

LA INAPLICACIÓN PARCIAL DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL: PUNTOS CRÍTICOS

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND^{(1) (2)}

I. DEL “DESCUELGUE” SALARIAL A LA INAPLICACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

La inaplicación de convenios colectivos en un singular de mecanismo jurídico a través del cual es posible sustituir el régimen convencional de determinadas condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo por otro más adaptado o próximo a la realidad y las necesidades de la empresa (si el convenio a inaplicar es de sector) o a su situación actual (si es de empresa). Su función no es, en consecuencia, simplemente dejar de aplicar la regulación de una o más materias prevista en el convenio aplicable a la empresa, sino reemplazarla por otra de origen igualmente colectivo, pero adoptada con posterioridad en el ámbito de la empresa. De allí que a nivel doctrinal se afirme que lo que se consagra en estos casos es una regla de preferencia aplicativa del acuerdo de inaplicación posterior frente al convenio colectivo anterior (Cruz Villalón), la cual opera excepcionalmente,

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca

(2) A través del presente artículo el autor se suma al homenaje ofrecido por los miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo a Mario Pasco Cosmópolis, muy apreciado colega y amigo, de quien recibió sus primeras clases de Derecho Colectivo del Trabajo en los años ochenta en las aulas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra alma máter y casa común. El texto recoge el contenido de la conferencia sobre “Inaplicación de convenios: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo”, pronunciada el 13 de octubre de 2013, en el marco del Plan de Formación de Expertos en Negociación Colectiva y Salud Laboral en Canarias.

cuando se cumpla con las causas y se siga el procedimiento previstos en el artículo 82.3 ET.

Aunque el origen remoto de este mecanismo hay que situarlo en los procesos de concertación social de los años ochenta, adquirirá carta de naturaleza legal en España recién en 1994, por dos vías diferentes:

- Las cláusulas de descuelgue salarial, que debían ser previstas y reguladas por todos los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, de acuerdo con el artículo 82.3 ET.
- Los acuerdos de empresa de modificación de otras condiciones de trabajo reguladas en convenio estatutario previstos por el artículo 41.3 ET.

El ciclo reformador iniciado en 2010 ha incidido de manera decisiva en la arquitectura de este instrumento, al haber introducido en él dos cambios estructurales:

- La unificación de las dos vías mencionadas en un único procedimiento regulado por el artículo 82.3 ET.
- El despojo de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa de la capacidad de regular estos procesos de la que disponían con anterioridad, al menos en lo que a la inaplicación de su régimen salarial se refiere, mediante la atribución de la competencia para decidir la inaplicación y fijar las nuevas condiciones al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Es más, esta decisión fundamental, de claro signo descentralizador, ha venido acompañada de otras, puestas en circulación por las sucesivas normas reformadoras (la Ley 35/2010, el Real Decreto-Ley 7/2011, la Ley 3/2012 e incluso el Real Decreto-Ley 11/2003) dirigidas a favorecer al máximo el uso de este mecanismo hasta por cinco vías distintas:

- La ampliación de su objeto, que no afecta ya solo a los convenios de sector sino también de empresa, y abarca además un abanico bastante amplio de condiciones laborales (en realidad, todas las relevantes dentro de un convenio colectivo: salarios, tiempo de trabajo, funciones, etc.).
- El aligeramiento de sus exigencias causales, al desaparecer el requisito de que el estado de cosas que lo justifique sea uno en el que

la aplicación del convenio pueda suponer un daño a la estabilidad económica de la empresa o afectar al mantenimiento del empleo. Frente a ello, basta ahora con que exista “una situación económica negativa”, evidenciada a través de la existencia de perdidas actuales o previstas, o de una disminución de ingresos o ventas en dos trimestres, o que concurran otras causas “técnicas, organizativas o de producción” de alcance no definido.

- La solución de los problemas de interlocución que bloqueaban la aplicación de este mecanismo en las empresas sin representantes del personal, mediante la previsión de la elección de una comisión *ad hoc*, de conformación sindical o elegida democráticamente por y entre los trabajadores, a opción de estos.
- La limitación de las posibilidades de impugnación de los acuerdos que puedan alcanzarse, al señalarse expresamente que su celebración determina que se presuma que concurren las causas exigidas legalmente. Y que los mismos solo podrán ser impugnados judicialmente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.
- La creación de un cauce preceptivo para la solución definitiva de las situaciones de falta de acuerdo, mediante la imposición de un, constitucionalmente muy discutible, arbitraje público obligatorio a cargo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o sus equivalentes de ámbito autonómico.

Sobre la base de esta evolución facilitadora está, como es sabido, la presunta falta de capacidad del sistema español de negociación colectiva para adaptar sus contenidos a las circunstancias específicas de las empresas, reiteradamente denunciada por las autoridades gubernamentales. Pero también la desconfianza de los sujetos negociadores de los convenios supraempresariales hacia este mecanismo, visto por ellos como una fórmula favorecedora de la disminución injustificada de las condiciones laborales y la competencia desleal entre empresas, la cual los condujo a introducir regulaciones del mismo que dificultaban sensiblemente o incluso bloqueaban su puesta en práctica.

Vamos a dejar para otra ocasión el debate, de *lege ferenda*, sobre si esta es una fórmula inadecuada, a través de la cual se favorece la continuidad de empresas improductivas o deficientemente gestionadas, obsequiándolas con un abanico de posibilidades de reducción de las condiciones laborales que deben aplicar, sin exigirles a cambio contrapartidas verificables en materias de mantenimiento o recuperación del empleo (Guerrero Vizueté). Frente ello, voy a optar en esta

ocasión por un planteamiento diferente, centrado en los problemas y los riesgos que, desde una perspectiva del *lege data*, conlleva la aplicación de este mecanismo. Y en lo que, a pesar de todo, pueden hacer los sujetos negociadores de los convenios colectivos a inaplicar para prevenirlos.

Este enfoque me parece más adecuado, antes que nada porque, como podremos comprobar, la puesta en práctica de la actual regulación de este mecanismo contenida en el artículo 82.3 ET conlleva riesgos importantes, para cuya prevención pudiera ser de gran interés una intervención moderada de la autonomía colectiva. Pero también debido a que, como he anticipado y explicaré con más detalle a continuación, en su afán de facilitar lo más posible su empleo, el legislador ha descuidado el establecimiento de mecanismos de control de este instrumento o incluso los ha desactivado deliberadamente, como ocurre, señaladamente, con el control judicial.

En un país como España, con una estructura productiva marcada por la preponderancia más absoluta de las empresas de muy reducidas dimensiones, en las que no existen representantes de los trabajadores o estos carecen de experiencia o capacidad negociadora, no es difícil presagiar el tipo de “descuelgue” a los que una regulación tan laxa como esta es capaz de dar lugar, en particular cuando quienes negocien sean las comisiones *ad hoc* nombradas por trabajadores.

Ante tan importante panorama, me parece evidente que es preciso llevar a cabo una labor interpretativa que, sin bloquear el funcionamiento de este mecanismo, contribuya a su utilización conforme a las finalidades perseguidas por la ley. Y también que los convenios colectivos pueden realizar una valiosa contribución a este objetivo mediante la introducción de garantías que, sin desnaturalizarlo, favorezcan su empleo razonable y adecuado.

Esto es, pues, lo que voy a hacer a continuación: desarrollar un examen crítico de los puntos clave de la regulación actual de la inaplicación de convenios colectivos, destacando cómo es posible rellenar algunos de sus vacíos y diferencias más notorios desde la labor interpretativa o la actuación moderadora de la autonomía colectiva.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL: PUNTOS CRÍTICOS DESDE UNA ÓPTICA FUNCIONAL Y GARANTISTA

El análisis del artículo 82.3 ET con arreglo a esta perspectiva puede ser descompuesto en los siguientes apartados:

A. Sujetos legitimados para negociar el acuerdo de inaplicación

Como se ha apuntado ya, el legislador ha optado por atribuir de manera exclusiva y excluyente la legitimación para negociar y aprobar el acuerdo de inaplicación a “la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio Colectivo conforme a lo previsto por el artículo 87.1 ET”. Naturalmente, esta es una atribución competencial que no puede ser alterada por los convenios colectivos susceptibles de ser afectados por ella, concediéndola por ejemplo a su comisión paritaria, como aun hacen algunos, o sometiendo el acuerdo que pueda alcanzarse al visto bueno de la misma.

Igualmente taxativo ha sido el legislador a la hora de regular las distintas fórmulas como se integra dicha representación, especialmente luego de la reforma del artículo 41.4 ET por el Real Decreto-Ley 13/2011, al que remite el artículo 82.3 ET, al extremo de no haber dejado estos prácticamente márgenes para la duda sobre cómo formularla. Si acaso, es importante aclarar que en nuestro caso, es decir en el ámbito de los procesos de inaplicación convencional, no cabe distinguir entre centros de trabajo afectados y no afectados, ya que la misma opera siempre, como veremos, con relación a la empresa en su globalidad.

Por los demás, el funcionamiento de la fórmula de composición de la representación en ausencia de representantes sindicales o unitarios deja, a pesar de todo, al menos tres cuestiones abiertas.

La primera se vincula con la determinación de lo que ocurre si no se conforma comisión alguna, ni sindical, ni de trabajadores. Aquí, el hecho de que el artículo 82.3 señale que los trabajadores “podrán optar” por una u otra, impide entender que se trata de un obligación. Sin embargo, la aclaración que hace luego el artículo 41.4 ET de que “la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y el transcurso del periodo de consultas”, permite considerar agotado este aunque no se haya materializado, con la decisiva consecuencia de que entonces se abrirá la posibilidad de recurrir sin más trámites al arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para que decida sobre la pretensión empresarial.

La segunda tiene que ver con los procedimientos de elección de dicha comisión, no previstos en la ley. En este caso, la mera referencia al carácter democrático de la elección de los trabajadores que van a negociar resulta manifiestamente insuficiente, por lo que sería muy recomendable que los convenios colectivos regulen el procedimiento a seguir, rodeándolo de garantías que lo coloquen al abrigo de posibles injerencias del empresario. Adicionalmente, la fórmula prevista para la conformación “sindical” de la comisión, cuando se opte por ella,

puede ser también fuente de dudas y conflictos, los cuales hacen aconsejable que los firmantes de los convenios colectivos prevean “en frío” cuál será su composición (Navarro Nieto).

Por último, nada dice la ley sobre las garantías de las que deban gozar los integrantes de dicha comisión, sobre todo cuando son trabajadores de la propia empresa, con el objeto de colocarlos al abrigo de cualquier presión o represalia de la contraparte. Nuevamente, este vacío puede llenarse por la negociación colectiva, asignando a estos trabajadores una protección equivalente a los de los representantes legales del personal, bien que en este caso de fuente convencional.

Todo lo anterior, claro está, sin entrar al debate sobre si la fórmula de elección de la tantas veces referida comisión por y entre los trabajadores da lugar a un auténtico órgano de representación y no a unos meros portavoces (Gorelli Hernández), lo cual conduciría a dudar, como ocurre en mi caso, de su legitimidad constitucional, al afectarse a través de ella un producto de la autonomía colectiva garantizado por el artículo 37.1 de la Constitución.

B. Convenios colectivos susceptibles de ser afectados

Por lo que respecta a los convenios colectivos cuya inaplicación puede llevarse a cabo por esta vía, conviene empezar por precisar que estos son solo los estatutarios. Los convenios extraestatutarios, así como los pactos y acuerdos colectivos, en cambio, se someten al procedimiento del artículo 41 ET, de acuerdo con su apartado 2, el cual admite que su inaplicación pueda llevarse a cabo por decisión unilateral del empresario a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Los convenios estatutarios susceptibles de ser afectados pueden ser, en cualquier caso, tanto de sector como de empresa, según aclara expresamente el legislador. La referencia a los convenios de empresa parecería inútil, ya que siempre cabe su renegociación *ante tempus* por los mismos sujetos legitimados para su inaplicación. No lo es, sin embargo, si se tiene en cuenta que aquí sí existiría deber de negociar. Y que la falta de acuerdo puede desembocar en un arbitraje obligatorio a cargo de Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Lo que sí no parece que quepa es la inaplicación de convenios de ámbito inferior a la empresa (por ejemplo de centro de trabajo), visto el tenor taxativo de la norma (convenios colectivos “de sector o de empresa”) y la naturaleza excepcional de la facultad reconocida en este caso.

Por lo demás, la inaplicación debe tener siempre como ámbito de actuación la empresa en su conjunto y no uno o algunos de sus centros de trabajo, ya

que la facultad prevista por el artículo 82.3 ET es la de “inaplicar en la empresa las condiciones de trabajos previstas por el convenio colectivo aplicable”. Debiendo valorarse, además, al menos las causas económicas, en función igualmente de los “resultados de la empresa” en su totalidad. Otra cosa será que, aún siendo el acuerdo de inaplicación de eficacia general, regule novedosamente alguna condición privativa de un grupo o categoría de trabajadores (un complemento salarial, horarios específicos). O incluso que pueda impactar sobre ex trabajadores de la empresa, cuando afecte a mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Algo que, como veremos, viene expresamente autorizado por el legislador, aunque es difícil que ocurra en los hechos.

C. Condiciones laborales modificables

El artículo 82.3 ET incluye un elenco de hasta siete materias cuya regulación es susceptible de ser inaplicada. A diferencia de la lista de materias de las que alude el artículo 41.1 ET, se trata en este caso de un listado taxativo, que no puede ser alterado por la negociación colectiva, ni reduciéndolo, ni ampliándolo. La reducción sería nula, como es evidente, mientras que la ampliación daría lugar a un descuelgue atípico, sujeto exclusivamente a lo dispuesto por el convenio colectivo que lo prevé.

Las materias incluidas son todas de gran peso específico y con una repercusión muy clara sobre la adaptabilidad de las condiciones laborales y la estructura de costes de la empresa (Gorelli Hernández), ya que a través de ellas se abre la posibilidad de que la empresa reconfigure tanto la regulación del tiempo del trabajo (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos), como los salarios y las retribuciones (sistema de remuneración, cuantía salarial, mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social) o incluso las funciones (aunque solo si va más allá de los límites del artículo 39 ET).

Naturalmente, por más amplia que sea la enumeración de las materias, deja fuera otras muchas, que no pueden tocarse. Este es el caso, por ejemplo, de las relativas a las relaciones colectivas de trabajo, la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida laboral y familiar, la movilidad geográfica, las modalidades de contratación o el periodo de prueba (Cruz Villalón).

También hay que tener en cuenta que hay materias cuyos alcances resultan difíciles de identificar. Así, la referencia a las funciones cuando se excedan los límites previstos para la movilidad funcional por el artículo 39 ET no parece que autorice a suprimir grupos profesionales o a imponer el desarrollo de funciones de varios grupos a la vez, sino solo a alterar la regulación que pueda hacer el convenio colectivo de la movilidad funcional permanente más allá del

grupo profesional de origen del trabajador (Gorelli Hernández). Igualmente, no es fácil que la alusión a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social pueda proyectarse más allá de los subsidios por incapacidad temporal, pese a la letra del precepto, toda vez que, como se ha advertido, las extinciones pactadas en el marco de un expediente de regulación de empleo a cambio del mantenimiento de las cotizaciones a la Seguridad Social y el abono de complementos a prestaciones de jubilación de carácter anticipado, conllevan la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social y se encuentran aseguradas a través de contratos con entidades privadas que implican incluso la asunción de cláusulas penales (Gorelli Hernández).

D. Causas habilitantes de la inaplicación

La inaplicación es, conviene recordarlo, una institución causal, que precisa para el despliegue de sus efectos, como indica el artículo 83.3 ET, que “concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

Ahora bien, como he apuntado, esta referencia a las causas justificativas, aunque no ha desaparecido, se ha ligerado en la última etapa, al no requerirse ya una situación de partida que puede afectar a la estabilidad económica de la empresa o el mantenimiento del empleo. Con todo, la redacción del precepto no es tan abierta como en principio pudiera pensarse. Para empezar, porque aquí el legislador ha huido de la indicación, contenida en el artículo 41ET respecto de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en el sentido de que se consideran como tales causas “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización del trabajo en la empresa”. Como consecuencia de ello, no parece que la simple mejora de la competitividad o de la productividad esté en condiciones de avalar la inaplicación de un convenio colectivo, aunque sí avale el cambio de las condiciones reguladas por otras fuentes. La redacción del precepto emparenta, más bien, con la definición de las mismas causas prevista por el artículo 51.1 ET respecto de los despidos colectivos. En ambos casos, se habla de una “situación económica negativa”, y se da, además, como ejemplos de la misma las pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas; mientras que las definiciones de las causas técnicas, organizativas o de producción son idénticas: cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo, el modo de organizar la producción o la demanda de productos o servicios que la empresa debe colocar. La única diferencia radica en que, en nuestro caso, la disminución de los ingresos o ventas se considera persistente si afecta a dos trimestres consecutivos y no tres, como ocurre con los despidos colectivos.

Lo dicho creo que nos permite deducir que existe una cierta graduación implícita entre las causas que habilitan a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, un descuelgue y un despido colectivo (Gorelli Hernández), situándose las del descuelgue en un punto intermedio en lo que a su gravedad o intensidad se refiere.

Lo anterior es importante tenerlo en cuenta porque la entidad de los cambios que se pretende imponer en las condiciones de trabajo ha de guardar necesariamente una relación de adecuación, correspondencia o proporcionalidad con la importancia o gravedad de las causas que se aleguen. Además de tener que estar en condiciones de presentarse razonablemente como medidas, si no indispensables para su superación, al menos recomendables desde el punto de vista de la racionalidad empresarial. Estas son exigencias que están en la esencia misma de la inaplicación como institución causal, pero que pueden ser útilmente remarcadas por los convenios colectivos mediante alusiones expresas a la necesidad de que se cumpla esa relación de adecuación o proporcionalidad entre causas y medidas.

También los convenios colectivos pueden cumplir una función útil de especificación en el ámbito de las causas de inaplicación respecto de dos problemas adicionales, no tratados por el legislador.

El primero tiene que ver con la clarificación de los efectos que en este ámbito puede tener la pertenencia de la empresa a un grupo de sociedades. Aquí hay que tener presente que, aunque la inaplicación opere, como indicamos antes, a nivel de empresa, la pertenencia de esta a un grupo puede ser el caldo de cultivo de situaciones de dificultad mas o menos inducidas o incluso claramente fraudulentas, favorecidas por la empresa que ejerce el control (Baz Rodríguez). Para evitarlo, los convenios colectivos podrían exigir, en línea con lo previsto por el artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012, que se tenga en cuenta para el análisis de las causas económicas las cuentas anuales y el informe de gestión consolidado de la sociedad dominante o de las demás empresas del grupo, si no con carácter general, al menos cuando existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento de descuelgue.

El segundo se vincula con el desarrollo de los derechos de información de los que deben disponer los representantes de los trabajadores para poder negociar la inaplicación con conocimiento de causa. Aquí, el llamativo silencio del legislador puede ser suplido por los convenios colectivos mediante la inclusión de las exigencias, inspiradas también en lo previsto para el despido colectivo por el artículo 51.2 ET, de que el empresario aporte al inicio del periodo de consultas, tanto “una memoria explicativa de las causas”, “como la documentación contable y fiscal”, así como “informes técnicos”, necesarios para su acreditación.

De todas formas, parecería que el análisis de las causas es, en el fondo, intranscendente en estos casos, ya que, en última instancia, lo decisivo es que exista acuerdo con los representantes, máxime cuando luego su impugnación está limitada notablemente, como hemos visto. Esto no es así, al menos por dos razones. La primera, porque la impugnación está limitada pero no prohibida. Y menos a nivel individual. Y la segunda, porque el procedimiento puede desembocar, si no hay un acuerdo, en un arbitraje obligatorio público, dentro del cual, lo primero que deberá discernirse es, precisamente, si hay o no causa para la inaplicación (Cruz Villalón), como de hecho apunta el artículo 22.2 del Real Decreto 1362/2012, al regular el ejercicio de esta potestad por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

E. Procedimiento de descuelgue

Luego de la reforma de 2012, la tramitación de las solicitudes empresariales de la inaplicación puede discurrir hasta por cuatro fases distintas, en principios sucesivas, tres de las cuales se sitúan en el ámbito de la autonomía colectiva y una fuera de ella (Cruz Villalón).

Estas fases o escalones son los siguientes:

- Acuerdo directo en el seno de la empresa.
- Acuerdo en el seno de la comisión paritaria del convenio a inaplicar.
- Avenencia o laudo en el marco de los sistemas autónomos de solución de conflictos.
- Resolución por la Comisión Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente.

La primera fase se articula en torno al desarrollo de un periodo de consultas, que el artículo 82.3 ET señala que deberá llevarse a cabo en los términos del artículo 41.4 ET. Esta remisión es problemática, ya que el artículo 41.4 ET regula el periodo de consulta en el ámbito de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”. ¿Significa esto que también para el descuelgue la regulación del periodo de consulta es dispositiva y los convenios colectivos pueden apartarse de ella? Yo entiendo que no, porque la remisión del artículo 82.3 no es a los procedimientos que puedan iniciarse al amparo de artículo 41.4, sino al desarrollo de un periodo de consulta “en los términos” previstos por dicho artículo. Esto supone que esos términos son imperativos para la inaplicación

de convenios, aunque no lo sean para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Ahora bien, el Real Decreto-Ley 11/2013 ha solventado muchos de los problemas que planteaba la tramitación del periodo de consultas, al exigir la remisión de una comunicación previa del empresario en la que este indique su intención de iniciar el procedimiento, fijándose a demás un plazo para la constitución de la comisión representativa de los trabajadores (7 días), transcurrido el cual podrá ya comunicarse su inicio, esté la misma creada o no.

Aun así, quedan aspectos por precisar, en especial en cuanto a la definición de los alcances del “deber de negociar de buena fe”, que puedan ser completados o precisados por la negociación colectiva. Así, la mecánica y periodicidad de las reuniones, donde los convenios podrían prever la obligación de fijar un calendario de reuniones al inicio y establecer un número mínimo de estas, siguiendo para ello el modelo previsto por el artículo 7 del Real Decreto 1483/2012 para los despidos colectivos. O la precisión de su contenido u objeto, para lo cual los convenios podrían recordar que este no solo deberá versar sobre la aceptación o no de la propuesta empresarial, sino también, como indica el artículo 41.4 ET, sobre la posibilidad de “evitar o reducir sus efectos”, así como “sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”.

A continuación, a falta de acuerdo, la norma prevé que cualquiera de las partes –*rectius*, el empresario interesado– podrá someter la discrepancia a la “comisión” (se entiende que paritaria) del convenio colectivo, la cual contará con siete días para pronunciarse.

Esta es una fase potestativa que puede concluir con una decisión de carácter arbitral, si la Comisión Paritaria llega a un acuerdo. En relación con ella la norma deja abiertos numerosos interrogantes, que los convenios pueden también contribuir a responder. Entre ellos principalmente los siguientes:

- Plazo y contenido de la solicitud, así como documentación que debe acompañarse a ella.
- Actuaciones que debe realizar la comisión paritaria.
- Procedimientos de solución de las discrepancias que se produzcan en su seno.
- Condiciones que deban cumplirse para que la solicitud deba ser aceptada.
- Contenido de su resolución.

Si esta fase fracasa o no se recurre a ella, el artículo 82.3 ET prevé la obligación de las partes de recurrir a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales para resolver esta clase de discrepancias. Y, si no se alcanza el acuerdo a través de ellos, a la intervención, nuevamente a petición de parte, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o sus equivalentes de ámbito autonómico, los cuales adoptaran una decisión por sí mismos o a través de un árbitro por ellos designado dentro de un plazo no superior a veinticinco días, resolviendo la controversia con carácter definitivo mediante una decisión a la que cabe calificar de arbitraje público obligatorio, con todo lo que ello supone.

En relación con estas dos fases, lo que me interesa destacar es que ambas operan con carácter subsidiario respecto de la competencia prevista por el artículo 85.3.c) ET a favor de los convenios colectivos, para que estos prevean procedimientos específicos dirigidos a solventar las discrepancias en estos casos, adaptando a su ámbito lo previsto por los acuerdos interprofesionales. Esta es una competencia decisiva, ya que a través de ella los agentes negociadores de los convenios colectivos pueden marginar el arbitraje administrativo impuesto, optando por otras fórmulas de solución autónoma, como la intervención preceptiva y vinculante de la comisión paritaria, el arbitraje voluntario o incluso un arbitraje de futuro obligatorio o “en frío” (Vivero Serrano).

F. Contenido, efectos y vigencia del acuerdo de inaplicación

Ya se ha apuntado que el objeto de procedimiento de descuelgue no es solo dejar de aplicar determinada regulación convencional, sino sustituirla por otras en principio más adaptada a la situación de la empresa. Es por esta razón que el artículo 82.3 ET señala que en estos casos el acuerdo “deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa”. Una regla que, aunque prevista para la primera fase del procedimiento, se aplica por razones obvias también a las restantes, de forma que, sin regulación alternativa, no hay descuelgue.

Adicionalmente, el acuerdo, deberá precisar su duración, la cual no podrá prolongarse según la propia norma más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio en la empresa. Esto supone que las partes son libres para fijar la duración del descuelgue. El único límite, subsistiendo la causa claro está, es que el convenio colectivo inaplicado no sea sustituido por otro. La regulación alternativa pactada de inaplicación seguirá, así, vigente por todo el periodo previsto, sin importar si el convenio inaplicado se encuentra en periodo de vigencia ordinaria o de vigencia ultra activa (Gorelli Hernández). Solo el fin del plazo

pactado o la sustitución de dicho convenio por otro nuevo (del mismo nivel o de otro, si decayó el primero por vencer su periodo de ultra actividad) le podrán poner fin, produciéndose como consecuencia de ello la convergencia de las condiciones laborales aplicables en la empresa con las generales pactadas. Naturalmente, ni el acuerdo de descuelgue, ni el convenio posterior, pueden tener efectos retroactivos (Gorelli Hernández).

Finalmente, dada su función reguladora y el efecto sustitutivo que tiene el acuerdo de inaplicación respecto a lo pactado en un convenio estatutario, debe reconocérsele eficacia jurídica normativa y además personal general o *erga omnes*. Por lo tanto, su modificación unilateral por decisión del empresario por la vía del artículo 41 ET no resulta posible, al participar de la misma naturaleza del convenio colectivo que inaplican (Alfonso Mellado).

G. Control judicial de lo acordado, decidido o resuelto

El control judicial de los pactos de inaplicación se encuentra limitado, como se anticipó, por la sorprendente indicación de que, cuando exista acuerdo, “se presumirá que concurren las causas justificativas”, pudiendo el mismo ser impugnado ante la jurisdicción social “solo por existencia de fraude, dolo, coacción o abuso del derecho”. Naturalmente, esta es una limitación que afecta exclusivamente al acuerdo. Y no, por lo tanto, a las decisiones de la comisión paritaria, los sistemas autónomos de solución de conflictos o las resoluciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes.

Ahora bien, entenderla como una prohibición absoluta de examen de la causalidad de dicho acuerdo supondría imponer una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva incompatible con el artículo 24 de la Constitución, toda vez que se estaría consagrando unas exigencias legales para la validez de un acuerdo, que además limita el derecho constitucional a la negociación colectiva, pero negando a los afectados cualquier posibilidad de control de su cumplimiento (Gorelli Hernández). Lo anterior resulta especialmente grave, por lo demás, si se tiene en cuenta que el acuerdo puede haber sido adoptado por representantes *ad hoc* del personal, sin experiencia ni respaldo sindical, fácilmente condicionables por tanto, como se dijo.

Con todo, existen “grietas” importantes en la regulación vigente que impiden dar un sentido absoluto a esta regla. En primer lugar, no es que a través de ella se impida examinar la existencia de causa. Lo que ocurre es que su examen ha de hacerse necesariamente al hilo de los motivos de impugnación previstos (fraude, dolo, coacción o abuso del derecho). Estos motivos son, sin embargo, lo suficientemente amplios y abiertos como para permitir el examen de la cuestión

(Alfonso Mellado). En segundo lugar, las aludidas por la norma no son, ni mucho menos, las únicas causas posibles de ser alegadas para impugnar el acuerdo, ya que es evidente que el mismo puede serlo también por falta de respeto de las reglas procedimentales, su adopción por sujetos no legitimados o la afectación de una condición no modificable (Alfonso Mellado). Finalmente, la limitación apuntada no rige respecto de las acciones individuales de impugnación de las decisiones empresariales de inaplicación de lo acordado, que podrán basadas en la ausencia de causa (Gorelli Hernández).

¿Cuáles serían, por último, las vías procesales aplicables a cada uno de estos supuestos?

En principio, para la impugnación de los acuerdos de inaplicación habría que recurrir al proceso de conflictos colectivos, al referirse este a todo tipo de pactos o acuerdos colectivos (art. 153 LRJS), mientras que el procedimiento de impugnación de convenios colectivos alude solo a los convenios estatutarios (art. 163 LRJS). Las demandas individuales, por su parte, parece que deberían sustanciarse a través del procedimiento ordinario, ya que el proceso del artículo 138 de la LRJS está previsto solo para los casos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y suspensión del contrato de trabajo. Por último, los laudos fruto de un arbitraje pactado y las decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes tienen la misma eficacia que un acuerdo directo y pueden ser impugnados conforme al procedimiento y a las causas previstas por el artículo 91 del ET, es decir, a través del proceso de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y ss LRJS), siendo las causas alegables, tanto las previstas con carácter general para la impugnación de convenios colectivos (ilegalidad y lesividad), como las específicas del artículo 91 ET (incumplimiento de los requisitos y formalidades previstos para la actuación arbitral y resolución sobre puntos no sometidos al arbitraje) (véase, Alfonso Mellado y Gorelli Hernández).

Creo que, con todo lo expuesto, se ha podido ofrecer al lector de estas páginas una visión articulada de los principales problemas que plantea la inaplicación parcial de convenios colectivos regulada por el artículo 82.3 ET. Y también una aproximación a las opciones más relevantes de las que disponen los sujetos negociadores de los convenios colectivos que pueden verse afectados para conjurar los riesgos más notorios que la puesta en práctica de esta institución es capaz de generar.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. “EL control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”. En: *Revista de Derecho Social*. Nº 62, 2013.

BAZ RODRÍGUEZ, J. *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada, Comares, 2002.

CRUZ VILLALÓN, J. “EL descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”. En: *Revista de Derecho Social*. Nº 57, 2012.

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

GUERRERO VIZUETE, E. “El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012”. En: *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Nº 33, 2013.

NAVARRO NIETO, F. “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17-18 mayo de 2012, disponible en: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.

VIVERO SERRANO, J. “La solución autónoma de determinados conflictos colectivos incompatibles con el paradigma de la empresa flexible”. En: SANGUINETI RAYMOND, W. (coordinador). *Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*. Ediciones Cinca, Madrid, 2013.