



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: RELACIONES LABORALES
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/2017
Convocatoria: JULIO 2017

EL DESCUELGUE DEL CONVENIO COLECTIVO

DISENGAGEMENT OF COLLECTIVE AGREEMENT

Realizado por el alumno **D. Ángel Honorio García Pérez.**
Tutorizado por el Profesor **D. Brais Columba Iglesias Osorio.**
Área de tutorización: **Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.**

RESUMEN

El artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores articula el procedimiento a seguir para inaplicar determinadas condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo, sea éste de empresa o de sector, cuando sobrevengan causas justificadas para ello, como puede ser, entre otras, la crisis económica empresarial. Se procurará ante todo que la inaplicación se produzca mediante un acuerdo conseguido mediante los instrumentos y mecanismos de la negociación colectiva. Si fracasa la negociación la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, órgano colegiado tripartito que tiene la función de asesoramiento y consulta a las partes de la negociación colectiva, podrá decidir finalmente los términos de la inaplicación.

PALABRAS CLAVE: Crisis empresarial, reforma laboral, negociación colectiva, acuerdo.

ABSTRACT

Article 82.3 of the Law of Statute of Workers articulates the procedure to be followed to not apply certain working conditions agreed in the collective agreement, be it company or sector, when justified causes arise, such as, among others, the economic crisis business. Above all, it will be ensured that the disengagement of collective agreement is achieved through an agreement reached through the instruments and mechanisms of collective bargaining. If the negotiation fails, the National Consultative Committee on Collective Agreements, a tripartite collegial body that has the function of advising and consulting the parties to collective bargaining, may finally decide the terms of disengagement.

KEYWORDS: Company crisis situations, labour reform, collective bargaining, working conditions, agreement.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Convenio Colectivo
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
CE	Constitución Española
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETOP	Económicas, técnicas, organizativas o de producción
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
RDL	Real Decreto Ley
Rec. núm.	Recurso número
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional

INDICE

	Página
1. Introducción. Art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores	6
2. Cuadros esquema de ámbito de negociación, ámbito del acuerdo de descuelgue y del convenio a inaplicar.	8
2.1. Causas habilitantes.	9
2.2. Acuerdo de descuelgue.	11
2.3. Representantes de los trabajadores legitimados.	14
2.4. Período de consultas.	15
2.5. Convenio colectivo objeto de descuelgue.	18
2.6. Materias afectadas.	21
2.7. Desacuerdo.	24
3. Conclusiones.	27
4. Bibliografía.	28
4.1. Manuales y monografías.	28
4.2. Legislación.	29
4.3. Jurisprudencia.	29

PREÁMBULO

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con el objetivo de poner en marcha mecanismos efectivos de flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, en un entorno de profunda crisis económica, establece, entre otras medidas, que se podrán modificar determinadas materias pactadas en el convenio colectivo para que la empresa pueda sortear una situación económica negativa para mantener su supervivencia, y con ello el volumen de empleo. Las materias modificables son la jornada de trabajo, el horario, el salario, el sistema de trabajo y rendimiento, las funciones y las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, con respecto a lo establecido en el convenio colectivo.

Hasta entonces, y desde la no menos importante Reforma Laboral 1994, sólo era posible inaplicar el régimen salarial establecido en un convenio de ámbito superior si el mismo establecía dicha posibilidad, o en su defecto mediante acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores (o por la comisión paritaria del convenio), y con la única causa justificativa del daño a la estabilidad económica de la empresa como consecuencia de no realizar tal inaplicación; era el denominado “*descuelgue salarial*”. La modificación sobrevenida y justificada otras condiciones de las mencionadas en el párrafo anterior (excepto las mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social) debía limitarse “a las reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 41, y siempre respetando lo regulado en el convenio colectivo aplicable. Para modificar el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y de trabajo y rendimiento, establecido en el convenio colectivo, se necesitaba el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El Real Decreto Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral de 10 de febrero de 2012 sustituido por la ley mencionada posibilita la modificación de las condiciones de trabajo recogidas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, a través del apartado 3 del artículo 82, extendiendo al mismo como causas justificativas las aplicables a otras vicisitudes de la relación laboral, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se reconduce al Título III del Estatuto de los Trabajadores, para dotar al procedimiento de los instrumentos propios de la negociación colectiva: convenio a inaplicar, sujetos legitimados, acuerdo con eficacia

de convenio colectivo, periodo de consultas, solución extrajudicial, etc.

El descuelgue del convenio colectivo es una de las cuestiones de mayor calado que introduce el periodo de reformas laborales 2010-2012, junto con la prioridad aplicativa otorgada al convenio de empresa sobre los de ámbito superior, que puede ser negociado durante cualquier momento de la vigencia de éstos. Quiere así dotar el legislador a la empresa de los instrumentos necesarios para convertirla en el centro de la negociación colectiva, para que se adapte al entorno económico sin las rigideces impuestas por un convenio de ámbito superior.

Estos dos supuestos suponen una excepción a la vigencia del convenio colectivo, suspendiendo, o incluso derogando determinadas materias, dígame de paso muy importantes, que pudieron haber sido negociadas poco tiempo antes.

1. Introducción. Art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 82.3 LET regula el procedimiento a seguir para modificar las siguientes materias fijadas en el Convenio Colectivo de aplicación: Jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones (cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 LET), y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

El texto definitivo del artículo fue introducido por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, sustituido por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y que culminó la Reforma Laboral del período 2010-2012, donde se pasó desde la posibilidad de inaplicar únicamente el régimen salarial del convenio colectivo de ámbito superior cuando la “*estabilidad económica de la empresa pudiera verse dañada*” y los citados convenios recogieran la cláusula que lo posibilitara (o en su defecto acuerdo entre empresario y trabajadores o comisión paritaria) hasta la inaplicación de lo regulado referente a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social, además del ya mencionado régimen salarial, no solo del convenio de ámbito superior sino el de la propia empresa.

Los apartados de éste trabajo de fin de grado se han ordenado siguiendo la

literalidad del artículo. A continuación reproducimos sus dos primeros párrafos y el penúltimo anotando entre paréntesis el apartado donde se desarrolla. Finalmente se mencionan las conclusiones y finalmente las fuentes.

Cada uno de los apartados explica brevemente los aspectos del procedimiento y reproduce lo establecido por algunas sentencias judiciales al respecto, del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional e incluso el Tribunal Constitucional.

Art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

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 concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (**2.1. Causas habilitantes**), por acuerdo (**2.2. Acuerdo de descuelgue**) entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 (**2.3. Representantes de los trabajadores legitimados**), se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 (**2.4. Periodo de consultas**), a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa (**2.5. Convenio colectivo objeto de descuelgue**), que afecten a las siguientes materias: (**2.6. Materias afectadas**).

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... (**2.7. Desacuerdo**).

Cuadros explicativos materias y ámbito de negociación y aplicación.

Antes de empezar a desarrollar cada uno de los aspectos se añaden dos cuadros para situarnos en el ámbito de negociación (la empresa) y de aplicación del acuerdo de descuelgue (empresa y/o centro de trabajo), en el ámbito de aplicación del convenio afectado (empresa, sector o grupo de empresas), y en las materias afectadas.

2. Cuadros esquema de ámbito de negociación, ámbito del acuerdo de descuelgue y del convenio a inaplicar.

Ámbito de aplicación del convenio a inaplicar	Ámbito de negociación del acuerdo de descuelgue	Ámbito de aplicación del acuerdo de descuelgue	¿Es posible el acuerdo de descuelgue?
Sector	Empresa	Empresa	Si
Empresa	Empresa	Empresa	Si
Sector	Empresa	Centro de trabajo	Si
Empresa	Empresa	Centro de trabajo	Si
Sector	Centro de trabajo	Centro de trabajo	No
Empresa	Centro de trabajo	Centro de trabajo	No
Grupo de empresas	Empresa	Empresa	Si
Grupo de empresas	Empresa	Centro de trabajo	Si
Grupo de empresas	Grupo de empresas	Empresa	No
Grupo de empresas	Grupo de empresas	Centro de trabajo	No

Modificación de condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III

Antes período reforma laboral 2010-2012		Después período reforma laboral 2010-2012	
Materias afectadas	Causas	Materias afectadas (2)	Causas
Régimen salarial (1)	Económicas	Régimen salarial Jornada de trabajo	Económicas, técnicas, organizativas o de producción.
Horario y distribución del tiempo de trabajo	Sin causa, sólo por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores legitimados para negociar el convenio colectivo.	Horario y distribución del tiempo de trabajo	
Régimen de trabajo a turnos		Régimen de trabajo a turnos	
Sistema de remuneración y cuantía salarial		Sistema de trabajo y rendimiento	
Sistema de trabajo y rendimiento		Funciones que excedan art. 39 ET Mejoras Seguridad Social	
(1) Sólo del convenio de ámbito superior si dicho convenio contenía una cláusula que lo posibilitara, o por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (o comisión paritaria del convenio). (2) De convenio de empresa o de sector.			

2.1. Causas habilitantes.

Un trabajador debe conocer las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, obviamente, pero tiene que saber que en ningún caso pueden establecerse en el mismo condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos que sean de aplicación¹. Por tanto, de las normas sobre las que pivota la relación laboral el convenio colectivo es la más importante debido a su proximidad con la empresa, bien porque sea un convenio colectivo propio o bien porque pertenezca al ámbito en que desarrolla su actividad, además de por ser fruto de la autonomía colectiva. Sin embargo, quizás el trabajador observe que se le aplican en determinadas materias condiciones menos favorables a las fijadas en el convenio colectivo. La explicación debe encontrarla en un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores que sustituye la regulación determinada en el convenio colectivo. Esa regulación sustitutoria se le aplicará por un tiempo determinado en el propio acuerdo, pero que en ningún caso deberá prolongarse más allá del período de vigencia del convenio colectivo.

Si no existe tal acuerdo quizás deba ponerse en contacto con un profesional experto en Derecho del Trabajo, o lo que es lo mismo, un Graduado en Relaciones Laborales, que le informará y asesorará al respecto. Si existe tampoco está de más ponerse en contacto con el profesional para que le informe si se ajusta a la legalidad.

En el momento que el profesional le confirma que existe tal acuerdo y que se ajusta a la legalidad, además de la duración del mismo el trabajador debe conocer, más que sea por curiosidad, si se dieron las causas habilitantes para la negociación y adopción de tales medidas modificativas. No le fue posible al empresario modificar las condiciones pactadas en el convenio si antes no tuvo una justificación, una causa sobrevenida. Las causas se mencionan y desarrollan en el artículo 82.3 LET y son necesarias, todas o alguna de ellas, para poder proceder la modificación de las condiciones de trabajo. Son las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP). Quizás ya las conozca porque son las mismas necesarias para justificar que le modificaban otras condiciones no recogidas en el convenio colectivo², que lo cambiaban de centro de trabajo³, que le suspendían el contrato o le reducían la jornada⁴, que hacían un expediente

¹ Art. 3.1 LET.

² Art. 41 LET. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

³ Art. 40 LET. Movilidad geográfica.

⁴ Arts. 45 y 47 LET.

de regulación de empleo en la empresa⁵, o que despedían a uno o varios compañeros por causas objetivas⁶.

Considera el legislador que el descuelgue del convenio es más traumático que el resto de modificaciones de condiciones que hemos mencionado al detallar qué se entiende por cada una de las causas habilitantes, especialmente por las económicas, dejándolas al mismo nivel que la suspensión del contrato o reducción de jornada de trabajo, y sin llegar a la extinción del contrato por causas objetivas, bien sea colectivo o individual fundado en las mencionadas causas. Para el descuelgue del convenio y la modificación o suspensión del contrato se considera que la disminución de ingresos ordinarios o ventas es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior y en la extinción del contrato si se produce durante tres trimestres consecutivos.

- ✓ Para causas económicas: Situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas.
- ✓ Para 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 de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- ✓ Causas productivas: Cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (“flexibilidad externa” o “adaptación de plantilla”) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (“flexibilidad interna” o “adaptación de condiciones de trabajo”). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la “libertad de empresa” y de la “defensa de la productividad” reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes

⁵ Arts. 49 y 51 LET. Despido colectivo.

⁶ Art. 52 LET. Despido por causas objetivas.

más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de “reestructuración de la plantilla”, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional⁷.

Sin embargo se convierte en un “espejismo” la protección que se pretende dar al trabajador frente a la modificación del convenio definiendo las causas económicas cuando por otro lado se elimina, al igual que se ha hecho para para el despido, la doctrina judicial de justificación de la medida y la razonabilidad de la misma, quedando ahora mismo de una forma muy abstracta la redacción, no quedando especificado, por ejemplo, si cualquier tipo de disminución de los ingresos, por ínfima que éste fuera, justifica la modificación de condiciones.

2.2. Acuerdo de descuelgue.

El acuerdo debe tener eficacia jurídica normativa, general o erga omnes. De lo contrario no se podría comprender la existencia del descuelgue de condiciones pactadas en convenio estatutario: si el convenio estatutario tiene eficacia normativa, el instrumento que determina la inaplicación del mismo y la sustitución de dicha regulación inaplicada por otra diferente de carácter peyorativo, debe tener, necesariamente, la misma eficacia normativa. No obstante, el hecho de que el acuerdo de descuelgue pueda tener eficacia normativa no significa, en modo alguno, 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 legal⁸.

Ha de ser así por cuanto es el resultado de la negociación colectiva entre sujetos legitimados (a excepción de la comisión formada por trabajadores en ausencia de representación legal) y empresario, al derivar el artículo 41.6 LET el procedimiento al Título III del Estatuto de los Trabajadores, que regula la negociación de los convenios colectivos. Por cuanto así se establece expresamente en el apartado 6 del mismo artículo 41, la modificación que afecte a un convenio colectivo sea de empresa o sector, se remite al procedimiento establecido en el artículo 82.3 del propio Texto estatutario, procedimiento extensible al Acuerdo colectivo al que pueda llegarse, en conciliación o mediación en el procedimiento de conflicto colectivo de modo que, si no se sigue este

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005 (rec. núm. 2363/2004).

⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “El descuelgue del Convenio Colectivo Estatutario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34 (2013), Capítulo VI.

procedimiento, se vulnera el artículo 41.6 en relación con el 82.3 ambos del Estatuto de los Trabajadores , y ha de comportar la nulidad de la medida⁹.

Se aplicará a los sujetos representados en el ámbito de aplicación del acuerdo, pero el convenio seguirá siendo de aplicación para el resto de empresas incluidas dentro de su ámbito, y para la propia empresa en aquellos aspectos no modificados.

Deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa, por lo que no se limita a inaplicar lo que establecía la norma convencional dejando un vacío regulatorio, sino que debe establecer las nuevas condiciones, que no podrán dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. No está tampoco de más recordar que no pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales¹⁰.

Dado el carácter excepcional de esta medida, la duración podría modularse atendiendo a las circunstancias que motivan la inaplicación, sin que pueda ser superior al período de vigencia del convenio aplicable y en ningún caso podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa¹¹. Si se limita su duración a un periodo determinado estaríamos hablando de una suspensión del convenio, sin embargo si se prolonga hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio podríamos hablar de una derogación parcial del convenio.

En cuanto a la posible prórroga del acuerdo la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en sentencia de 14 de diciembre de 2012 establece “La inaplicación de convenio por definición es temporal, provisional y transitoria, por cuanto no es posible que tenga carácter permanente, no pudiendo prolongarse más allá del momento de inaplicación de un nuevo convenio colectivo, previsión la del legislador a todas luces razonable pues una vez que el convenio deja de estar vigente deberán aplicarse las condiciones del nuevo convenio o procederse a un nuevo procedimiento de inaplicación salarial, pero en relación con un nuevo convenio colectivo, ya que no parece que sea posible una nueva prórroga del descuelgue. Es decir, el acuerdo de descuelgue no puede prorrogarse, de

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2016 (rec. núm. 81/2015).

¹⁰ Art. 3.1.c) LET.

¹¹ V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos (ASAC V).

manera que habría que procederse a la negociación de un nuevo acuerdo”¹².

Y si hablamos de los efectos retroactivos el acuerdo no tiene la facultad de disponer de los derechos que ya se han materializado y se han ingresado en el patrimonio del trabajador. Los artículos 84.2 y 86.1 LET dan plena libertad y autonomía a los negociadores de los convenios colectivos para fijar la vigencia de sus pactos y preferencia aplicativa a los convenios de empresa, lo que autorizaría la retroactividad de las modificaciones retributivas y de jornada laboral acordadas pero no estamos ante un convenio colectivo negociado con plena libertad y autonomía que fije su vigencia, cual requieren y autorizan los artículos 86.3.a y 86.1 del ET, sino ante un simple acuerdo, por el que se concierta la aplicación de ciertas condiciones del convenio colectivo de aplicación, lo que comporta que los efectos temporales del acuerdo, su vigencia, sea distinta por existir limitaciones que los negociadores de ese pacto deben respetar. El artículo 82 ET establece la eficacia vinculante de los convenios colectivos “durante todo el tiempo de su vigencia” en su apartado nº 3 en el que, como excepción, regula la posibilidad de inaplicar algunas de las condiciones previstas en el convenio siempre que concurren las causas que establece y que esa inaplicación del convenio se acuerde en el procedimiento allí regulado. Pero en ningún momento el precepto estudiado autoriza a los negociadores del pacto modificativo a fijar una vigencia de ese concierto diferente a la que resulta de la aplicación del convenio que se modifica en parte, novación que no tiene carácter extintivo. La única norma que se contiene en el artículo 82.3 sobre la vigencia del pacto novatorio es la que limita su duración a la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que sea aplicable en la empresa. Es cierto que el artículo 82.3 del ET que se viene estudiando no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, pero la existencia de esa restricción legal está implícita en el texto de la norma que empieza estableciendo que el convenio colectivo obliga a todos los incluidos en su ámbito de aplicación “durante todo el tiempo de su vigencia”. De ese mandato se infiere que el convenio colectivo es de forzosa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación, así como que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo en él acordado sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda. El “descuelgue” o apartamiento del convenio colectivo es algo que como su propio nombre indica sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional¹³.

¹² GUTIÉRREZ TAINTA, A. “Inaplicación del convenio colectivo: Análisis de la doctrina judicial y de las decisiones de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos”. Máster Acceso a la abogacía 2012-2014.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (rec. núm. 28/2015).

Por último, el acuerdo presumirá que concurren las causas justificativas ETOP, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión¹⁴, de lo que se deduce que puede que no existan las causas justificativas mencionadas si el período de consultas finaliza con acuerdo, ya que en este caso no puede ser impugnable ante la jurisdicción por causas diferentes al fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Al no haberse alegado en la demanda, ni haberse estimado en la sentencia la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, no procede declarar la nulidad del acuerdo alcanzado¹⁵.

2.3. Representantes de los trabajadores legitimados.

El acuerdo de descuelgue deberá ser fruto del período de consultas previo que se ha desarrollar, donde intervendrán los –mismos- representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 LET. Para seleccionar los que nos interesan para el descuelgue nos remitimos al primer cuadro del apartado 2.

Habiendo dilucidado que el ámbito de negociación se circunscribe a la empresa estarán legitimados el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal¹⁶.

Sin embargo, ha querido el legislador establecer la posibilidad de descolgarse del convenio aplicable a las pequeñas y medianas empresas que no cuentan con representación unitaria y sindical. El tejido empresarial español, donde a fecha 1 de enero de 2016 el 83% de las empresas tenían dos o menos asalariados¹⁷, justifica la necesidad de poder elegir una comisión de trabajadores para negociar el descuelgue en ausencia de representación unitaria. Esta medida supone la atribución a sujetos que no son representantes legales de los trabajadores la capacidad de suscribir acuerdos de

¹⁴ Art. 82.3 LET.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2015 (rec. núm. 53/2014)

¹⁶ Art. 87 LET.

¹⁷ Instituto Nacional de Estadística. Notas de prensa. 26 de julio de 2016.

eficacia general, que pueden incluso a afectar no solo a los trabajadores de la propia empresa, sino a quienes ya se hayan desvinculado de la misma (materias relativas a mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social).

Por lo tanto, se puede dar dos posibilidades, que desarrollaremos a continuación en el periodo de consultas:

- a) Que haya representantes de los trabajadores en la empresa
- b) Que no haya representantes de los trabajadores en la empresa, en cuyo caso se deberá elegir una comisión formada por trabajadores.

2.4. Periodo de consultas.

Se evidencia la trascendencia que el legislador quiere dar al período de consultas previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe¹⁸.

Remite para ello al período de consultas regulado en el apartado 4 del artículo 41 (modificación sustancial de las condiciones de trabajo), señalando a continuación que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.

La válida constitución de la comisión negociadora requiere, tanto si se trata de la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo como si es una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que se constituya en los términos del artículo 41.1 del ET, tal y como establecen los artículos 82.3 y 41.1 del Estatuto de los Trabajadores¹⁹.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2012 (rec. núm. 236/2011).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2015 (rec. núm. 53/2014).

Los componentes de la comisión serán los siguientes (empresa):

- **Secciones sindicales:** Cuando éstas así lo acuerden y siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados.

- **En defecto de lo anterior:**

o Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo:

- **Comité de empresa o delegados de personal.**
- **Una comisión de máximo tres miembros** (si no existe representación legal de los trabajadores) integrada por:

- **Trabajadores de la propia empresa** y elegida por estos democráticamente.

- **Comisión de componentes designados**, según su representatividad, **por los sindicatos** más representativos del sector a que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

o Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo:

- **Al comité intercentros:** Siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

- **Una comisión** (si no existe comité intercentros con la función atribuida) **integrada por:**

- **Una combinación de los representantes de los trabajadores de todos los centros.**

- **Una combinación integrada por los representantes legales de los trabajadores de los centros con los que cuenten con ellos y por las comisiones de trabajadores elegidos democráticamente de los centros que no cuenten con representantes o por miembros de los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa.**

En los casos mencionados en los que no haya representación unitaria la decisión de atribuir la representación en la comisión a los componentes de los sindicatos más representativos corresponderá a los trabajadores de cada centro. Esta decisión, así como la elección de los trabajadores que deberán formar parte de la comisión, ha de ser tomada democráticamente.

En cualquier caso el período de consultas ha de ser una negociación al nivel de la empresa, no se contempla la negociación por centros de trabajo, y en una única comisión, y no por tantas comisiones como centros se vean afectados²⁰.

Los acuerdos requerirán conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Cuando intervengan varios componentes designados por un mismo sindicato en la comisión su voto ha de ser único, sin que proceda efectuar una ponderación si votan en diferentes sentidos²¹.

La dirección de la empresa deberá comunicar fehacientemente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. El plazo máximo para la constitución será de siete días, o quince si algún centro de trabajo afectado no cuenta con representantes legales, desde la fecha de la comunicación.

Transcurrido el plazo la empresa podrá comunicar el inicio del período de consultas. La falta de constitución de la comisión no impedirá el inicio y transcurso del período de consultas.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Su duración no será superior a 15 días. La obligación de negociar de buena fe incumbe a ambas partes. La existencia o no de buena fe negociadora debe afirmarse en relación con la existencia o no de propuestas concretas y la celebración de reuniones, ya que, constatando la existencia de unas y otras, no puede apreciarse la inexistencia de negociación. Para apreciar mala fe en el caso de existir un nulo grado de flexibilidad deberá ir acompañada de un elemento propósito vulnerador de la confianza, alterando u ocultando datos así como proponiendo medidas de acompañamiento cuyo incumplimiento se procurará a posteriori²².

No aparecen los deberes de información del empresario a los representantes de

²⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012 (rec. núm. 167/2012).

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2014 (rec. núm. 144/2013).

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 (rec. núm. 218/2014).

los trabajadores, como si lo hace con los procedimientos de suspensión del contrato, reducción de jornada o de despido, sin embargo, se entiende que para que opere en toda su extensión el principio de buena fe, la información necesaria debe ser suministrada también en los procedimientos de inaplicación, para que se alcance el fin pretendido.

Como mencionamos anteriormente el acuerdo alcanzado presume la existencia de las causas ETOP justificativas, y solo podrán ser impugnados por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, pero si se observa que el acuerdo se ha tomado en fraude de ley, es decir, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas, se declarará nulo.

2.5. Convenio Colectivo objeto de descuelgue.

Las condiciones de trabajo a inaplicar serán las establecidas en el convenio colectivo de sector, independientemente del ámbito geográfico de aplicación, o de empresa. Se refiere a los convenios colectivos estatutarios regulados en el Título III LET, cuestión que no deja lugar a dudas la redacción del artículo 41.6 LET²³.

Quiere el legislador, cuando en los convenios de sector no limita el ámbito geográfico del mismo, referirse a los de ámbito nacional, autonómico, provincial o inferior (también al de grupo de empresas). Se conoce como “autodescuelgue” a la inaplicación del convenio colectivo propio de la empresa, que pudo haberse poco tiempo antes.

¿Se podría inaplicar en uno sólo de los centros de trabajo el convenio de empresa? Entiendo que la pregunta tiene una doble respuesta: de un lado ha de ser negativa, pues el artículo menciona “*a inaplicar en la empresa*”, por lo que un acuerdo de centro de trabajo no podría inaplicar en dicho ámbito lo pactado en un convenio de sector o en el propio convenio colectivo de empresa, del mismo modo al mencionar como causa justificativa del descuelgue los resultados económicos de la empresa deshabilita la posibilidad de justificar pérdidas o disminución de ingresos sólo referidas al centro de trabajo²⁴; de otro lado ha de ser positiva si el acuerdo de inaplicación se negocia en el ámbito de la empresa, entendiendo ésta como el ámbito de aplicación, por

²³ La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.

²⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “El descuelgue del Convenio Colectivo Estatutario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34 (2013).

los sujetos legitimados en la misma, pero sólo para aplicarlo en un centro de trabajo en concreto y siempre, claro está, que no se incumpla con las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. Para dar esta segunda respuesta me baso en que resultaría inexplicable, por ejemplo, si los resultados económicos de la empresa se vieran afectados por el funcionamiento de algunos centros en concreto, que no se pudiera acudir al descuelgue para adaptar los centros mencionados a la realidad del ámbito geográfico en que se encuentren. Se me ocurre a modo de ejemplo la modificación de la jornada de trabajo, horario y distribución del centro de trabajo y el régimen de trabajo a turnos, regulada en un convenio colectivo de empresa, en un centro comercial de una empresa nacional por la modificación de los días festivos de apertura en la Comunidad Autónoma de ubicación del centro.

No es posible por tanto la inaplicación en el centro de trabajo por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores del centro, por referirse la redacción legal a la empresa como ámbito de negociación. Tampoco gozaría un convenio de centro de trabajo de la prioridad aplicativa prevista para los convenios de empresa ex. art. 84.2 LET pues se estaría ante un convenio colectivo de ámbito inferior al de la empresa, en relación al cual no cabe predicar la prioridad aplicativa que se establece en el citado artículo, la cual sólo se impone respecto del convenio de empresa o del convenio colectivo de grupo o de empresas vinculadas²⁵.

La negociación colectiva de eficacia general, regulada en el Título III LET, solo es predicable para los convenios colectivos estatutarios, así como de los acuerdos a los que la ley otorgue dicha consideración, cuya operatividad exige que se suscriban obligatoriamente por sujetos colectivos que ostenten la mayoría de la representación de los trabajadores afectados, asegurando de este modo su eficacia personal general. Dichos acuerdos están tasados legalmente de manera que las materias citadas solo podrán acometerse mediante convenio colectivo o, en su defecto, mediante este tipo de acuerdos, siendo impertinente su regulación mediante otro tipo de acuerdos²⁶. Por tanto para modificar los acuerdos sustitutorios del convenio colectivo estatutario o aquellos equiparables al mismo a los que la ley confiera esa cualidad de manera expresa (laudos arbitrales, acuerdos de fin de huelga, dictámenes de la CCNCC, etc.) será necesario acudir al procedimiento del art. 82.3 ET regulado en el Título III del ET que se

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2016 (rec. núm. 248/2015).

²⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2012 (rec. núm. 100/2012).

encuentren en vigor²⁷.

Aunque se reconoce igualmente la eficacia de los convenios extraestatutarios como pactos acordados entre empresa y representantes de los trabajadores que no cumplen los requisitos establecidos para los convenios estatutarios, la diferente naturaleza jurídica de ambos, además de la exigencia de diferentes requisitos para la validez de uno y otro, distingue de una y otra forma la regulación de las condiciones. Esta diferencia ha sido tomada en consideración por el legislador al disciplinar los medios de modificación de las condiciones, estableciendo para los convenios extraestatutarios la recogida en el artículo 41 LET, como acuerdo o pacto colectivo, y para los convenios estatutarios el artículo 82.3 LET²⁸. Los pactos o convenios extraestatutarios tienen naturaleza contractual, quedando su eficacia limitada a las partes que los suscribieron y en los términos en ella establecidos. Carecen de valor normativo, teniéndolo sólo convencional y no integrándose en el sistema de las Fuentes del Derecho Laboral previsto en el artículo 3.1 ET, regulándose por la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones²⁹.

Será posible el descuelgue del convenio estatutario siempre que se haya publicado en el boletín oficial estatal, autonómico o provincia, dependiendo de su ámbito. Los Convenios Colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios en el art. 37.1 C.E., constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una “fuerza vinculante” que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad, consecuencia de la proclamación de España como Estado de Derecho y garantía esencial del principio de seguridad jurídica³⁰. De lo contrario carecería de eficacia normativa como convenio estatutario y por tanto de ser subsumido³¹ de los convenios de los que puede producirse su inaplicación³².

²⁷ GUTIÉRREZ TAINTA, A. “Inaplicación del convenio colectivo: Análisis de la doctrina judicial y de las decisiones de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos”. Máster Acceso a la abogacía 2012-2014.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009 (rec. núm. 3012/2008).

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2013 (rec. núm. 285/2011).

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1994 (rec. núm. 151/1994).

³¹ Incluido.

³² GUTIÉRREZ TAINTA, A. “Inaplicación del convenio colectivo: Análisis de la doctrina judicial y de las decisiones de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos”. Máster Acceso a la abogacía 2012-2014.

2.6. Materias afectadas.

Del amplio espectro de materias que se regulan en el convenio colectivo sólo pueden ser objeto de descuelgue las condiciones de trabajo que afecten a las siguientes materias: Jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social.

La lista de materias susceptibles de modificación sustancial (acuerdos o pactos colectivos) es abierta, siendo ejemplificativa la contenida en el artículo 41.1 ET; el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación (convenio colectivo) es cerrado. Las dos tablas son casi coincidentes, si bien el artículo 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el art. 41. Sólo los cambios en las condiciones de trabajo (acuerdos o pactos colectivos) que tengan el carácter de sustancial 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. El empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas 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 previsto en el artículo 82.3 ET (art. 41.6 ET). La decisión de la modificación de condiciones de trabajo, sea individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo. Que una materia esté regulada por convenio no significa que cualquier cambio en los derechos y obligaciones respecto de ella comporte alteración de lo previsto en el convenio y necesidad de acudir al procedimiento de inaplicación o de adaptación. Los aspectos atinentes a una materia contemplada en el convenio pero que no estén expresamente previstos en él pueden ser objeto de decisiones modificativas sin necesidad de acudir a los mecanismos del Título III³³.

El listado de materias es cerrado, limitado. Sin embargo son las más

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2014 (rec. núm. 24/2014).

importantes. Para conseguir la finalidad del descuelgue se modifican las materias que pueden ayudar a la empresa a adaptarse a las condiciones económicas, favoreciendo su competitividad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo 2013 (rec. núm. 90/2012) interpreta el alcance del art. 82.3 ET, y en particular si los supuestos en los que para la norma cabe acuerdo modificativo es “*numerus clausus*”. Se estima que la fijación de las vacaciones es materia comprendida en el elenco efectuado por el nuevo art. 82.3 ET. Aunque ciertamente la redacción estatutaria de los arts. 41.2 y 82.3 difiere al referir la enumeración de condiciones de trabajo modificables, pues en tanto la primera contiene la expresión “entre otras” que no figura en la segunda, la respuesta positiva al primero de los aspectos debatidos viene determinada por tres consideraciones: a) en primer lugar, carecería de sentido que la misma cuestión –vacacional- no fuese susceptible de acuerdo alguno por el hecho de estar regulada en el convenio colectivo y que sí puedan serlo otras materias de importancia cuando menos similar (jornada de trabajo, horario y retribución); b) en segundo término, aunque literalmente no se haga referencia expresa a ello, la cuestión está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, habida cuenta de que -interpretación sistemática, argumentada con acierto por el recurso- el trabamieto legal, como el doctrinal, de las vacaciones se hace dentro del apartado del tiempo de trabajo (sección quinta del capítulo II del ET), que en concreto trata de la jornada (art. 34), horas extraordinarias (art. 35), trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo (art. 36), descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37) y vacaciones anuales (art. 38), por lo que nada más lógico que entender implícitamente incluido el descanso anual entre aquellos conceptos expresamente susceptibles de modificación –lógicamente, con respecto a los mínimos de derecho necesario- por singular acuerdo colectivo (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo); y c) esta interpretación es la más ajustada a la finalidad de la norma (la ya referida a que alude el preámbulo del RD-Ley 3/2012), no encontrando esta Sala razón alguna para excluir el cuestionado concepto de entre los susceptibles de modificación por voluntad concorde de la empresa y de quienes –en la parte social- tienen legitimación para convenir colectivamente. En conclusión se estima la validez de los Acuerdos, modificando la forma de disfrute de las vacaciones establecida en el convenio colectivo, puesto que la nueva redacción del art. 82.3 LET ampara la eficacia del Acuerdo³⁴.

El sistema de remuneración y cuantía salarial suponen el grueso de las

³⁴ Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo 2013-2014.

solicitudes de inaplicación. Respecto a ello de concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrían, en principio, ser objeto de variación indistintamente a través de los procedimientos regulados en el art. 41 o en el art. 82.3 ET, con las diferencias en cuando a la definición de las causas (más detalladas para el supuesto de inaplicación), a la legitimación para negociar por la representación de los trabajadores al ser más reducida en el art. 82.3 (los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1) y el que, en caso de desacuerdo, el empresario no puede decidir unilateralmente la inaplicación del convenio a diferencia de lo que acontece en las modificaciones sustanciales. No obstante, existe una diferencia esencial que conduce a la necesaria aplicación de uno u otro cauce procedimental, la que deriva del título en el que está constituida la condición que se pretende modificar, pudiéndose acudir al procedimiento ex art. 41 ET cuando las condiciones estén reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, pero debiéndose articular la modificación a través del cauce de inaplicación en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, cuando, como expresamente dispone el art. 41.6 ET, se pretenda la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores³⁵.

La interpretación extensiva de las materias incluidas en la jornada de trabajo y horario y distribución del tiempo de trabajo no es aplicable a los conceptos extrasalariales por referirse expresamente el apartado d) a la cuantía salarial, entendiéndose que en orden a la cuantía de la retribución a percibir por el trabajador, no hay posibilidad de descuelgue en aquellas materias retributivas distintas del salario, pues es la única que se refiere expresamente la norma, como son las dietas y la indemnización, pues en otro caso el legislador habría optado por referirse a la “cuantía de las retribuciones” o “cuantía salarial y de los demás conceptos retributivos”³⁶.

En cuanto al sistema de clasificación profesional, no recogido en el artículo 82.3 LET entre las materias susceptibles de inaplicación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2014 (núm. rec. 21/14) realiza un repaso comparativo, destacando las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET y el descuelgue o inaplicación del convenio del art. 82.3 LET y la adaptación

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2015 (rec. núm. 246/2014).

³⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de junio de 2015 (rec. núm. 228/2013).

al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, art. 84.2 ET. Establece que el que una materia esté regulada por convenio colectivo no significa que cualquier cambio en los derechos y obligaciones respecto de ella implique alteración de lo previsto en el convenio y la necesidad de acudir al procedimiento de inaplicación o de adaptación. Por tanto, el establecimiento de un nuevo organigrama de puestos de trabajo sin afectar al sistema de clasificación profesional recogido en los diversos convenios colectivos aplicables no supone la adaptación contemplada en el art. 84.2d) ET ni la inaplicación del art. 82.3 ET³⁷.

2.7. Desacuerdo.

Ante la finalización del período de consultas sin acuerdo el legislador ha tenido especial interés de establecer mecanismos alternativos, potenciando la utilización de medios extrajudiciales de solución de las discrepancias y evidenciando un especial interés por alcanzar finalmente la inaplicación y la sustitución de las condiciones pactadas. Se trata de desbloquear situaciones en las que las partes encallan el proceso de negociación favoreciendo la inaplicación y que se llegue finalmente al descuelgue. Ello supone una evidente situación de desequilibrio en el sistema de relaciones laborales, pues la existencia de este fuerte sistema alternativo a la discrepancia, facilita el objetivo buscado por el empresario, la inaplicación del convenio: si no se llega a un acuerdo, aplicamos los sistemas de solución previstos en acuerdos interprofesionales, y si aún en este caso no se consigue el descuelgue, se acude a un arbitraje obligatorio. La conclusión es evidente: no se deja espacio al rechazo de la pretensión empresarial de inaplicar el convenio de referencia³⁸.

La posibilidad de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado. Así, de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, solo el agotamiento de las vías que el texto legal abre (como acudir a la comisión paritaria del convenio, a los procedimientos del art. 83 LET en su caso, y, finalmente, a la correspondiente comisión consultiva de convenios) pueden acabar por permitir a la empresa el apartamiento de la cláusula

³⁷ Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo 2014-2015.

³⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “El descuelgue del Convenio Colectivo Estatutario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34 (2013).

convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral³⁹.

Las alternativas son las siguientes:

- a) **Comisión del convenio:** Si durante el periodo de consultas no se llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter las discrepancias a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a partir de que la discrepancia le fuera planteada.
- b) **Sistema extrajudicial de conflictos:** Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión del convenio, 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 LET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos, 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 período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET.
- c) **Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos:** Si no se encontrara solución en razón del ámbito del conflicto, podrán las partes someter la inaplicación 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 LET.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (rec. núm. 68/2014)

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, como órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, interviene en los procedimientos de solución de discrepancias en los casos de desacuerdos en el período de consultas para la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de acuerdo con el artículo 82.3 LET.

En relación a la intervención de la CCNCC, el Tribunal Constitucional, en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad que entendía que esta previsión del art. 83.2 LET vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), el ejercicio de la actividad sindical garantizado a través del reconocimiento constitucional de la libertad sindical (art. 28.1 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), estima que no es así por cuanto destaca el carácter subsidiario de la decisión de la CCNCC: Sólo se admite para el supuesto de que fracasasen los sucesivos cauces que con carácter previo y preceptivo deben seguir el empresario y los representantes de los trabajadores para resolver la discrepancia por ellos mismos o por los medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva. Solo cuando no fueran aplicables los anteriores procedimientos o éstos no hubieran resuelto la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la controversia a la CCNCC (o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, en su caso). El precepto legal cuestionado otorga inicial preferencia a la autonomía colectiva para la resolución del conflicto; el sometimiento de la controversia a la intervención decisoria o arbitral de la CCNCC u órgano autonómico equivalente sólo se permite como último recurso, cuando agotada la batería de sucesivas posibilidades dispuestas para solventar la discrepancia de forma autónoma, las partes no han llegado a un acuerdo ni directo ni mediante la sumisión a procedimientos extrajudiciales creados por la negociación colectiva. De ello se deduce que, en todo momento, la norma facilita que el propio ejercicio de la autonomía colectiva, mediante la previsión y seguimiento de los procedimientos autónomos de solución, cierre la posibilidad de que se active la ahora cuestionada intervención de la CCNCC u órgano autonómico correspondiente⁴⁰.

El legislador no determina el tiempo para el sometimiento de la discrepancia a la CCNCC, a diferencia de que sí lo hace para la comunicación del inicio, formación de la

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2014 (rec. núm. 2603/2012).

comisión y transcurso del anterior periodo de consultas (siete o quince días para la formación de la comisión, y quince como máximo para la negociación), sin embargo, no puede transcurrir tal periodo de tal forma que las circunstancias que motivaron inicialmente la decisión empresarial de inaplicación, y que fueron objeto de litis y debate en el periodo de consultas, hayan podido variar y ser sustancialmente diferentes a las actuales⁴¹. La CCNCC habrá de tomar su decisión, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto, en un plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto a dichos órganos.

La decisión de la CCNCC tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Si la Comisión no se pronuncia en el plazo de 25 días se considera que ha rechazado la inaplicación. Es imposible afirmar entonces que el procedimiento haya finalizado con la inaplicación de las condiciones de trabajo. Al no existir acuerdo o laudo que lo autorice, opera la regla general: el convenio sigue obligando durante todo el tiempo de su vigencia. Nada impide en este caso, en el que no existe un pronunciamiento de la CCNCC, volver a iniciar un periodo de consultas de común acuerdo, pues no existe un pronunciamiento de la Comisión que lo impida, cuando tenga su razón de ser en la concurrencia de una “plataforma negociadora novedosa”, bien por la invocación de una causa nueva o cuando, aun siendo la misma, se haya producido un cambio de tal situación precedente que genere una “nueva causa” o razón para negociar; o cuando la parte plantee un marco de negociación que pueda calificarse de novedoso. Se incumpliría el deber de buena fe en la negociación si lo que se hace es replantear una negociación que ya había finalizado; será necesario que se estuviera planteando un problema nuevo en términos absolutos (materia) o relativos (agravamiento)⁴².

3. Conclusiones.

La empresa podrá modificar lo concerniente a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones (cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 LET), y mejoras voluntarias

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (rec. núm. 2929/2015).

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 (rec. núm. 218/2014).

de la acción protectora de la Seguridad Social, acordado en el convenio colectivo de aplicación si sobrevienen causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y todo ello con el fin de salvaguardar la viabilidad de la empresa y salvar así tanto el nivel de empleo actual como el futuro. Son medidas de flexibilidad interna que el legislador facilita a la empresa, centro de la negociación colectiva después del periodo de reformas laborales 2012-2012.

La modificación deberá ser mediante acuerdo de eficacia general acordado con los representantes de los trabajadores, o en centros en los que no haya representantes, con una comisión formada por los propios trabajadores siempre que no decidan atribuir la representación a los sindicatos más representativos del sector al que representa la empresa. En caso de que no lleguen a un acuerdo podrán recurrir a la comisión del convenio, si persiste el desacuerdo deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (incluido el compromiso de someterse a un arbitraje vinculante) y finalmente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

El acuerdo al que se llegue con los representantes, en la comisión del convenio, en los acuerdos interprofesionales (incluido el arbitraje) o en la CCNCC tendrá la misma eficacia general que los convenios colectivos.

Supone una excepción a la fuerza vinculante de los convenios, que obligan todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Son medidas excepcionales debido a causas sobrevenidas y con una duración limitada en el tiempo, que deberá ser determinada en el propio acuerdo y que no podrá ir más allá de la duración del convenio afectado.

4. Bibliografía.

4.1. Manuales y monografías.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Vigésimo segunda edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2014.
- MONTOYA MELGAR, M. *Derecho del Trabajo*. Trigésima sexta edición. Tecnos, 2015.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J. “El descuelgue del Convenio Colectivo Estatutario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34 (2013), Capítulo VI.
- GUTIÉRREZ TAINTA, A. “Inaplicación del convenio colectivo: Análisis de la doctrina judicial y de las decisiones de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos”. Máster Acceso a la abogacía 2012-2014.

4.2. Legislación.

- Constitución Española.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- El Real Decreto Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral de 10 de febrero de 2012.

4.3. Jurisprudencia.

Tribunal Constitucional	Síntesis
STC de 16 de julio de 2014 (rec. núm. 116/2014)	Constitucionalidad CCNCC. Reforma Laboral.
Tribunal Supremo	Síntesis
STS de 10 de mayo de 2017 (rec. núm. 2929/2015)	CCNCC demasiado tiempo transcurrido desde que activó el procedimiento.
STS de 22 de septiembre de 2016 (rec. núm. 248/2015)	Convenio colectivo de centro no tiene prioridad aplicativa ex. art. 84.2 LET.
STS de 2 de febrero de 2016 (rec. núm. 81/2016)	Modificación jornada pactada en CC. Necesidad acudir art. 82.3
STS de 23 de diciembre de 2015 (rec. núm. 28/2015)	Efecto temporal del acuerdo. No puede afectar a derechos devengados.
STS de 16 de noviembre de 2015 (rec. núm. 53/2014)	Irregularidades procedimiento eludiendo normas periodo de consultas. Nulidad acuerdo.

Tribunal Supremo	Síntesis
STS de 15 de septiembre de 2015 (rec. núm. 218/2014)	Resumen completo del art. 82.3. No decisión de CCNCC. Replanteamiento del descuelgue. Buena fe, etc.
STS de 15 de julio de 2015 (rec. núm. 246/2014)	Idoneidad de acudir al art. 82.3 o al 41
STS de 6 de mayo de 2015 (rec. núm. 68/2014)	Se debe agotar el procedimiento establecido antes de la inaplicación unilateral del convenio.
STS de 17 de diciembre de 2014 (rec. núm. 24/2014)	Modificación sistema clasificación profesional. Diferencia entre art. 41 y 82.3 LET.
STS de 14 de mayo de 2013 (rec. núm. 285/2011)	Convenios colectivos extraestatutarios. No están sometidos a ultraactividad.
STS de 16 de noviembre de 2012 (rec. núm. 236/2011)	Procedimiento de consultas. Buena fe.
STS de 6 de octubre de 2009 (rec. núm. 3012/2008)	Modificación convenio extraestatutario. Art. 41 LET.
STS de 17 de mayo de 2005 (rec. núm. 2363/2004)	Alcance y contenido de las razones ETOP.
Audiencia Nacional	Síntesis
SAN de 9 de junio de 2015 (rec. núm. 228/2013)	Conceptos extrasalariales no son materia de descuelgue.
SAN de 16 de abril de 2015 (rec. núm. 31/2015)	No se pueden modificar condiciones pactadas en el Convenio Colectivo a través del art. 41.
SAN de 21 de noviembre de 2012 (rec. núm. 167/2012)	Causas económicas.
Audiencia Nacional	Síntesis
SAN de 21 de septiembre de 2012 (rec. núm. 240/2012)	Modificaciones art. 41 que debieron ser 82.3
SAN de 28 de mayo de 2012 (rec. núm. 81/2012)	Periodo de consultas.
Cronica jurisprudencial 2013-2014	Alteración jornada pactada en convenio. No aplicable art. 41. Aplicable art. 82.3
Cronica jurisprudencial 2014-2015	Modificación que no afecta al sistema clasificación profesional. Procedente acudir al art. 41
Cronica jurisprudencial 2015-2016	Eficacia temporal acuerdo de descuelgue. No efectos retroactivos.