dando lugar en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo tipo de ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción denominado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Como principal distinción, se observan mayores exoneraciones que las modalidades clásicas de ERTE y con la peculiaridad de que la posibilidad de solicitarlo ha de ser activada por el Consejo de ministros.

El Fondo RED se aprueba con fecha de 17 de marzo de 2022 por Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo. Transitoriamente, en tanto el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo no esté dotado en cuantía suficiente para atender a sus necesidades financieras, los gastos y menores ingresos que se detallan a continuación se atenderán con cargo a los recursos financieros de las entidades competentes en la ejecución del Mecanismo RED.

Una vez activado el mecanismo, las empresas podrán solicitar voluntariamente a la autoridad laboral la reducción de la jornada o la suspensión

de los contratos de trabajo, mientras esté activado el mecanismo, en cualquiera de sus centros de trabajo y en los términos previstos.

En cuanto a las posibilidades que se barajan para la flexibilización interna de las empresas encontramos la reducción temporal de la jornada de trabajo de los trabajadores (entre un 10 % y un 70 %) y la suspensión temporal de los contratos de trabajo.

Este Mecanismo RED observa dos modalidades:

a) Cíclica, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.

b) Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.

Serán normas comunes aplicables a las dos modalidades del Mecanismo RED, la propuesta de prórroga (art. 47.4 del ET), las normas comunes a los ERTE ETOP y los ERTE fuerza mayor (art. 47.7 del ET), la protección social prevista en la D.A. 41.<sup>a</sup> de la Ley General de la Seguridad Social, y tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. En cuanto a las normas de Control: la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal colaborarán para el desarrollo de actuaciones efectivas de control de la aplicación del mecanismo, mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> A falta de un mayor desarrollo por parte de la doctrina, es posible consultar el siguiente enlace para conocer el procedimiento e intervención de la Autoridad laboral o como se aplicará en cuanto a la protección social y prestaciones: <https://www.iberley.es/temas/mecanismo-red-flexibilidad-estabilizacion-empleo-15421>

Sin afán de entrar en áreas de trabajo que no atañen al objeto de esta investigación, debemos observar que este mecanismo, en principio y a falta de pronunciamientos en sede judicial o por parte del legislador, permite la aplicación conjunta con la inaplicación del convenio colectivo, pues no deja de tratarse de una subespecie del mecanismo ERTE, basada en la protección de ciertos sectores dentro de la economía española, bien sea de forma cíclica o bien de manera sectorial. Por tanto, cabría entender que se aplica la misma solución que dieron los tribunales en caso de aplicación conjunta de ERTE e Inaplicación del Convenio Colectivo: siempre que el acuerdo haya sido alcanzado por sujetos legitimados y se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de las medidas adoptadas, esta aplicación es correcta.

### **3.3. Expediente de Regulación de Empleo Temporal y la aplicación conjunta del convenio colectivo.**

Como ya se han indicado anteriormente las características fundamentales de esta figura, a continuación, se especificará la posibilidad de aplicarse conjuntamente el ERTE y la inaplicación del convenio colectivo.

Cabe plantearse que, si se está empleando el instrumento del ERTE para hacer frente a las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que dan lugar al mismo, inaplicar el convenio puede dar lugar a un gravamen doble, yendo completamente en contra de la finalidad de la norma que busca la mayor protección del trabajador posible. En cuanto a la jurisprudencia y la doctrina se consiente esta medida basándose en el criterio de la mejor adecuación de las medidas para solucionar la situación de “crisis” en la empresa, siempre, claro está, que se protejan los requisitos legales del procedimiento.

Entre las sentencias que tratan este aspecto, se puede hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2021. En este caso, en la negociación del ERTE, se pacta por parte de la empresa con los representantes de

trabajadores, «con carácter extraordinario y como producto de la negociación colectiva habida en el seno del período de consultas», un permiso retribuido recuperable que se regirá exclusivamente por lo previsto en el citado acuerdo. Una propuesta que va a afectar a todos los trabajadores incluidos en el ERTE y que supone inaplicar lo dispuesto en el Convenio Colectivo, en el cual se recoge, dentro de la regulación de la jornada de trabajo, la compensación de los defectos de las posibles necesidades del servicio dentro de los dos meses posteriores al mes de referencia. La impugnación se plantea que el período de consultas del ERTE pueda servir para vulnerar el contenido del Convenio Colectivo, calificándose dicha actuación como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada mediante un procedimiento inadecuado. Y se recuerda, a estos efectos, que se considerará «nulo el pacto colectivo que modifica la regulación establecida en convenio colectivo ya que se trataría de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo»<sup>10</sup>

Pero la controversia no finaliza ahí, si bien admite la Audiencia Nacional que el acuerdo firmado comporta, ciertamente, la inaplicación del Convenio Colectivo aplicable, estima que si dicho acuerdo se alcanzara por los sujetos legitimados no cabe ningún tipo de objeción legal: «Es cierto que en los despidos colectivos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.1.e RD 1483/2012, se incluye, entre las medidas de acompañamiento, la inaplicación del convenio aplicable, conforme a lo dispuesto en el art. 83.2 ET, siempre que se haya alcanzado acuerdo con los sujetos legitimados, lo que no está previsto expresamente para los ERTES, si bien cabe señalar que ambas figuras: el ERTE regulado en el artículo 47 ET y en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre; y la inaplicación del convenio colectivo, regulado en el artículo 82.3 ET o descuelgue, pueden adoptarse en un ERTE, siempre que se haya alcanzado acuerdo de los sujetos legitimados»<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> STS de 11 de julio de 2006, Ar. 8760, FJ 5.

<sup>11</sup> (SAN de 18 de marzo de 2021, Jur.102220, FJ 8).

Cabe incluso que, se considera perfectamente asumible que se pacten simultáneamente el ERTE y el descuelgue del Convenio en materia de jornada, pues nada en la legislación vigente impide dicha negociación concurrente.<sup>12</sup>

Por tanto, si se negocian medidas de diferente naturaleza de forma simultánea eso no implica incompatibilidad alguna siempre que se opere siguiendo las reglas procesales y de legitimación establecidas legalmente. Puesto que, haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional analizada primeramente: *«puede darse el caso de que sean necesarias todas ellas porque no baste con la adopción de algunas o, incluso, que si alguna resulta finalmente innecesaria, no sea precisamente la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada, sino las medidas de atenuación acordadas con carácter extraordinario y como producto de la negociación colectiva habida en el seno del periodo de consultas en el que las partes acuerdan la creación de un permiso retribuido recuperable que se registrá por lo pactado en el Acuerdo»*

Por tanto, de este apartado obtenemos la conclusión de que se permite admitir la inaplicación del Convenio Colectivo o descuelgue en el seno de la negociación de un ERTE, siempre que el acuerdo haya sido alcanzado por sujetos legitimados y se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de las medidas adoptadas, llegando incluso a ser beneficioso la adopción de distintos instrumentos, para que la situación se ajuste al menos restrictivo en caso de que no hiciera falta mayor flexibilización.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> (STS de 26 de noviembre de 2014, Ar. 6757).

<sup>13</sup> Lourdes López Cumbre. Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. *En la negociación del ERTE cabe acordar medidas de descuelgue*. Gómez-Acebo & Pombo. Paseo de la Castellana, 216-28046 Madrid.

### **3.4. La prioridad aplicativa del convenio de empresa del artículo 84.2 ET.**

Para entender el significado y la delimitación del descuelgue convencional, parece necesario hacer una breve referencia a la institución de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, ya que, a pesar de que la regulación de uno y otro mecanismo sea distinta, la idea que subyace en ambos es la flexibilidad interna.

Antes de entrar en distinciones, cabe señalar que el descuelgue regulado en el artículo 82.3 ET y la prioridad aplicativa del artículo 84.2 ET, mantienen entre sí una estrecha relación. Son instituciones que buscan 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”<sup>14</sup>.

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 contradictoria<sup>15</sup>. Lo ha hecho primero

---

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Estructura y concurrencia entre convenios colectivos». Revista del Ministerio de Trabajo y Economía social. núm 68. pp. 77-100. op. cit., página 92.

prohibiendo que un convenio colectivo pueda regular condiciones laborales que estaban sujetas con anterioridad a otro convenio colectivo de ámbito diferente, inaplicando el mismo. Es decir, el convenio negociado en segundo lugar no puede alterar e inaplicar lo dispuesto por el convenio regulado con anterioridad.

Respecto a lo indicado en el anterior párrafo, es necesario aclarar 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.”*

Retomando la cuestión, de la lectura del apartado segundo del artículo 84 ET se deduce que nos encontramos ante una excepción al 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 una respuesta muy clara: favorecer un ámbito de 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 materias, esto es, todas las incluidas en el art 84.2 ET<sup>16</sup> aunque se hayan negociado con posterioridad al convenio de sector al que se van a superponer.

---

<sup>16</sup> Con la reforma de 2021 se revierte una parte de esa regla: la referida a aspectos retributivos, dejando intacto el articulado respecto del resto de las materias: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras. d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

La empresa a través de la negociación de un convenio de empresa entre empresario y representantes de los trabajadores va a 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 sector. Con esta regulación se está otorgando mucha importancia al ámbito de empresa, aunque con la nueva reforma se elimina una de las principales ventajas de este mecanismo de aplicación prioritaria.

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 primero en el tiempo, y el segundo el de sector, rige el principio general de *prior in tempore* del artículo 84.1 ET<sup>17</sup>.

El acuerdo es solo necesario, como es lógico para negociar el convenio colectivo de empresa, lo que comporta una limitación a esto, ya que este mecanismo se aplica *ope lege*, sin intermediación.

Como se ha expuesto anteriormente, descuelgue y prioridad aplicativa persiguen fines comunes, que es buscar inaplicar ciertas materias reguladas en convenios colectivos y su sustitución por otras que sean acordes a la situación empresarial. Pero lo que les distingue es que optan por caminos distintos, porque en la prioridad aplicativa se busca negociar un convenio colectivo estatutario cumpliendo todos los requisitos del Título III del Estatuto de los Trabajadores, no bastando con un simple acuerdo como ocurre en el descuelgue.

---

<sup>17</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 139.



Además, en caso de desacuerdo, el legislador no ha previsto la posibilidad de mitigar las controversias a favor del empresario, como en el caso del descuelgue, ya que se tiende 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”<sup>18</sup>

El descuelgue está pensando para empresas que están sufriendo una situación económica preocupante, y es por ello por lo que se plantea el límite causal como presupuesto para que tenga lugar. En cambio, la prioridad aplicativa no está pensada para hacer frente a estas situaciones de crisis, sino que se permite configurarse como una estrategia de gestión empresarial<sup>19</sup>.

Como colofón, se ha de destacar que el legislador en esta última reforma ha optado por ciertas vías menos gravosas de lo que se tenía planeado: Primero, respeta la prohibición de concurrencia convencional. Segundo, elimina la preferencia aplicativa solo en materia salarial, permitiendo su juego en otras cuestiones; en tercer lugar, concede un plazo de vigencia transitoria para los convenios colectivos que hubiera utilizado esa regla; en cuarto lugar, ofrece la posibilidad de renegociar las consecuencias de estos cambios. También explica el modo en que no puede aplicarse la referida eliminación. Y por último mantiene la

---

<sup>18</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.,: « Claves generales de las reformas 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.

<sup>19</sup> 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.

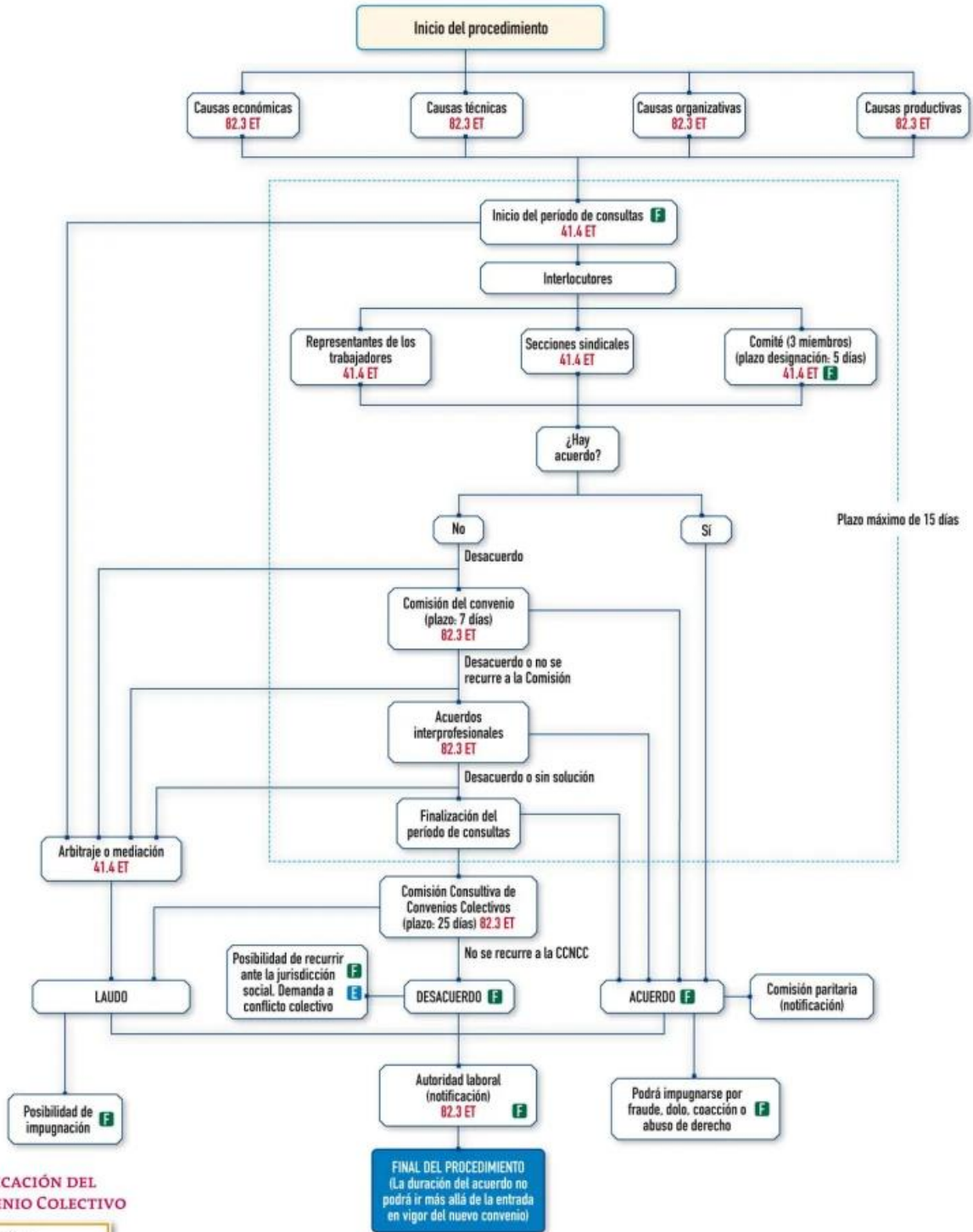
referencia del convenio de empresa para fijar la retribución específica del trabajo a turnos.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., “La Reforma Laboral de 2021 y los convenios colectivos.” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251.

# 4. Procedimiento de inaplicación del convenio

## PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO



## **colectivo.**

Fuente: Portal Jurídico Lex Nova.

A continuación, se van a tratar distintos aspectos cruciales en la conformación de la inaplicación. El proceso se divide en varias fases, que podemos sintetizar de la siguiente manera:

1. La iniciación legitimada por una causa económica, técnica, organizativa, o/y de producción. Como observaremos posteriormente, la flexibilidad en este requisito ha dado lugar a una facilidad por parte de las empresas para iniciar el procedimiento, sin que en la inmensa mayoría de las ocasiones se pueda atacar por parte de los representantes de los trabajadores esta causa.
2. El establecimiento de la comisión representativa, conformación de sus órganos. La configuración de las empresas del tejido productivo español otorga una especialidad interesante a efectos de la creación de comisiones *ad hoc*, lo cual ha sido desdeñado por la doctrina y los sindicatos, principalmente por la inseguridad que se puede llegar a dar cuando se tienen en cuenta a trabajadores no cualificados para conformar lo que será la defensa de los trabajadores durante el período de consultas.
3. Características del periodo de consultas.
4. La conformación del acuerdo, o si este no ha lugar, la resolución extrajudicial a través del arbitraje o la mediación, y en ciertas situaciones a través del laudo que en última instancia dicta la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos.

#### **4.1. En cuanto a las causas para iniciar el procedimiento.**

En cuanto al primero de los pasos introducidos por el legislador, con el fin de salvaguardar el derecho a la negociación colectiva, es la necesaria causa justificativa de la inaplicación.

A tenor de la regulación del artículo 82.3 ET, se desprende que el descuelgue es una institución única y estrictamente causal, dependiendo su duración de la misma, así como estableciendo el límite en la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo. Es un mecanismo que se encuentra afectado por el principio de causalidad, esto es, para que el procedimiento de descuelgue pueda finalizar exitosamente, ha de existir una causa justificativa del mismo.

La ley, en reformas anteriores, establecía como contenido esencial del convenio colectivo de ámbito superior la inclusión dentro del mismo de las causas y el procedimiento de descuelgue.

Por tanto, se dejaba a merced del convenio que se pretendía inaplicar, la regulación de las condiciones que debían seguirse para poder llevarlo a cabo. Esto resultaba en que fuese prácticamente imposible que una empresa pudiese descolgarse de un convenio, pues se establecían requisitos y condiciones precisas y estrictas, dificultando considerablemente a las empresas la utilización de este instrumento.

Las siguientes reformas, concretamente las reformas del 2010<sup>21</sup>, hicieron desaparecer ese control y dotaron a las empresas de una mayor flexibilidad interna

---

<sup>21</sup> Nos remitimos a la Ley 30/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y al Real Decreto-Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y a, tratados en el punto 3.2. y 3.3. de este documento.

como alternativa a la flexibilidad externa, esto es, para evitar la destrucción de empleo.

Volviendo a lo explicado, antes a la reforma de 2010, la exigencia causal se programaba en que la estabilidad económica de la empresa pudiera verse afectada, no obstante, con esta reforma paso a conformarse de un modo más ambiguo, amplio y flexible, abriendo la puerta a un *descuelgue salarial preventivo*<sup>22</sup>, ya que al precisar la causa económica se hablaba de las “*perspectivas económicas*”. Por tanto, se producía 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 empleo*”. Con la reforma del Real Decreto-Ley 7/2011, se reconoce a mayores la posibilidad de la inaplicación 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, en un proceso de facilitación de la justificación de las mismas. Es sin embargo con las reformas del 2012 cuando se produce una “verdadera ampliación causal”<sup>23</sup> de las causas justificativas del descuelgue, concediendo a las empresas una gran flexibilidad interna, que se aplica de forma un tanto desmesurada, haciendo de este control o límite causal un simple requisito formal.

Es por ello por lo que la doctrina suele manifestarse de modo unánime considerando que la flexibilidad que se ha concedido a las empresas se debe principalmente a una “débil causalidad” de este mecanismo<sup>24</sup>. Y es por ello por lo

---

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad “interna”. *Relaciones laborales* núm.11, 2012. op. cit., página 36.

<sup>23</sup> Según GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 51.

<sup>24</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 49.

que la regulación actual sufre el “riesgo de confundir la exigencia de justa causa con la mera exigencia de una excusa”<sup>25</sup>.

Como decíamos anteriormente, 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 permite el descuelgue cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El legislador, tras establecer las materias *sobre* las que se puede dar lugar el descuelgue, procede a decidir qué es lo que ha de entenderse por cada una de las causas justificativas de este mecanismo, buscando una mayor claridad y menor afectación por la interpretación sobre estas causas (que antes daban lugar a conceptos jurídicos indeterminados) y, por lo tanto, otorgar mayor seguridad jurídica. No obstante, estas precisiones no están libres de incógnitas.

El legislador al describir las causas técnicas, organizativas o productivas, lo ha hecho de un modo bastante abierto, pues introduce en el texto las palabras “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 gran inseguridad pudiendo el empresario basar el descuelgue en alguna situación que, si bien no es la que el legislador establece, tiene cierta relación con ella.

En cuanto a la definición que ha hecho el legislador de las causas justificativas del mecanismo de descuelgue, es casi idéntica a la realizada en el artículo 51 ET, en cuanto al despido colectivo. El artículo 82.3 ET ha reunificado

---

<sup>25</sup> 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.

las causas del descuelgue y las ha reconducido a las del despido colectivo por lo que a su formulación se refiere<sup>26</sup>. De hecho, la única diferencia existente es que si bien para la inaplicación de condiciones laborales se entiende que hay una reducción persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al que se dio en el mismo trimestre del año anterior, y en el despido colectivo, para poder indicar que se da esta situación, se requiere que primero este nivel de ventas o ingresos sea inferior durante tres trimestres consecutivos, no dos.

Muchos autores consideran que esta semejanza en la definición de las causas no se trata de una simple casualidad, sino que se debe al hecho de que el descuelgue se configura como una alternativa o como una “*vía previa*”<sup>27</sup> al despido colectivo, para tratar de solucionar la situación que franquea la empresa a través de una medida menos drástica para los trabajadores que el despido. Así, a través de la inaplicación de condiciones se trata de evitar que la empresa recurra al despido colectivo como primera medida.

En cuanto a la crítica que se realiza, encontramos un aspecto importante en cuanto a la “banalización de la exigencia causal”, y es que esta se da hasta el punto de que, en el caso de llegar a un acuerdo de empresa entre representantes de los trabajadores y empresarios, se presume que ya existe justa causa. Es decir, el acuerdo presume la existencia de la causa, sin necesidad de probarla, limitando por tanto a únicamente el dolo, fraude, coacción o abuso de derecho la posibilidad de impugnar el acuerdo. Se presume la existencia de uno de los presupuestos

---

<sup>26</sup> 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

<sup>27</sup> 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 107.



legales que habilitan el descuelgue cuando el periodo de consultas finaliza con acuerdo<sup>28</sup>.

Actualmente, el artículo 82.3 ET no da lugar a la prueba y justificación de estas causas por parte del empresario, lo que antes venía a ser una obligación para vincular la decisión adoptada con la finalidad perseguida<sup>29</sup>.

Aunque el legislador no se refiera a ello, hemos de concebir que la causa alegada ha de tener la fuerza suficiente como para justificar una medida tan radical como ésta y que esta debe ser adecuada para poder acabar con esa situación que soporta la empresa. Teniendo en cuenta la situación de las empresas de este país, se destaca como causa principal de inaplicación, otorgando el mayor porcentaje de descuelgues que se realizan en nuestro país a las causas económicas, a pesar de que pueda justificarse por otras causas.

Antes de entrar en detalle sobre las distintas causas, es necesario hacer referencia a una sentencia de la Sala de lo Social de la AN 3624/2014, de 25-09-2014 (Rec.187/2014), por la que se declara que el procedimiento de inaplicación de convenios no está previsto para inaplicar simultáneamente varios convenios colectivos, aunque concurra causa y se acuerde por la mayoría de la representación legal de los trabajadores. Por lo tanto, en este proceso debemos tener en cuenta que la causa no justifica la inaplicación de varios convenios colectivos a la vez, si no que se trata de procesos separados.

---

<sup>28</sup> ROJAS MARTÍN, J. C.: «Fijación del periodo vacacional como materia negociable al amparo del artículo 82.3 ET. Inaplicación de Convenio Colectivo. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. no. 36 2014. ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)) pp. 267-278. op. cit., página 276.

<sup>29</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup> A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 119.

#### 4.1.1. Causas económicas

En la actualidad, la definición de las causas económicas se ha abreviado<sup>30</sup>. “*Concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa*”. Nos encontramos ante esta situación en dos supuestos:

1. Cuando existen pérdidas actuales o previstas,
2. Con la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa. En cualquier caso, se entiende que la disminución es persistente si durante dos trimestres seguidos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al que se registró en el mismo trimestre del año anterior. Por tanto, 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, igualmente, que el segundo trimestre registre menos ingresos o ventas que el mismo del año anterior.

Es suficiente con que exista una disminución de ingresos o ventas, aunque la empresa continúe 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 tenido<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> 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.

Ante esto, cabría decir que se da la causa económica cuando la empresa está atravesando una situación crítica, entendiéndose como una situación económica negativa, concibiendo que nos encontramos ante ésta situación cuando la empresa soporta pérdidas actuales o previstas, por tanto (si aplica el convenio colectivo se darán pérdidas) cuando disminuyen los ingresos ordinarios o ventas de forma persistente en la empresa, poniendo en peligro la propia existencia de la empresa, así como la posibilidad de mantener el empleo en la misma.

Pero lo que destaca en esta nueva redacción es 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 ingresos<sup>32</sup>.

A pesar del intento del legislador para establecer cómo han de interpretarse las causas, existen muchos problemas sin resolver, como por ejemplo la intensidad que han de tener las pérdidas. Cabe que de este vacío legal se desemboque en una actuación abusiva del empresario, porque ciertamente, cualquier pérdida por mínima que fuera, podría justificar que el empresario decida descender a la inaplicación del convenio, por concurrir la causa económica.

Es necesario acudir a la doctrina para encontrar el límite de esta situación:<sup>33</sup> El artículo 7.2 del Código Civil, en lo referente al abuso de derecho

---

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> Entre 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 GORELLIHERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 54.

parece ser la solución. Es decir, el empresario no puede acogerse en el ejercicio de este derecho en una situación que exceda los límites fijados por la buena fe y por la propia naturaleza del mismo, pues parece demasiado que, por una pequeña merma de escasa relevancia, que no tiene entidad bastante para poder afirmar que la empresa esté traspasando una situación crítica, pero que en todo caso se trata de pérdida, la empresa pueda inaplicar el 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 sencillo, por mucho que en las últimas reformas se haya dado 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.

Es por estos motivos por lo que cabe 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 evidentemente esperará a que se trate de una situación aguda que se prolongue por un tiempo mayor que el de seis meses<sup>34</sup>.

#### **4.1.2. Causas técnicas.**

Cabría decirse que se dan causas técnicas cuando se originen cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.

---

<sup>34</sup> 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.

### 4.1.3. Causas organizativas.

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

### 4.1.4. Causas productivas.

Por último, 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<sup>35</sup>. 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,

---

<sup>35</sup> 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

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 una alternativa o como una “*vía previa*”<sup>36</sup> 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*”<sup>37</sup>.

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

---

<sup>36</sup> 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 107.

<sup>37</sup> 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)

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 acuerdo<sup>38</sup>.

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 perseguida<sup>39</sup>.

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*”<sup>40</sup>.

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

---

<sup>38</sup> ROJAS MARTÍN, J. C.: «Fijación del periodo vacacional como materia negociable a l amparo del artículo 82.3 ET. Inaplicación de Convenio Colectivo. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. no. 36 2014. ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)) pp. 267-278. op. cit., página 276.

<sup>39</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.ª A. *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*. Civitas, Navarra, 2013. op. cit., página 119.

<sup>40</sup> 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.

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. En cuanto a la creación de la comisión representativa y el proceso de consultas.**

### **4.2.1. Comisión representativa.**

Si observamos el Estatuto de los Trabajadores, a simple vista se ve que el art. 82.3 ET se remite básicamente al art. 41.4 ET, lo que hace indudable que el vínculo entre descuelgue y modificación sustancial de condiciones de trabajo está especialmente ligado; de hecho, cabría decir que en realidad el descuelgue de condiciones pactadas en convenio estatutario no es más que una modificación sustancial, teniendo en cuenta la distinción que se realizaba anteriormente.

Si nos remitimos al artículo 41.4 ET, encontramos sobre la comisión lo siguiente:

*“La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo.*

*El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.*



*Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”.*

A su vez, hay que tener en cuenta que el art. 41.4 ET señala que “*sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación (...) deberá ir precedida (...) de un período de consultas*”. Por tanto, la literalidad del precepto plantea la posibilidad de sustituir el período de consultas, que sería facultativo para las partes, podría acudir a mecanismos alternativos que no requiriesen el acuerdo entre empresario y trabajador. Esta es una posibilidad especialmente comprometida, pues supondría una reducción de los requerimientos enorme del descuelgue de condiciones (en teoría podría llegarse incluso a una modificación unilateral por parte del empresario). Parece, pues, necesario interpretar esta cuestión, entendiendo que la remisión que el art. 82.3 ET realiza al art. 41.4 ET se refiere al procedimiento de consultas que se encuentra en este último precepto, pero no en cuanto a la posibilidad de evitarlo. Es necesario recordar que el art. 82.3 ET es claro al aseverar la necesidad de acuerdo entre empresario y representantes.

Por otra parte, la actual regulación del art. 41.4 ET reitera pautas ya conocidas como que el período de consultas debe tratar sobre las causas motivadoras, y sobre la necesidad de mitigar las consecuencias que la modificación pudiera suponer para los trabajadores afectados.

Se incluye la regla que impone la obligación de negociar en base a la buena fe con vistas a conseguir el acuerdo<sup>41</sup>. Sobre esta cuestión cabe subrayar

---

<sup>41</sup> Se estima por la doctrina que aun cuando el art. 41.4 ET nada especifica en relación con una posible obligación empresarial de facilitar información a los representantes de los

que se establece la obligación de negociar de buena fe, en contra de lo advertido por el art. 89.1 ET en materia de procedimiento de negociación de convenios colectivos: el deber de negociar de buena fe no aparece si no se trata de revisar un convenio ya denunciado. Pues en este caso se trataría de inaplicar justamente el convenio en vigor.

A tenor de lo indicado por el art. 82.3 ET, el acuerdo será estipulado entre la empresa y los representantes de los trabajadores que estén legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto por el art. 87.1 ET, o, dicho de otra manera, están legitimados los sujetos que puedan negociar un convenio colectivo de empresa: comité de empresa, delegados de personal, o secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité<sup>42</sup>. En el fondo, lo que está en juego es que el acuerdo de descuelgue sea tomado por sujetos representantes que tengan una carga representativa significativa, por lo que sean los mismos que pueden negociar un convenio colectivo. En buena medida ello va a suponer una prueba para reforzar la constitucionalidad del descuelgue, pues se inaplica un convenio que es fuente del derecho entre las partes, a través de un pacto tomado por sujetos especialmente cualificados desde el punto de vista de su representatividad; además siendo argumento incuestionable también para proteger la eficacia normativa y subjetiva general del acuerdo de descuelgue y de la regulación comprendida en el mismo.

A su vez, desde esta misma perspectiva de los sujetos legitimados para negociar, vamos a tropezar con otro de los problemas más importantes que plantea la regulación del período de consulta: la falta de representantes de los trabajadores. Este es un asunto fundamental, como ya se ha indicado sin la representación el acuerdo sería imposible y consiguientemente no cabría posibilidad alguna de descuelgue. Esto supondría que habría un ámbito de

---

trabajadores, la necesidad de negociar de buena fe implica definitivamente que la empresa deba dar toda la información relevante para acreditar la causa alegada.

<sup>42</sup> A tenor de lo previsto por el art. 87.1 ET

empresas en las que no sería posible el descuelgue de condiciones de trabajo. Frente a este escenario el art. 82.3 ET sienta que los trabajadores “podrán atribuir su representación a una comisión escogida conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4”. Se produce así una remisión a lo indicado en este último precepto sobre el procedimiento de las modificaciones sustanciales. Ya con la reforma introducida por el RDL 10/2010 se introdujo la posibilidad de una comisión ad hoc para aquellas situaciones en las que no hubiera representación de los trabajadores, habiendo evolucionado a través de las diferentes reformas y llegando hasta la regulación actual<sup>43</sup>.

La solución hoy en día en cuanto a nombrar una comisión ad hoc se ve presente en diversos supuestos de períodos de consultas: art. 41.4 ET (modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo), 40.2 ET (traslado colectivo), 47.1 ET (suspensión de carácter colectiva), 51.2 ET (despido colectivo) y 82.3 ET (descuelgue de condiciones)<sup>44</sup>.

En cuanto a lo previsto por el art. 41.4 ET caben dos configuraciones diferentes de la comisión especial: bien integrada por trabajadores de la propia empresa (lo que podríamos llamar “comisión laboral”), o bien una comisión integrada por representantes de los sindicatos más representativos o simplemente representativos del sector al que pertenece la empresa (“comisión sindical”). En sendos casos el número de integrantes no puede superar el límite de tres personas. La elección entre una u otra corresponde únicamente a los trabajadores.

---

<sup>43</sup> En un principio se regulaba una comisión con un máximo de tres miembros integrada, según su representación, por sindicatos más representativos o representativos del sector al que estaba vinculada la empresa, designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo. No se pensaba, sin embargo, la posibilidad de una comisión integrada por los trabajadores de la empresa (comisión laboral o de trabajadores). Esta última posibilidad se añade al ordenamiento con la posterior Ley 35/2010. A partir de aquí la redacción perdura en el RDL. 7/2011 y en el RDL. 3/2012 y la Ley 3/2012, siendo la regulación que se encuentra en vigor actualmente.

<sup>44</sup> Todos los artículos establecen una regulación unitaria, señalando que estamos ante una solución común.

Nada se indica en cuanto al procedimiento para determinar cómo se decide dicha solución, pero parece que ha de realizarse a través de una asamblea, con las exigencias y pretensiones en cuanto a convocatoria y mayorías de aprobación. Si se opta por una comisión de trabajadores, deberán ser elegidos democráticamente por los propios trabajadores, según el art. 41.4 ET. No obstante, este precepto no se refiere a cuál debe ser la forma de elección, limitándose a decir que la designación debe realizarse en el plazo de cinco días desde el inicio del procedimiento de consultas. La norma es común en caso de optar por la comisión sindical.

En cuanto a los plazos de designación, estos deben efectuarse en el plazo de cinco días desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer suspensión del período de consultas. Por una parte, el plazo se ha determinado por gran parte de la doctrina como breve, sobre todo para la designación de una comisión sindical<sup>45</sup>. La falta de designación, según el supuesto, no supondrá la paralización del período de consultas de quince días, esto supone que cada día que se consume para escoger a la comisión implica una reducción del plazo de negociación, lo cual carece de lógica, pues limitará la negociación.

No parece recomendable acudir al procedimiento de elección de los órganos de representación unitaria, pues su complejidad hace imposible que esto se produzca, así como el hecho de que los plazos de nombramiento de la comisión son muy cortos. Por tanto, lo más adecuado sea acudir a una asamblea de trabajadores (la misma en la que se decide optar entre una comisión de trabajadores o sindical). No obstante, cabe tener en cuenta que, si se opta por esta ruta, la mayoría exigida se entiende respecto de los trabajadores de la empresa, no de los asistentes a la asamblea (art. 80 ET). Otra posibilidad sería utilizar toda la

---

<sup>45</sup> Ya que para este tipo de comisión es necesario un certificado del organismo público sobre la representatividad del sindicato, lo cual consume en gran medida esos cinco días.

flexibilidad que la ley permite, y no aplicar ni tan siquiera las reglas en cuanto conformación del voto de la asamblea, bastando el acuerdo por mayoría simple.

La elección de los integrantes de la comisión debe producirse por y entre los trabajadores de la empresa: los designados han de ser trabajadores y sólo pueden votar trabajadores de esa empresa. Aunque no se acaba de aclarar si deben cumplir los requerimientos para ser electores o elegibles en un proceso de elecciones sindicales. Sería necesario indicar que los representantes de los trabajadores deben tener capacidad jurídica y de obrar suficiente. La otra posibilidad es que se designe una comisión sindical.

El primer gran inconveniente que se encuentra es lo limitado del número de integrantes: únicamente tres elegidos. Han de estar representados tanto los sindicatos más representativos como los simplemente representativos; por lo que tres miembros pueden ser un número reducido, pudiendo generarse dificultades importantes. Si bien son los trabajadores los que optan por una comisión de esta forma, la designación de los componentes de esta va a corresponder a los propios sindicatos y no a los trabajadores. Más concretamente se señala que la nominación se ejecuta “*según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos*”<sup>46</sup> del ámbito al que pertenezca la empresa; se trata de un “criterio de proporcionalidad representativa”. No se detalla cuál debe ser el ámbito de representatividad territorial del sindicato, por lo que puede haber problemas interpretativos. Además, dichos sindicatos deben estar legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación. Parece ser que en realidad esta última exigencia se refiere para la mayoría de representación del sector en la mesa negociadora, para que se entienda que esta se encuentra constituida válidamente (art. 88.2 ET), y no a la legitimación para negociar reglamentada en el art. 87 ET.

Los acuerdos de la comisión requieren el voto a favor de la mayoría de los integrantes, de manera que sólo con esta mayoría se entiende legalmente

---

<sup>46</sup> Esto es, los incluidos en los arts. 6, 7.1 y 7.2 LOLS.

configurada la voluntad de los trabajadores. Podría ser que, de los dos tipos de comisiones, los trabajadores fueran a inclinarse esencialmente por la de carácter laboral: de un lado la brevedad de los plazos va a aconsejar acudir al procedimiento más escueto y simple de designación, y de otro lado lo natural es que en una empresa de reducidas dimensiones no vean conveniente los trabajadores una comisión integrada por sujetos de fuera a la misma, por lo que se va a optar por trabajadores que no sean extraños a la compañía.

Respecto a la posibilidad de que los trabajadores estén representados a través de una comisión ad hoc integrada por los propios trabajadores se han producido críticas dentro de la doctrina que cuestiona su carácter como auténtico órgano de representación de los trabajadores. Desde luego no se trata de un órgano de representación de los intereses de carácter permanente de los trabajadores, sino ante un mecanismo por el que en excepcionales ocasiones se acude a un recurso necesario para poder negociar una determinada cuestión como se trata de la inaplicación de condiciones del Convenio Colectivo.<sup>47</sup>

Teniendo en cuenta la falta de órganos sindicales en las pequeñas empresas, al no haber una regulación clara sobre el proceso, es perfectamente previsible que se provoque una importante interferencia del empresario en el proceso de designación de la comisión y en la elección de sus integrantes. Indudablemente esto va a cuestionar de manera directa que la comisión realice una correcta defensa de los intereses de los trabajadores. Es más, la regulación de la comisión laboral presenta dos ausencias de la norma que limitan, y si acaso impiden, que la misma pueda ser estimada como un órgano de representación de los trabajadores. En primer lugar, no se ha regulado que los trabajadores integrantes de la comisión puedan favorecerse de los derechos de protección propios de un representante de los trabajadores, como lo sería, por ejemplo, un delegado sindical. Obviamente esto limita el trabajo y el correcto desarrollo de un

---

<sup>47</sup> La posibilidad de que negocie una comisión ad hoc a través también a los supuestos de movilidad geográfica colectiva (art. 40.2 ET), modificaciones sustanciales de carácter colectivo (art. 41.4 ET), suspensión del contrato (art. 47.1 ET), o despido colectivo (art. 51.2 ET).

proceso de negociación, pues al faltar la protección propia de un órgano de representación, convierte a la comisión en un blanco susceptible de sufrir una gran presión empresarial, quitándole la eficacia como instrumento de negociación y de representación de los intereses de los trabajadores. Independientemente de lo anterior, cabe la interpretación jurisprudencial favorable al entender que deben extenderse las garantías y prerrogativas propias de los representantes de los trabajadores, durante el procedimiento negociador y con posterioridad al mismo, a los integrantes de la comisión ad hoc.

Lo importante para considerar cuál es la naturaleza de este medio de representación es la configuración legal del mismo, y es claro que el legislador no ha facilitado una regulación en la que se otorgue a esta comisión un tratamiento propio de órgano de representación de los trabajadores. En otro orden de cosas, hay una ausencia que evidencia que no estamos verdaderamente ante un órgano de representación de los trabajadores: la falta de regulación referente a los derechos de previa información a la hora de negociar con el empresario. El legislador no ha previsto que sea entregada información alguna a esta comisión, lo que reduce manifiestamente las posibilidades de actuación de la misma, pues va a tener que moverse a ciegas, o creer lo que el empresario considere necesario. En definitiva, una comisión en la que la posibilidad de sufrir influencias e incluso manipulaciones por parte empresarial es absolutamente posible, todo ello desde el mismo momento en que los trabajadores opten entre una comisión sindical o laboral.

En la práctica no estamos ante un órgano de representación de los trabajadores, sino unos portavoces de los mismos; es decir, se trata de una negociación directa entre el empresario y los trabajadores, y no un sistema de negociación colectiva verdadero en la que se han designado a auténticos representantes de los trabajadores. Consiguientemente, no será difícil entender que el procedimiento de consultas se trata en aquellos casos de un mero trámite de aceptación de la propuesta enunciada por parte de la empresa. La disposición que el legislador ha hecho de esta comisión laboral parece ser muy negativa. Diferente

opinión se puede sostener en relación con la comisión de carácter sindical, pues se estaría utilizando una vía de representación de esta naturaleza.

Pero el principal problema que plantea la comisión ad hoc de trabajadores no es su naturaleza jurídica, sino los resultados que trae su actuación en el ámbito del art. 82.3 ET: que el legislador admite la posibilidad de que una comisión, a la que difícilmente podemos entender como órgano de representación, va a poder aunar su voluntad a la del empresario para inaplicar y modificar la ordenación de un convenio. Esto es, una comisión que carece de legitimación para negociar un convenio, en cambio, puede decidir la inaplicación de un convenio estatutario y la reducción de parte de su contenido.

Por último, es preciso detenerse en la demostración de si el desarrollo del periodo de consultas, que como hemos dicho, se perfecciona como primera fase del procedimiento de inaplicación, se ha realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.4 ET (al que se remite el art. 82.3 ET). Por tanto, en el seno de una comisión negociadora constituida según sus normas y cumpliendo con el deber de buena fe en la negociación, entre otras cosas, en que habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas de ambas partes<sup>48</sup>; y, característicamente en el procedimiento de inaplicación del artículo 82.3 ET en que, según lo señalado por los tribunales<sup>49</sup>, bajo ningún caso, se formule ante la Comisión Consultiva Nacional una petición de inaplicación cuyo contenido varíe radicalmente lo negociado durante el periodo de consultas y que por tanto no haya podido ser objeto de discusión durante el mismo y valorado por los representantes de los trabajadores. La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas.

---

<sup>48</sup> STS de 30 de junio de 2011; SAN de 21 de noviembre de 2012, (proc. 167/2012)

<sup>49</sup> SAN núm. 128/2013, de 19 de junio (proc. 211/2013)



#### 4.2.2. Periodo de consultas.

Una vez constituida la comisión, tiene lugar el periodo de consultas, Como ya se ha destacado el artículo 83.2 ET, en cuanto al periodo de consultas se refiere, se remite a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET.

Respecto a la duración máxima de este periodo de consultas, se establece en 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 demostrar el creciente interés del legislador de abrir la puerta a que se alcance el objetivo primordial del empresario, 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 consultas<sup>50</sup>.

El empresario ha de mostrar las causas justificativas del descuelgue y que originan la decisión empresarial, la necesidad de la medida, y la posibilidad de impedir o reducir sus efectos y amortiguar las consecuencias para los trabajadores. La ley no lo prevé expresamente, pero es útil que las consultas también versen sobre las nuevas condiciones que se aplicarán en la empresa, y que deberán formar parte del contenido del acuerdo.

No obstante, hay que 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.

---

<sup>50</sup> 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

### **4.3. En cuanto a la forma. El acuerdo de empresa y las vías extrajudiciales de resolución.**

Atendiendo al articulado, cabe señalar cuáles son los principales problemas que esboza este procedimiento desde la perspectiva del descuelgue de condiciones. En primer lugar, la constitucionalidad del descuelgue de condiciones demanda de un mecanismo que se incluya dentro del ámbito de la negociación colectiva: para alterar las condiciones estipuladas en un convenio, el cual es fuente de obligaciones, se requiere otro instrumento de la negociación colectiva como es el acuerdo de empresa.

El mismo art. 82.3 ET se refiere al acuerdo previo desarrollo de un período de consultas tal y como indica el art. 41.4. Por lo tanto, estamos en el ámbito del derecho a la negociación colectiva.

A través del mecanismo de inaplicación, se descuelga de condiciones que han sido acordadas en un convenio colectivo, por lo que para poder hacer efectiva esta posibilidad, es preciso que se tenga que seguir un determinado procedimiento señalado en el Estatuto de los Trabajadores; pues de no hacerlo, daría lugar a una gran violación al derecho de la negociación colectiva reconocido constitucionalmente en el artículo 37 de la Constitución Española, si esa disposición se pudiese imponer de manera unilateral por el empresario. Por tanto, por fijar una base, no cabe hablar de inaplicación y sustitución de condiciones laborales por voluntad unilateral del empresario<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> 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.

### 4.3.1. Acuerdo de empresa.

El acuerdo de empresa es hoy en día decisivo a la hora de regular las relaciones laborales<sup>52</sup>. Cabe distinguir tres diferenciaciones.

#### 4.3.1.1. DEFINICIÓN.

En cuanto al contenido del acuerdo, este es doble. Por un lado, declara la decisión de las partes de inaplicar ciertas condiciones regladas en el convenio colectivo de referencia, y de otra, procede a la sustitución de dichas condiciones por una nueva regulación. Por lo tanto, no se entiende suficiente el hecho de acordar la inaplicación de ciertas reglas del convenio, sino que es necesario crear una regulación alternativa que llene el vacío que causa dicha inaplicación. El legislador ha establecido la obligación de detallar las nuevas condiciones, y ello es totalmente lógico, pues de lo contrario se estaría llegando a no sólo una situación de inseguridad jurídica, sino a la posibilidad de que el empresario pudiese determinar de manera unilateral determinadas condiciones que anteriormente se declaran inaplicables. Con ello se estaría cediendo a uno sólo de los contratantes la capacidad de determinar discrecionalmente el contenido de la prestación, generándose una clara situación de inconstitucionalidad.

Cabe destacar en este extremo el límite que ha establecido el legislador en materia de igualdad, pues señala que la inaplicación no puede dar lugar al incumplimiento de las obligaciones determinadas en el convenio sobre eliminación de discriminaciones por razón de género, o las previstas en el Plan de Igualdad aplicable a la empresa. Con ello el legislador pretende proteger del ámbito de la modificación sustancial esos aspectos que conlleven la discriminación; o, dicho de otro modo, que un instrumento encaminado a facilitar una reparación de la empresa no pueda suponer un resultado discriminatorio.

---

<sup>52</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013. op. cit., página 71.

Con esta norma también se busca garantizar la eficacia de las reglas antidiscriminatorias comprendidas en el convenio y fundamentalmente los mecanismos de acción positiva que se hayan podido consagrar. Se trata de frenar el descuelgue frente aquellos acuerdos expresamente establecidos sobre supresión de la discriminación por razón de género.

En otro orden de las cosas, es llamativo que no se haga referencia expresa a la restitución a las condiciones originales, lo cual se recogía expresamente para el descuelgue salarial en el RDL 10/2010 y en la Ley 35/2010, manteniéndose esa posibilidad en la redacción del art. 82.3 ET dada por el RDL 7/2011. Aun así, cuando no se haya reglamentado expresamente esta cuestión, es una posibilidad que depende totalmente de la voluntad de las partes, y que puede formar perfectamente parte de un acuerdo de descuelgue, pese a la falta de regulación. En todo caso, se establece como límite último la pérdida de vigencia del convenio colectivo.

#### *4.3.1.2. EFICACIA SUBJETIVA, JURÍDICA Y TEMPORAL.*

Primeramente, la eficacia en cuanto a los sujetos posee un carácter general, así que afecta a todos los sujetos en el ámbito de aplicación del acuerdo. Sin embargo, hay que realizar una puntualización: el descuelgue de condiciones de trabajo afectará a todos los trabajadores de la empresa que estén afectados por el convenio colectivo que se modifica. Por tanto, el acuerdo de empresa no puede abarcar a aquellos trabajadores que quedan al margen del convenio.

Se observan varios interrogantes cuando el acuerdo tiene un ámbito subjetivo más restringido; es decir, que se limita tan sólo a un colectivo concreto de trabajadores, que pertenecen, por ejemplo, a un mismo grupo profesional, de manera que el descuelgue sea concreto en dicho colectivo de trabajadores. En este caso hay un gran peligro de crear situaciones discriminatorias, por lo que este suceso debe ser tratado con extremo cuidado (por ejemplo, establecer diferentes salarios para un grupo en la empresa).

Por otra parte, se debe plantear la posibilidad de que la eficacia subjetiva del acuerdo de empresa en cuanto al descuelgue pueda ir más allá de los trabajadores que tengan una relación laboral con la empresa. Es decir, la posibilidad de que el acuerdo de empresa pueda estar afectando a los antiguos trabajadores de la empresa, hoy pensionistas. A este respecto, si atendemos a el art. 82.3 ET, este admite el descuelgue en materia de mejoras voluntarias de Seguridad Social. Habría que concluir, por tanto, que el acuerdo afecta a los trabajadores de la empresa, así como a sujetos que ya no son trabajadores, pero que estaban afectados por el convenio.

Por lo que respecta al límite temporal del acuerdo, el art. 82.3 ET indica que “su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”; con esto se resuelve diferentes cuestiones de interpretación que procedían de la antigua redacción del art. 82.3 ET. Estamos ante una duración máxima, luego es posible pactar un acuerdo de empresa con duración inferior a la pensada en el convenio colectivo que se va a dar a inaplicar. Sin embargo, a diferencia de las regulaciones anteriores, el legislador no establece un límite que se considerase absoluto, lo que hace que el descuelgue, aunque sea temporal, pueda dilatarse en el ámbito temporal.

Por tanto, el art. 82.3 ET en la redacción ofrecida por el RDL 10/2010, que solo regulaba el descuelgue salarial, se indica que “en ningún caso dicha inaplicación puede superar el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración”; regulación redundante en la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011.

El salto a la actual regulación comienza con el RDL 3/2012. Esta normativa sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo nos hace ver que la modificación “deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia temporal del convenio

cuya modificación se pretenda”, norma que se reiteraba por la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011.

En cuanto a la regulación más moderna, los efectos del descuelgue pueden durar hasta el momento en que resulte aplicable un nuevo convenio. Ello por tanto supone que se prolonga no sólo durante la vigencia normal del convenio, sino que también en los supuestos de prórroga y de ultraactividad, hasta que un nuevo convenio resulte de aplicación en la empresa. Cabe aquí destacar que la nueva regulación introducida por el RDL 32/2021 devuelve la ultraactividad ilimitada al ordenamiento laboral, más concretamente, en el párrafo tercero del art. 86.4 ET.

En cuanto a la eficacia jurídica del descuelgue. Sobre este asunto, al igual que se hacía referencia líneas arriba, la eficacia subjetiva general o erga omnes, cabe entender que el acuerdo ha de tener eficacia jurídica normativa. Y es que, si no fuera así, no existiría el descuelgue de condiciones pactadas en convenio estatutario. No obstante, el hecho de que el acuerdo de descuelgue pueda tener eficacia normativa no significa, que estemos ante un convenio colectivo estatutario; estamos ante una manifestación distinta de la negociación colectiva, tal como se ocupa de subrayar el propio ordenamiento legal.

#### *4.3.1.3. PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE CAUSA Y POSIBILIDADES DE IMPUGNACIÓN.*

El establecimiento de acuerdo provoca que se puedan suponer las causas justificadoras del descuelgue, de forma que sólo será posible impugnar el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Se trata, pues, de una presunción que tiene la característica de ser legal, y que procede cuando hay acuerdo, de forma que parece que se ha invocado dicha causa como justificadora del descuelgue; todo ello aun cuando en un inicio la inaplicación se dispone como una institución de puro carácter causal.

La existencia del acuerdo supone que la justa causa no sea precisa como requisito sustancial para el descuelgue de condiciones de trabajo. Desde este punto de vista, la exigencia causal establecida por el propio art. 82.3 ET queda claramente relativizada: pasando a ser una exigencia dispositiva. Respecto a esta exigencia cabe plantearse si se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Para responder a esta pregunta hay que establecer si es posible impugnar por el descuelgue por falta de causa. Si la impugnación es posible, la presunción admite prueba en contrario, si no fuera así, nos encontraríamos ante una presunción *iuris et de iure*. No obstante, aun cuando las posibilidades de impugnación del acuerdo parecen muy restringidas, sin embargo, es cierto que se admite la posibilidad de impugnación del acuerdo, se admitiría la prueba en contrario, luego estamos ante una presunción *iuris tantum*.

En cuanto a las posibilidades impugnatorias, estas son bastantes. De entrada, se permite recurrir el acuerdo por estimar la existencia de alguno de estos cuatro elementos: fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Es decir, en este caso no se impugna el acuerdo por falta de causa del descuelgue, sino por creerse que se ha alcanzado el acuerdo gracias a alguna de estas prácticas que rechaza el ordenamiento. En este caso estaríamos ante un procedimiento de conflicto colectivo de los regulados en los arts. 153 y ss. de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Social (LRJS). Si se entiende que así es la única posible denuncia del acuerdo, se trataría de un gran error, pues se estaría limitando de manera irrazonable el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, hay que estar a la propia literalidad del precepto: el art. 82.3 ET señala que la existencia de acuerdo implica la presunción de la existencia de causa, de manera que “sólo podrá ser impugnado” por fraude, dolo, coacción o abuso en su conclusión. Es decir, lo que se limita es la posibilidad de impugnar el acuerdo.

Ahora bien, se dejan intactas otras posibilidades impugnatorias. Por ejemplo, aunque el acuerdo de empresa sea una institución regulada de manera flexible, es evidente que hay importantes requerimientos de eficacia de este, como las relativas a la legitimación de los sujetos que negocian. Por tanto, se debe entender que la falta de legitimación para negociar es controlable judicialmente,

pues no se trata de impugnar el acuerdo, ni las exigencias de mayorías de aprobación. Cambiando de asunto, cabe entender perfectamente factible la impugnación de la decisión empresarial de que se aplique lo acordado, lo cual puede pedirse por parte de cada uno de los trabajadores afectados, de forma individual.

Por último, debemos atender a la pregunta sobre si se debe considerar que la presunción se aplicaría en todos los casos en los que, una vez finalizado el periodo de consultas y que no se haya llegado a un acuerdo, se acuda a la vía extrajudicial (la cual se procede a explicar en el siguiente punto). Pues la respuesta ha de ser negativa, ya que el uso de estos no implica que se haya acudido a la negociación para alcanzar una solución. En definitiva, la presunción no se extiende a los supuestos de arbitraje, pero sí a los que se dé la mediación, pues ésta sería más bien una negociación asistida.

#### **4.3.2. Vías extrajudiciales de resolución de conflicto.**

Nos interesa hacer referencia a dos extractos de los artículos relativos a la modificación sustancial y a la inaplicación del convenio colectivo:

Art. 41.4 ET: *“El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”*.

Art. 82.3 ET: *“Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo (...) 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 (...).*

*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 esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, 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 solo 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 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 solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.”*

#### 4.3.2.1. *MEDIACIÓN Y ARBITRAJE VOLUNTARIO.*

El legislador ha intentado cubrir todos los flancos en caso de que no existiera un acuerdo de empresa inicial, problema bastante común en este procedimiento por la negativa de los trabajadores a someterse directamente a la inaplicación del convenio, al tratarse de proceso de auténtica negociación colectiva y no de una imposición directa del empresario (como podría tratarse más bien la figura de la modificación sustancial de condiciones, especialmente la individual). A través de ciertos instrumentos como la mediación o el arbitraje no se busca simplemente desbloquear situaciones en las que las partes interrumpen el proceso de negociación, sino de facilitar la inaplicación y que se alcance finalmente el descuelgue. Por tanto, una cosa es clara: no se deja lugar al rechazo de la demanda empresarial de inaplicar el convenio de referencia. (para la conclusión)

En cuanto a los diferentes mecanismos de solución, cabe acudir, en primer lugar, a lo establecido por el art. 41.4 ET, norma aplicable al descuelgue por la remisión que realiza el propio art. 82.3 ET. Aquel precepto prevé la posibilidad de que empresario y representantes de los trabajadores puedan, en cualquier momento, sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que se aplique en el ámbito de la empresa. Este planteamiento por el que el procedimiento de consultas se hace dispositivo, hace que se dude de la aplicabilidad de esta posibilidad al descuelgue de condiciones, pues el procedimiento de consultas es necesario a tenor de lo previsto por el art. 82.3 ET. Sin embargo, pese a lo que se acaba de afirmar, debemos tener en cuenta que, si se acude a la mediación, en realidad no estamos sino ante una negociación asistida por un tercero, lo que supone que siga siendo un procedimiento negocial en sentido estricto. El problema se va a plantear realmente en caso de arbitraje, pues aquí el tercero asume las funciones decisoras, lo cual queda lejos de la configuración del derecho a la negociación. Aun así, puede argumentarse que el arbitraje es acordado por las partes dentro del procedimiento de consultas, por lo que entraría dentro de las posibilidades del derecho a la negociación colectiva; razón por la cual no se opondría a la necesidad de que el descuelgue se produzca a través de un mecanismo de negociación colectiva.

#### 4.3.2.2. *Comisión paritaria del convenio colectivo.*

En cuanto a los dispositivos regulados en el art. 82.3 ET como alternativas ante la falta de acuerdo, se establece la posibilidad de *“someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada”*. En este momento cabe preguntarse a que comisión se refiere el convenio. Teniendo en cuenta los antecedentes inmediatos, esto es, el RDL 3/2012 y el RDL 7/2011, parece ser que se trataría de la Comisión Paritaria del convenio, independientemente de cuál sea la denominación con la que es recogida por el convenio colectivo.

Se instituye este procedimiento para las discrepancias que se den durante el periodo de consultas, por el que cualquiera de las partes podrá derivar la disputa a la Comisión Paritaria del convenio, la cual tiene siete días para pronunciarse, desde que la discrepancia fue planteada. Que el articulado use la palabra “podrá” no determina fielmente que la intervención de la Comisión Paritaria sea opcional o potestativa, ya que, si el Convenio Colectivo que busca inaplicarse establece la obligatoriedad de la intervención, ésta se convertirá en ineludible.

En los casos que se intente un autodescuelgue, la vía de la comisión paritaria no tiene mucho sentido, pues ante la falta de pacto de los sujetos legitimados para negociar, se acude a una comisión integrada por esos mismos sujetos. Se tendrán más posibilidades de llegar a un acuerdo si estamos ante la inaplicación del convenio colectivo de sector, pues la comisión va a estar compuesta por sujetos diferentes de los que negocian el descuelgue.

Cabe destacar que siempre que falle el paso anterior, será posible acudir a otros mecanismos alternativos regulados a través de acuerdos interprofesionales de ámbito profesional o autonómico<sup>53</sup>. Aquí cabe incluir las discrepancias nacidas

---

<sup>53</sup> Art. 85.3 ET sobre contenido mínimo del convenio.

en la negociación en cuanto al compromiso anterior de someter las discrepancias a un arbitraje obligatorio, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma validez que los acuerdos en el periodo de consultas.<sup>54</sup>

Una vez tratadas ambas medidas, surge la duda de saber si tienen carácter obligatorio para las partes. Para resolver la cuestión hay que remitirse al art. 82.3 ET, el cual señala que “las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales”. Del tenor del artículo parecería correcto afirmar que se ha establecido una obligación legal para las partes, de manera que, si tras el período de consultas no se llega a un acuerdo, bien se haya acudido comisión del convenio o no, es obligatorio acudir a los mecanismos de resolución extrajudicial regulados en los acuerdos interprofesionales.

Si a nivel de acuerdo interprofesional se estableciera un sistema arbitral obligatorio, dicha regulación podría vulnerar el derecho a la negociación colectiva, por lo que no sería factible tal regulación.

*4.3.2.3. ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LA COMISIÓN  
CONSULTIVA DE CONVENIOS COLECTIVOS.  
(REFERENCIA A LA SENTENCIA 119/2014, DE 16 DE JULIO  
DE 2014 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL).*

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) se trata de un órgano colegiado, tripartito. En este se representa a la Administración General del Estado y las Organizaciones Sindicales y Asociaciones Empresariales más representativas, teniendo un capacidad de acción autónoma en sus funciones, aunque desde el punto de vista orgánico está adscrita a la Dirección General de Empleo, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de acuerdo con el Real

---

<sup>54</sup> BLASCO PELLICER, A. entre AA.VV: *Teoría y Derecho Revista de pensamiento jurídico* 13/2013 *La reforma laboral de 2012: Una lectura sosegada. Subapartado: Un nuevo marco para la negociación colectiva. Pg. 164 y ss.*

Decreto 343/2012, de 10 de febrero (BOE de 11/2/2012), por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

La Comisión Permanente está formada por el presidente de la Comisión y por dos vocales de cada uno de los tres grupos que la constituyen, así como por su Secretario. La designación de los miembros de la Comisión corresponde al Pleno de esta, a propuesta vinculante de cada uno de los grupos de representación.<sup>55</sup>

La CCNCC destaca por ser la que resolverá la controversia surgida entre la empresa y los representantes de los trabajadores cuando no exista acuerdo en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo que se conforman en el convenio aplicable, siempre que se den determinadas circunstancias, enmarcadas en el Art. 83.2 ET y art. 16 del RD 1362/2012. En primer lugar, que no se hubiera emplazado la intervención de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, ésta no hubiera llegado a un acuerdo. La segunda circunstancia consiste en la necesidad de que, o bien no fueran aplicables los procedimientos que hayan establecido los acuerdos interconfederales, estatales o autonómicos, previstos en el artículo 83 ET; o bien cuando, habiéndose recurrido a dichos procedimientos, éstos no hubieran solucionado el objeto de la discusión.

En principio, si cualquiera de los dos mecanismos de autocomposición (intervención de la comisión paritaria, procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos) resulta eficaz, no habría problema, pero la posible falta de acuerdo de una de las partes frente a la solución acordada no se resuelve solicitando la siguiente fase del procedimiento prevista en la norma, sino mediante la impugnación ante los tribunales.

La intervención de la CCNCC, por tanto, podría entenderse como subsidiaria, porque actuaría solo cuando no se haya dado una solución al conflicto

---

<sup>55</sup> Información extraída de la página web oficial del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Para más información se puede consultar el siguiente enlace: [https://www.mites.gob.es/es/sec\\_trabajo/ccncc/index.htm](https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/index.htm)

sobre inaplicación de las condiciones de trabajo del convenio colectivo a través de alguno de los mecanismos de autocomposición del conflicto que resultan preferentes con arreglo al artículo 82.3 ET. Por tanto, la actuación de la Comisión Consultiva es “subsidiaria y de último grado”<sup>56</sup>.

Son varios los autores que destacan que nos encontramos ante un arbitraje de carácter público y obligatorio<sup>57</sup>. Por ello se podría decir que se sustituye la figura del juez, ya que aquí las partes no deciden voluntariamente someterse al arbitraje, y recurrir a la CCNCC siempre es posible, ningún otro proceso de los vistos anteriormente cierra la vía a este. Además, destaca que es un arbitraje público, pues el órgano encargado de decidir la cuestión (CCNCC, u organismo equivalente en la CA), es un órgano administrativo que resolverá propiamente o designará a un árbitro imparcial para que zanje la disputa.

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. Estas vías ya se trataban de una cuestionable constitucionalidad.

Una vez entablada la reforma de 2012, estos mecanismos se refuerzan y se crea la CCNCC. En general, resulta excesivo poner en duda la constitucionalidad de todas las vías de solución de discrepancias creadas. Pero en lo que respecta a la actuación de la CCNCC cabe un debate, 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

---

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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.

que llegue la CCNCC (u organismo equivalente) se impone al citado acuerdo, lo que da lugar a la pérdida de las facultades negociales de las partes<sup>58</sup>.

Esta disputa fue zanjada tras formularse el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, en virtud del cual se le presentó la oportunidad al Tribunal Constitucional, en la STC de 16 de julio de 2014, de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 82.3 ET, y posteriormente, de forma similar, 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.

En la resolución, promovida por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y en la segunda sentencia que ratifica la primera, iniciada a través de recurso 5610-2012, promovido por ciento cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural, se trata de forma extensa la cuestión a la que hacemos referencia.

Los recurrentes señalan al respecto que “es posible aceptar la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio cuando tal decisión sea el resultado de un procedimiento negociado de inaplicación, como ocurría en precedentes regulaciones, pero que resulta inadmisibles, por traspasar los límites de lo constitucionalmente aceptable, la actual atribución por iniciativa de la dirección de la empresa, de una facultad final a la CCNCC”.

La supuesta inconstitucionalidad se apoya en este recurso en que la reforma que se realizó en 2012 se extralimita en cuanto a hacer frente a la rigidez del mercado laboral propiciando una mayor flexibilidad en la regulación del trabajo, porque afecta gravemente a la negociación colectiva, siendo “*incompatible con el modelo constitucional laboral*”. Constituye, como critican

---

<sup>58</sup> Destaca en este estudio, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011» *Relaciones Laborales* n.º 2, 2009. págs. 285-318. op.cit. página 67.

los recurrentes, una ruptura con el “*modelo de negociación colectiva*” constitucionalmente consagrado.

Otra de las alegaciones que se realizan en el escrito de recurso es la siguiente: “*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*”.

Destaca también entre otros argumentos, la referencia a la fórmula *pacta sunt servanda*, indicando lo siguiente: “*rompe el mandato constitucional de la fuerza vinculante de los convenios, ignorando el pacto sunt servida colectivo que se fundamenta en el libre consentimiento de las partes y cuyos destinatarios no pueden alterar sin acuerdo*”.

Según los recurrentes, que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos autonómicos equivalentes tengan la posibilidad de acordar no aplicar lo pactado en un convenio colectivo vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE), la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El Tribunal responde señalando que la finalidad de la intervención de la citada Comisión no es más que 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*”. Es decir, “*facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo*” en un contexto de crisis económica “*muy grave*”.



Es decir, el Pleno explica que la intervención de la Comisión es limitada: solo se produce cuando en la empresa ocurran “*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*” determinadas por la ley y cuando empresario y trabajadores ya hayan agotado todas las vías de negociación y no logren llegar a un acuerdo sobre la inaplicación del convenio. La última decisión que en su caso adopte la Comisión no afectará a todas las empresas del sector sobre las que sea de aplicación el convenio ni a todas las materias pactadas en el mismo. Respecto a este último aspecto, la inaplicación del convenio deberá ceñirse “*estrictamente*” a las materias marcadas por el precepto legal, directamente ligadas “*a la finalidad de defensa de la productividad de la empresa y sus consecuencias sobre el mantenimiento del empleo*”. Finalmente, la duración de esta inaplicación del convenio, limitada en el tiempo, no podrá dilatarse más allá de la vigencia del propio convenio.

El Pleno pone de manifiesto también la naturaleza de la Comisión, un órgano integrado por representantes de Administración, empresa y sindicatos, que, pese a estar adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “*no se encuentra incorporado en la estructura jerárquica*” del citado Ministerio y que “*ejerce sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas*”.

En consecuencia, la posibilidad de intervención de la Comisión “*constituye 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, lo que conduce a descartar la alegada vulneración del art. 37.1 CE, y, por derivación, del art. 28.1 CE*”.

Respecto a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto «*el art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos del órgano autónomo correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto*

*objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa». Por tanto, el tribunal se limita a declarar que ni mucho menos cabe la indefensión por no poder recurrirse a los tribunales ordinarios, ya que «no cabe excluir que esa intervención judicial derivada del art. 82.3 LET permita a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional. Así entendida, por tanto, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente prevista en la norma impugnada —con carácter subsidiario, como ya se dijo—, en cuanto trámite previo al proceso es plenamente compatible con el art. 24.1 CE; en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado».*

Como se observa, el Tribunal realiza una interpretación a favor de la no afectación a este derecho. No se producirá la vulneración denunciada mientras se interprete lo establecido en la ley en el sentido de que cabe un “control judicial pleno” sobre la decisión de la Comisión u órgano autonómico equivalente y que ese control incluya “la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas”.<sup>59</sup>

---

I. <sup>59</sup> Información extraída de la STC con apoyo del artículo web: “El TC desestima el recurso del Parlamento de Navarra contra la reforma laboral”. Editado por Centro de Estudios Financieros Laboral-Social.

## **5. Distinción del proceso según el tipo de Convenio que se desea inaplicar.**

Esta reforma de 2021 opta por mantener la dualidad de tratamiento entre convenios colectivos estatutarios y el resto de los pactos y acuerdos colectivos, incluyendo en el segundo de los grupos a los convenios colectivos extraestatutarios. Dentro de esta terminología, la diferencia estriba según la ubicación del precepto de los correspondientes métodos de inaplicación convencional: el mecanismo de descuelgue de condiciones incluido en el art. 82.3 del ET se restringe a los convenios colectivos estatutarios, en tanto que los restantes productos de negociación colectiva se sitúan en los procedimientos de modificaciones sustanciales del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Partiendo de la perspectiva material, lo interesante es que todos aquellos convenios ya conformados que no tienen el carácter de convenios estatutarios, al dirigirse por la vía del art. 41 ET, a la postre podrían ser modificados por decisión unilateral del empleador, aparte de otros efectos ampliatorios de no poca trascendencia, como pueden ser:

1. Se amplían al máximo las causas justificativas de la inaplicación.
2. La relación de condiciones modificables es inmensa al tratarse de una lista abierta.
3. Siquiera se someten al período de consultas cuando sean tratados como modificaciones individuales por no superar los umbrales cuantitativos previstos en dicho precepto para delimitar la distinción entre cambios individuales y colectivos.

Partiendo de estos elementos diferenciales en el tratamiento entre unos y otros tipos de convenios y acuerdos colectivos, el de mayor trascendencia es el que permite que la inaplicación de lo pactado se origine por voluntad unilateral del empleador, habiéndose superado el principio civil de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar a voluntad de una de las partes y, sobre todo,

quebrantando el principio laboral de garantía del pacta sunt servanda colectivo. Por tanto, con ello no queda garantizado el acatamiento a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, sino que es una regla que afecta a un nivel constitucional que busca el conjunto de los convenios colectivos celebrados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, se quebranta el mandato constitucional cuando se habilita un procedimiento sencillo y de escasa limitación que permite al empleador que no respete la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

En este punto cabe destacar que algún pronunciamiento aislado de nuestro Tribunal Supremo ha admitido la corrección de este texto tal como está presente desde hace tiempo indicada en el art. 41 del ET<sup>60</sup>, sin embargo, estos pronunciamientos, mientras que no se han reiterado hasta el momento presente como para considerarse que el mismo crea jurisprudencia, se efectúan exclusivamente desde la búsqueda de interpretación de la legalidad ordinaria y, por ello, sin entrar a fondo en el análisis de las discusiones de constitucionalidad que se le pueden hacer al mecanismo de modificación unilateral tal como se encuentra recogido en el citado art. 41 ET.

Analizado este elemento desde otra perspectiva, ya que todos los descuelgues de convenios estatutarios desde este momento se desarrollan extramuros del procedimiento de modificaciones sustanciales, teniendo en cuenta el art. 41.6 ET<sup>61</sup>, situándose necesariamente en el ámbito de la regulación sobre descuelgues (refiriéndonos al art. 82.3 ET<sup>62</sup>), significa que cualquier tipo de inaplicación convencional se canaliza por esta última vía con independencia de su afectación cuantitativa. O dicho de otra forma, en ningún situación se aplican los

---

<sup>60</sup> STS 6 de octubre de 2009, RJ 5661

<sup>61</sup> En el cual se establece que las modificaciones de las condiciones de trabajo que se encuentran en los convenios colectivos se deberán hacer con arreglo a lo dispuesto en el artículo 82.3 ET

<sup>62</sup> Artículo referido a lo relacionado con las materias objeto de inaplicación y el procedimiento a seguir para obtener un acuerdo en caso de ser necesario el descuelgue.

umbrales numéricos del art. 41 ET, de modo que, aunque se busque una inaplicación parcial por afectar a un número pequeño de trabajadores dentro de la empresa, siempre, en cualquier circunstancia, se deberá ello tramitar a través del procedimiento del art. 82.3.

En segundo lugar, hasta el momento, el procedimiento de inaplicación salarial estaba limitado al supuesto de un convenio colectivo sectorial respecto del cual la situación de una concreta empresa demandaba inaplicar dichas condiciones en ese específico ámbito empresarial; perspectiva que era esencialmente la que había dado lugar a que se asentara en el lenguaje habitual coloquial el término “descuelgue”, en la medida en que era una única empresa la que se separaba del régimen de condiciones salariales previsto en el convenio sectorial, mientras que el conjunto de las restantes empresas del sector conservaban el ámbito de aplicación de este convenio. Sin embargo, a partir de 2012, el texto estatutario empieza a incorporar no sólo la hipótesis del descuelgue sobre el convenio sectorial sino adicionalmente la del mismo proceso respecto de lo pactado en un convenio de empresa, en términos tales que a partir de ahora incluye también el fenómeno del “autodescuelgue”.

En este punto es necesario advertir a estas cuestiones que es relativa la novedad que dio la reforma de 2012, por cuanto que antiguamente era posible articular la mayoría de estos descuelgues por la vía del art. 41 ET o por la vía del acuerdo voluntario de anticipo de la renovación de cualquier tipo de convenio colectivo, siempre factible en desarrollo del principio general de autonomía contractual colectiva de los legitimados para pactar o renovar un convenio colectivo. Eso sí, no deja de ser importante cuando ahora se arbitra un mecanismo que al final confluye en una fórmula que no garantiza que el descuelgue de lugar a un procedimiento de flexibilidad negociada.

La situación es distinta si se trata de un convenio colectivo extraestatutario, el cual se puede alcanzar por dos vías: A través de la necesidad o imposibilidad originaria, al no existir representantes legitimados para negociar un

convenio colectivo estatutario según los arts. 87 a 89 ET, o bien, de forma voluntaria o imposibilidad sobrevenida, cuando sí haya representantes legitimados para negociar un convenio colectivo estatutario y las partes decidan negociar extraestatutariamente , optando por respetar en todo momento el deber de negociar de buena fe que se refleja en el art. 89.1 ET. De este modo, y como podemos ver en diversas sentencias del Tribunal Supremo, el contenido de dichos convenios ha mermado considerablemente, haciendo nulas las cláusulas de imposible aplicación individualizada y de necesaria aplicación a todos los trabajadores de la empresa. No obstante, este tipo de convenios colectivos extraestatutarios están limitados por las normas legales y reglamentarias imperativas (absolutas y mínimas).<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (entre otros). *Los convenios colectivos extraestatutarios: Contenido y régimen jurídico*. Ministerio de Trabajo y Economía social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

## **6. Análisis estadístico de las inaplicaciones de Convenio Colectivo.**

El siguiente breve análisis otorgará un punto de vista práctico a este procedimiento, a la influencia de las distintas reformas que se han operado, y una referencia al momento actual en cuanto a su uso.

Para ello, se toma como referencia los datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social.<sup>64</sup>

En un principio, las reformas operadas en el año 2012, cuyo fin claro fue proporcionar la flexibilidad interna a los empresarios, aumentaron de forma drástica las posibilidades del descuelgue a través de la ampliación material, la dulcificación causal, e introduciendo así mismo distintos mecanismos de solución de controversias.

En primer lugar, es necesario hacer referencia al número de convenio colectivos que se han dado. En los cinco primeros meses de 2022 se han firmado y registrado 253 convenios colectivos, 176 de empresa y 77 de ámbito superior; de los 253, 51 corresponden a nuevas unidades de negociación. Para tener la referencia del año anterior, a lo largo del año 2021 se firmaron y registraron 908 convenios colectivos, 685 de empresa y 223 de ámbito superior a la empresa, una cifra similar a la referente a los primeros 5 meses del 2022, aunque el documento informa de que sería necesario esperar a la finalización del año para poder hacer conclusiones al respecto.

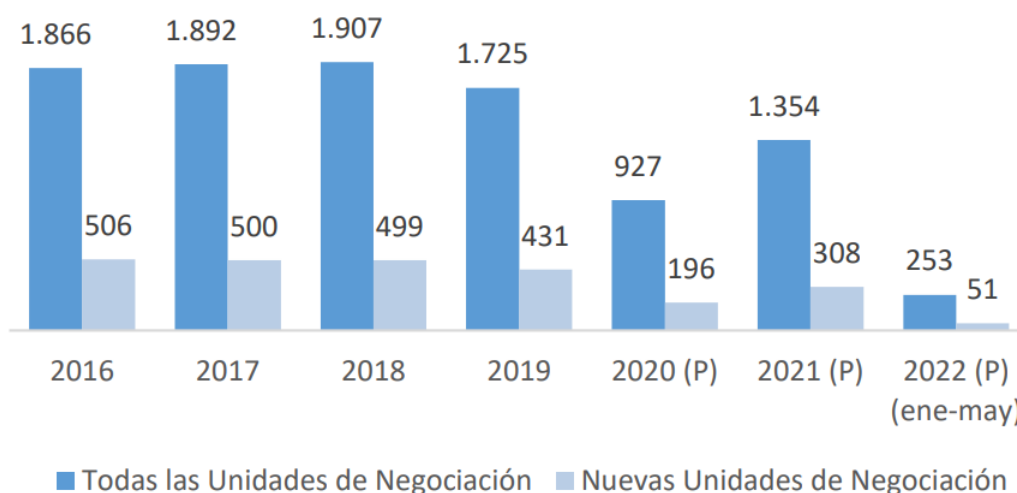
En las tablas siguientes se presenta la información de los convenios firmados y registrados hasta mayo de 2022. Para su interpretación hay que tener

---

<sup>64</sup> Se puede encontrar más información en el siguiente enlace: <https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

en cuenta que los datos son provisionales para los años 2020, 2021 y 2022. Sin embargo, aunque ninguno de los dos primeros años está cerrado (2020 y 2021), de ambos se tiene ya información relativa al año completo, a diferencia de lo que sucede para el 2022, del que sólo se puede proporcionar información

### Convenios firmados y registrados



correspondiente a lo que va de año.

En cuanto a las inaplicaciones del convenio colectivo, las tablas indican un descenso cuantitativo moderado en los últimos años, debido principalmente a la mejor situación económica generalizada del tejido productivo español. También se puede observar un proceso pronunciado de bajada en los últimos años, debido principalmente a las medidas del Gobierno español respecto a la introducción de los mecanismos ERTE financiados y la paralización de la actividad económica en 2020.

Sin embargo, es fácil predecir que una vez se restaure la normalidad en el mercado laboral afectado por ayudas económicas y se ponga fin a la moratoria concursal, los números de empresas que inapliquen el convenio aumenten drásticamente, así como los despidos colectivos, la preferencia aplicativa y las modificaciones sustanciales.



### Ritmo de depósito de inaplicaciones de convenios



### Trabajadores afectados por inaplicaciones de convenios

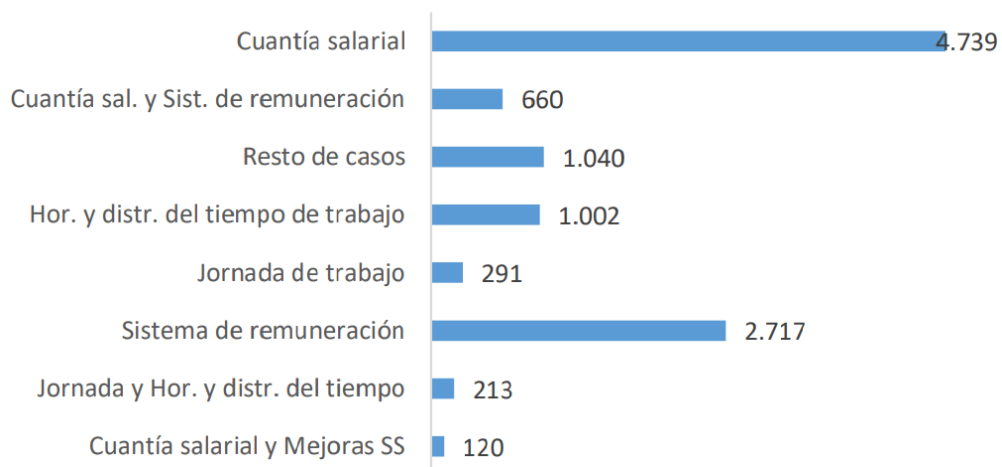


Por último, es necesario hacer una breve referencia a los datos comparados con el ámbito material que afecta la inaplicación. Principalmente las inaplicaciones buscan reducir las condiciones beneficiosas de convenios en cuanto a materia salarial y sistema de retribución, tal y como podemos observar en los siguientes gráficos.

### Inaplicaciones de convenios



### Trabajadores afectados



## **7. Conclusiones jurídicas.**

Primero. Tras el trabajo de investigación, como conclusión primera cabe indicar que la inaplicación del convenio colectivo se trata de una medida de carácter extraordinario que permite al empresario, previo desarrollo de un procedimiento marcado por la ley, en el que se da la posibilidad a los representantes de los trabajadores de ser consultados, aplicar unas condiciones de trabajo diferentes a las que venían previstas en el convenio colectivo.

Se ha podido observar como este mecanismo confiere al empresario una gran flexibilidad cuando la empresa se encuentra en situaciones de precariedad económica, situaciones que cabe justificar someramente a través de una demostración de la situación económica, técnica, organizativa o productiva desfavorable. Incluso añadiendo en el primero de los casos la simple previsión de pérdidas o falta de ingresos futura.

Segundo. Es cierto que este mecanismo se ha diseñado para hacer frente a crisis empresariales momentáneas y que se prevén resolver en el corto plazo. Pero desde que se dio lugar a la reforma operada en 2010 para flexibilizar las causas y la de 2012 para ampliar los presupuestos en los que las empresas podrían inaplicar las condiciones, cabe plantearse si verdaderamente este mecanismo es tan útil (a la luz de las últimas cifras) para hacer frente a estas situaciones, o si verdaderamente se necesita actuar de forma más contundente o a través de otros mecanismos, como por ejemplo el ampliamente incorporado por las empresas durante la pandemia del COVID-19, el Expediente de Regulación Temporal de Empleo, o ERTE por sus siglas, el cual ha cosechado grandes elogios por parte de la patronal. Todo sea dicho, estos dos mecanismos no tienen comparación en cuanto al coste económico que supone al segundo actualmente, debido a la financiación que se da por parte del Estado y las exoneraciones a la cuota de la Seguridad Social que se prevén realizar en el novedoso Mecanismo RED.

Ambos mecanismos favorecen el mantenimiento del empleo a través de la flexibilización interna, pero por un lado la inaplicación del convenio colectivo causa un empeoramiento de las condiciones de trabajo, en detrimento por tanto del trabajador, y que muchas veces (como hemos podido observar) se basará en la desvinculación o descuelgue del salario pactado por convenio (bien sea de empresa o de sector). Y por el otro, el ERTE, regulado en el artículo 47 ET, se centra en la reducción o suspensión de la jornada, por causas ETOP o por fuerza mayor. Por tanto, una diferencia a priori es clara, y es que el mecanismo ERTE no busca afectar directamente a la retribución salarial (aspecto que principalmente se busca tratar por los empresarios a la hora de negociar la inaplicación), aunque si bien hay que indicar que indirectamente se ve afectada, debido a que la reducción del tiempo de trabajo conlleva una reducción salarial proporcional. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se trata de un mecanismo perfecto para financiar las situaciones en las que la empresa no necesite momentáneamente a los trabajadores, debido por ejemplo a episodios de baja demanda como se pueden dar en el turismo, un sector económico esencial en el tejido productivo español (ya se han aprobado distintos ERTE del mecanismo RED en este sector).

Por tanto, es interesante una disyuntiva entre ambos elementos, pero debemos conocer que la naturaleza principal de la inaplicación de condiciones (básicamente la cuantía salarial y el sistema de retribución) es algo que no puede sustituirse por la simple reducción de jornada que propone el ERTE. Pero de esto puedo extraer que, por tanto, las materias distintas de la cuantía salarial y el sistema de retribución en la inaplicación de los convenios colectivos pueden resultar redundantes al existir una vía que a día de hoy se ha simplificado y se ha visto bastante beneficiada, como es el ERTE. Habría que estar a las actualizaciones más recientes en cuanto a la instauración de este mecanismo para saber su alcance e importancia en nuestra economía, pero indudablemente las empresas (y obviamente los trabajadores) prefieren optar por este sistema al tratado en esta investigación, que tanto daño genera.

Tercero. En la reforma laboral de diciembre de 2021, tan prometedora y vendida por parte del legislador como el fin de la precariedad en cuanto a las

reformas llevadas a cabo en 2012 para frenar o paliar los efectos de la crisis financiera, no ha introducido ningún tipo de novedad respecto al mecanismo estudiado en este documento. Así las cosas, me he limitado a presentar el proceso de moldeado de esta figura más o menos utilizada, desde su incorporación al ordenamiento legal a través de la ley 11/1994, pasando por la distinción, que al público lego en la materia puede parecer confusa, con otros elementos de flexibilidad laboral interna, como son la modificación sustancial de condiciones, el mecanismo ERTE y su novedosa variación RED, o también la preferencia aplicativa del convenio de empresa. A mi parecer, el legislador ha perdido una oportunidad para modificar los aspectos más perniciosos que se han dado con las últimas reformas en este mecanismo, aunque a juzgar por las cifras, podemos observar que este mecanismo no presenta tanta importancia hoy en día para las empresas. Quizás podría haberse tratado de unificar las distintas medidas y su procedimiento (el cual es ya de por sí semejante) para facilitar la aplicación del mismo, con el fin último de mejorar la flexibilización interna, y hacerla más atractiva para las empresas que atraviesan situaciones preocupantes pero que aún no han de tomar medidas drásticas como la aplicación de un Expediente Regulador de Empleo. La vía tomada por el legislador ha sido la de llevar a cabo ciertas reformas que, dentro del ámbito de la negociación colectiva, devuelvan algo de poder negociador a los representantes de los trabajadores. Esto lo vemos reflejado en la recuperación de la ultraactividad con carácter indefinido, haciendo que las condiciones establecidas en un convenio colectivo sigan en vigor después de que finalice su vigencia expresa, así como la derogación de la prevalencia salarial del convenio de empresa sobre otros convenios.

En cuanto a la reforma operada sobre la cuantía del salario base y de los complementos salariales en el artículo 84.2. sobre preferencia aplicativa del convenio de empresa, se va a propiciar que muchas de las empresas que deseen modificar los salarios por los que se obligan a través del convenio del sector, empiecen a acudir directamente a la vía del 83.2 ET. Por tanto, hay que estar atento a las cifras de aumento de las inaplicaciones en el año 2022 en adelante.

Cuarto. El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la reforma laboral que facilitaba el mecanismo a través de las SSTC 119/2004, de 16 de Julio de 2014, y 8/2015, de 22 de enero de 2015, estableciendo que el fin último de 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.

Por tanto esta reforma, a ojos del constitucional, se basa en el mantenimiento de la empresa y en la necesidad de instituir 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 aplicaran 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 buscado la constitucionalidad de esta medida en que las partes, cuando negocian el convenio colectivo pueden descartar de mutuo acuerdo la posibilidad de someter la discrepancia a la CCNCC. Pensar que esta posibilidad se puede dar es de una gran ignorancia del funcionamiento de la política empresarial, el negociador empresarial es plenamente consciente del alcance de ésta exclusión, ya que aceptar esa cláusula implica un bloqueo a sus posibles márgenes de actuación en esta materia, ya que el empresario no tendrá acceso a resolver la controversia a través de otros medios una vez agotadas las vías de solución extrajudicial.

En cierto modo, tras estas reformas se rompió verdaderamente el equilibrio negociador que se debe dar, consagrado en el art. 37 de la Constitución Española y que ha conllevado a una debilidad especialmente acentuada para la parte de los trabajadores.

El legislador debería ser consciente de ciertos mecanismos si quiere defender el sistema del diálogo social para conseguir pactos empresariales, teniendo en cuenta que la política de sueldos bajos no hace prosperar a un país, si no la mentalidad de trabajadores con trabajos debidamente remunerados y estables, y con margen para defender sus derechos y agruparse colectivamente para mejorar sus condiciones, así como la competitividad de las empresas, impidiendo que se de una facilidad enorme al despido que conlleve la falta de motivación laboral.

## 8. Bibliografía.

ÁLVAREZ ALONSO, pgs. 13 y 14, y NAVARRO NIETO, pg. 33.  
Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 34. 2013

BARREIRO GONZÁLEZ. G y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (entre otros). *“Los convenios colectivos extraestatutarios: Contenido y régimen jurídico”*. CCNCC, Madrid, MTAS, pp. 269 y ss. 2004

CARRIZOSA PRIETO, E., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., : *“La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas...”*, opa. cit., pp. 411 y ss. 2013

CARRIZOSA PRIETO, E., *El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017.

CRUZ VILLALÓN, J., *“Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”*, en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova, pp. 394 y ss.; 2012

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

CRUZ VILLALÓN, J. *“La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva”* Ministerio de Empleo y Economía Social. Universidades de Sevilla y Cádiz. Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid. 2015



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

GOERLICH PESET, J. M., “*Régimen de la Negociación Colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*”, Tirant lo Blanch, Valencia. Pg. 37. 2013

LÓPEZ CUMBRE, L.: *En la negociación del ERTE cabe acordar medidas de descuelgue*. Gómez-Acebo & Pombo. Paseo de la Castellana, 216 - 28046 Madrid.

PRIETO, E., : “*La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas...*”, opa. cit., pp. 411 y ss. 2013

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., y ALARCÓN CASTELLANOS, M. M., “*El descuelgue y el concepto de convenio colectivo aplicable*”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 176/2015 (BIB 2015/2101). 2015

RIVERO LAMAS, J.: “*Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1977*”. REDT, nº.89, p. 393. 1998

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

SEMPERE NAVARRO, A.V., “*La Reforma Laboral de 2021 y los convenios colectivos*. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 251. 2022

THIBAUT ARANDA, J. . *La inaplicación del convenio colectivo después de la reforma de 2012*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. N.º Extraordinario-La Reforma Laboral de 2012 y su desarrollo: 215-231 .  
2014

## **9. Jurisprudencia**

### **9.1. Tribunal Constitucional.**

STC 119/2014, de 16 de julio de 2014 (Nº recurso 5603-2012) por la que se resuelve recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

STC 8/2015, de 22 de enero de 2015 (Nº de recurso 5610-2012), por la que el TC ratifica la sentencia anterior.

### **9.2. Tribunal Supremo.**

STS de 11 de julio de 2006

STS 6 de octubre de 2009

STS de 30 de junio de 2011

STS 5 de junio de 2012

STS de 26 de noviembre de 2014

STS de 22 de enero de 2015

### **9.3. Audiencia Nacional.**

SAN de 21 de septiembre de 2012 (Rec.240/2012)

SAN de 21 de noviembre de 2012, (proc. 167/2012)

SAN de 19 de junio de 2013 (proc. 211/2013)

SAN de 18 de marzo de 2021, (proc. 164/2020)

## 10. Enlaces de interés

<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/E000020004315>

<https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente23.pdf>

<https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

[https://www.mites.gob.es/es/sec\\_trabajo/ccnc/index.htm](https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/index.htm)

<https://www.iberley.es/temas/mecanismo-red-flexibilidad-estabilizacion-empleo-15421>

<https://grupo.us.es/iwpr/la-reforma-de-la-flexibilidad-interna/>