

Grado en: Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2014/2015

Convocatoria: Septiembre 2015

LA INAPLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO
NOT APPLYING WORKING CONDITIONS

Realizado por la alumna D^a Lucía Elena Expósito Mesa

Tutorizado por la Profesora D^{ña}. Gloria Pilar Rojas Rivero, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ABSTRACT

This research aims to study legal aspects, in a more practical way, when it comes to not applying working conditions stated at the beginning of a work agreement. Since 2008, the Spanish labour market is in the grip of a deep economic crisis which has led to different labour reforms. These reforms grant enterprises a higher competitiveness through the implementation of internal flexibility mechanisms. Until the last labour reform carried out by the Law 3/2012, the disengagement agreement it was the possibility of not applying the agreement wage conditions. However, since February 2012 included other subjects which change labour relations, since it hopes to alter those conditions related, not only with salary, but also with the working time distribution, duties, place, etc. It's about applying internal flexibility measures with the purpose of maintaining jobs and preventing this bleeding unemployment whose rates have been outrageously high over the last few years.

RESUMEN

Este trabajo tiene como propósito estudiar con un enfoque práctico los aspectos legales a la hora de inaplicar condiciones laborales que han sido establecidas al comienzo de una relación laboral. Desde 2008, el mercado de trabajo español vive inmerso en una crisis económica que ha derivado en diferentes reformas laborales con el objetivo de ofrecer a las empresas una mayor competitividad, aplicando para ello mecanismos de flexibilidad interna. Hasta la última reforma laboral llevada a cabo por la Ley 3/2012, el descuelgue del convenio consistía en la posibilidad de inaplicar las condiciones salariales del convenio. Sin embargo, a partir de febrero de 2012 se han incluido otras materias susceptibles de ser modificadas, como son, aparte del salario, la jornada, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, las funciones, etc. Se trata de introducir en la empresa medidas de flexibilidad interna con el propósito de mantener los empleos y evitar la sangría del paro cuyos índices son escandalosamente altos en estos últimos años.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
I. ABREVIATURAS	6
II. INTRODUCCIÓN	7
III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FINALIDAD DE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN MATERIA DE DESCUELGUE	8
1. Antecedentes	8
2. Objetivo de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	11
IV. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DESCUELGUE DEL ART. 82.3 LET	12
1. Marco legal del acuerdo de descuelgue	12
2. Causas que habilitan el descuelgue	13
3. Materias afectadas por el descuelgue	14
4. Vigencia de los acuerdos de descuelgue: la durabilidad de las nuevas condiciones	15
5. Diferencia entre el descuelgue del art. 83.2 LET con la vía de modificación de condiciones sustanciales del art. 41 LET	16
V. PROCEDIMIENTO POR EL QUE SE INAPLICAN LAS CONDICIONES DE TRABAJO	17
1. Procedimiento de aplicación del descuelgue	17
2. Diferencia entre el procedimiento por el cual se autoriza el acuerdo de descuelgue y el procedimiento de modificación de las condiciones sustanciales de trabajo	20
3. Acciones individuales y colectivas frente al descuelgue:	23

VI. LA “CONSTITUCIONALIDAD” DE LA FIGURA DE DESCUELGUE: La STC 119/2014, de 16 de julio	24
VII. INAPLICACIONES DE CONVENIOS DESDE LA LEY 3/2012	26
VIII. CONCLUSIONES	29
IX. BIBLIOGRAFÍA	33

I. ABREVIATURAS

AENC	Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
CE	Constitución Española
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPYME	Confederación Empresarios Pequeña y Mediana Empresa
CCOO	Comisiones Obreras
EREs	Expedientes de Regulación de Empleo
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RDL	Real Decreto Legislativo
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SEPE	Servicio de Empleo Público Estatal
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UGT	Unión General de Trabajadores
USO	Unión Sindical Obrera

II. INTRODUCCIÓN

La coyuntura económica actual ha puesto de manifiesto la necesidad de las empresas por adaptarse a una nueva situación de constantes cambios en la producción y en la economía, impuestas por los mercados.

La búsqueda constante de una mayor competitividad y productividad por parte de las empresas se ha plasmado de forma latente en las diferentes normativas laborales de los últimos años, en los que se viene apostando por el aumento de la flexibilidad interna.

La Ley 3/2012 trata de establecer los mecanismos necesarios que permitan mejorar la competitividad de las empresas. Según la exposición de motivos de la norma, “se pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo, garantizando la flexibilidad a los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa, en el actual y maltrecho mercado de trabajo, eliminando los obstáculos y rigideces que les impiden el mantenimiento y creación de empleo, así como reformar las diferentes normas de aplicación al mercado laboral para garantizar la flexibilidad de las relaciones laborales garantizando una mayor seguridad jurídica para todos los operadores intervinientes en el mercado de trabajo.

Este trabajo expondrá una de las medidas estrella de la última Reforma Laboral. Entre esas medidas de flexibilidad interna se encuentra la inaplicación de alguna de las condiciones de trabajo reguladas en el Convenio Colectivo que desarrolla el art. 82.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET).

Para tratar el estudio de este tema de la forma más clarividente posible, expondré en primer lugar, los antecedentes históricos más recientes del descuelgue del convenio, una vista atrás de cómo se han ido introduciendo medidas de descuelgue en nuestro ordenamiento jurídico laboral hasta llegar a la más reciente Reforma Laboral de 2012 que desarrolla el contenido normativo objeto de este trabajo y realizar un breve análisis de la misma. Es necesario hacer este recorrido, ya que podremos comprobar como el legislador ha ido aplicando las demandas del mercado laboral.

Tras esta pequeña introducción histórica, se entrará en el objeto principal de este trabajo, exponiendo la regulación jurídica del descuelgue del art. 83.2 LET, su contenido a través de su marco legal, las materias afectas por el mismo, así como la vigencia que puedan tener los acuerdos. Dentro de este apartado finalmente estudiaré el ámbito que establece el procedimiento de descuelgue de los convenios colectivos estatutarios y su diferencia con el procedimiento establecido en el art.41 LET que desarrolla la modificación sustancial de las condiciones laborales establecidas en contratos, pactos o convenios extraestatutarios.

Como se ha expuesto, uno de los objetivos principales de este trabajo es el estudio de uno de los temas que más demandan las empresas en la actualidad, que es la inaplicación de las condiciones laborales establecidas en el inicio de la relación laboral y que principalmente se quieren modificar por causas económicas (y otras establecidas en los preceptos citados anteriormente) en virtud de una mayor competitividad. Sin embargo, el mecanismo de descuelgue resulta una excepción en relación a la regla general por la que se establece la fuerza vinculante de los convenios previsto por la Constitución. Es por ello que numerosos autores exponen que este instrumento podría estar incurriendo en la inconstitucionalidad, de modo que se analizará la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional en relación a esto.

Antes de terminar se aportarán datos numéricos sobre los supuestos de inaplicaciones de convenios que se han realizado desde la citada reforma según datos oficiales.

Para concluir con el estudio de la inaplicación de las condiciones de trabajo y en relación a los diferentes análisis realizados a lo largo de este trabajo se aportarán unas conclusiones finales.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FINALIDAD DE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN MATERIA DE DESCUELGUE

1. Antecedentes.

La figura del descuelgue regulada ahora de forma integral en el artículo 82.3 LET, no constituye una absoluta novedad. Los orígenes del mismo se remontan al Acuerdo Marco Interconfederal de 1980, en el cual se establecía la posibilidad de no aplicar los incrementos salariales previstos por los convenios colectivos para aquellas empresas que acreditaran una situación de déficit o pérdidas mantenidas.

La redacción definitiva más próxima a la actual se da en se da en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, reforma Ley 11/1994 en su artículo 82.3 LET, en el que se establece que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, es decir, convenios supraempresariales, establecerían las condiciones y procedimientos, por los que podría no aplicarse el régimen salarial previsto a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. En caso de que el propio convenio supraempresarial no contemplara este supuesto, se introducía un mecanismo subsidiario por el cual se inaplicaba el régimen salarial, mediante acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, cuando así lo requiriera la situación económica de la empresa y, en defecto de acuerdo, la comisión paritaria del convenio.

Sin embargo, el instrumento de la Ley 11/1994 tuvo poco éxito debido a la poca utilización del mismo, por lo que la siguientes reformas de 2010 y 2011 trataron de flexibilizar las exigencias establecidas en el mandato anterior.

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo se introdujo en plena crisis económica, para tratar de introducir un instrumento que permitiera a las empresas descolgarse del convenio colectivo, y por tanto reducir salarios en épocas de economías adversas. Se pretende introducir mecanismos de flexibilidad interna que se adapte a las necesidades empresariales.

Se elimina la necesidad de establecer dicho procedimiento mediante convenio supraempresarial, puesto que ya la propia Ley pasa a regular directamente el procedimiento y condiciones de descuelgue salarial por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En cuanto a las condiciones para proceder al descuelgue se flexibilizan las mismas ya que se pasa de la justificación de la situación económica negativa de la empresa a la mera previsión de pérdidas que pudieran afectar al mantenimiento del empleo.

La reforma de la Ley 35/2010 tampoco tuvo el éxito pretendido, por lo que se trataron de introducir algunas modificaciones en la reforma del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. En ella se requiere como condición para el descuelgue salarial que las empresas justifiquen “disminución persistente de ingresos”.

El 30 de enero de 2012, los agentes sociales se reúnen y firman el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2012, 2013 y 2014 (CEOE, CEPYME, UGT, y CCOO). El objetivo del mismo es evitar la sangría y favorecer el mantenimiento y la creación del empleo. Se trata de mejorar la competitividad de las empresas a través de mecanismos de flexibilidad interna tratando por tanto, de evitar los despidos. Entre las recomendaciones recogidas en el AENC podemos destacar las siguientes:

- *Moderación de las rentas.* Contener salarios de los directores, administradores y accionistas, así como contener los incrementos salariales en los convenios a niveles moderados.
- *Los convenios sectoriales deben desarrollar las reglas y procedimientos de articulación que han de regir la estructura de la negociación colectiva para su adaptación en el ámbito de la empresa, apostando así por la descentralización.*
- *La flexibilidad interna frente a la destrucción del empleo.* Promoviendo la inclusión, en los convenios colectivos sectoriales, de cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo pactadas en dichos convenios con el objetivo de evitar el recurso a EREs, tanto temporales como extintivos, en una evolución negativa de la empresa que pueda afectar al mantenimiento del empleo.
- *Posibilidad de modificar la estructura y cuantía salarial a través del artículo 41 o del 82.3* por lo que, la inaplicación temporal de condiciones de trabajo pactadas en el convenio sectorial sólo se podrá efectuar por acuerdo entre la empresa y la representación unitaria o sindical de los trabajadores.

Con el II AENC, los agentes sociales pretendían un último intento de reforzar el papel de la negociación colectiva y del diálogo social frente a las pretensiones de reformar el mercado de trabajo y la propia negociación colectiva desde la acción unilateral del

Gobierno. Sin embargo y a pesar de este acuerdo, el Gobierno decide realizar la reforma de forma unilateral a través de la siguiente reforma laboral que tiene vigencia en la actualidad.

El RD- Ley 3/2012 primero y después, la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece las bases para la inaplicación de las condiciones laborales, explicando cuáles son sus causas o qué procedimiento debe seguirse. Se pretende de forma inequívoca, la adaptación temporal de las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa y en contra de la regla general de obligatoriedad de los convenios colectivos.

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

La última reforma de 2012, Ley 3/2012 viene desencadenada por la crisis económica que atraviesa España desde 2008. En la exposición de motivos por los cuales el legislador expone las razones de la elaboración de la misma se desarrollan los diferentes datos. La cifra del desempleo asciende a 5.273.600 personas en el momento anterior a esta reforma, mientras el número de afiliados a la Seguridad Social ha disminuido en casi 2'5 millones desde 2007.

Para el legislador no se trata solo de una mera crisis económica y cree que los problemas de la economía española lejos de ser coyunturales son estructurales. Es decir, existe una crisis no solo de tipo económico sino que afecta al sistema por el cual se ha regido el mercado laboral en los últimos años.

Según el prólogo de esta Ley, se trata de una norma que sirve a los intereses generales, ya que garantiza la flexibilidad a los empresarios y la seguridad jurídica necesaria para los trabajadores. El objetivo que según pretende esta Ley es la búsqueda de un marco claro en el que se establezcan las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo. Para ello, se van a adaptar los mecanismos necesarios para la “flexiguridad”. Con este término se refiere la reforma a la búsqueda del equilibrio entre las medidas para incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo y para la seguridad de los trabajadores.

El Capítulo III de la exposición de motivos dice literalmente que son necesarias medidas de flexibilidad interna en las empresas como medida alternativa a la destrucción de empleo. El conjunto de medidas que se presentan en dicho capítulo tienen como objetivo fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias adversas en las que se encuentre la empresa.

La modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III del Estatuto de los Trabajadores se reconducen al apartado 3 artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores y por tanto, se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor.

Por tanto, el régimen jurídico del descuelgue del convenio colectivo se regula ahora en dos preceptos. Por un lado, el artículo 82.3 LET, para el descuelgue del convenio de ámbito superior a la empresa y regulados en el Título III de la LET, es decir, para inaplicar las condiciones laborales de los convenios colectivos estatutarios y por otro, el art. 41.6 LET, que regula la modificación sustancial de condiciones de trabajo contractuales, o bien las recogidas en acuerdos o pactos de empresa y en convenios colectivos extraestatutarios¹.

IV. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DESCUELGUE DEL ARTÍCULO 82.3 LET

1. Marco legal del acuerdo de descuelgue.

El artículo 82.3 LET desarrolla el supuesto habilitante del descuelgue “mediante la definición de las causas que han de justificar el recurso empresarial a esta técnica que persigue la inaplicación del convenio colectivo en determinadas materias”².

¹ CASTRO ARGÜELLES, M. J.: *Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo*, Aranzadi, Pamplona, 2013. CAVAS MARTINEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”. *Ponencia en jornada técnica de la CCNCC*, Madrid, 2014. POQUET CATALÁ, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”. *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, pp. 101 a 121.

² CASTRO ARGÜELLES, M. J. *Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p.117.

Para aplicar esta técnica, por tanto, se deben cumplir las causas que vienen definidas en el mismo precepto de la Ley y la lista de materias específicas que pueden ser objeto de descuelgue.

Pero sin duda, el requisito más importante para poder tramitar esa inaplicación con los efectos que se pretenden es la necesidad de llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

2. Causas que habilitan para el descuelgue.

Para la inaplicación del convenio tiene que concurrir alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que dispone el art. 82.3 LET.

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

Esta definición más detallada que en las reformas anteriores trata de concretar en qué casos se entiende que concurren tales causas. El TSJ de Valladolid declara improcedente despidos por causas económicas al no acreditar la empresa causas diferentes a las que existían cuando anteriormente había acordado con los trabajadores no aplicarse el incremento salarial pactado en convenio colectivo con el compromiso de mantener los empleos³.

En relación a esto también se pronuncia el Tribunal Supremo basándose en el propio convenio de sector que recoge que el descuelgue es una medida excepcional que sólo cabe cuando la empresa se encuentre inmersa en una crisis económica⁴.

³ Véase STSJ Valladolid 486/2013.

⁴ Véase STS 72/2012. La empresa quiere inaplicar los incrementos salariales pactados en convenio del sector para los años 2009 y 2010 e interpone demanda de conflicto colectivo que desestima el TSJ de

Con la Reforma de 2010 era necesario motivar si con la inaplicación del convenio se preveía mejorar la situación de la empresa o al menos su posición en el mercado (anterior formulación del art. 41.6 LET). Sin embargo, en el vigente 82.3 LET parece innecesaria la justificación de esta causa. No se puede olvidar que “el período de consultas previas con los representantes de los trabajadores sigue versando, entre otras cuestiones, sobre las causas”⁵. Se debe justificar por tanto una intención de mejoría en la situación de la empresa para aplicar la medida de inaplicación⁶.

- Causas técnicas: “Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.
- Causas Organizativas: Cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- Causas Productivas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

3. Materias afectadas por el descuelgue.

El actual art. 82.3 LET incluye un listado de materias que pueden resultar inaplicadas mediante la figura del descuelgue. Éstas son: 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

Andalucía, por lo que recurre al TS que desestima la demanda y no autoriza el descuelgue salarial para los años solicitados, basándose en el propio convenio colectivo de sector que recoge que el descuelgue es una medida excepcional que sólo cabe cuando la empresa se encuentre inmersa en crisis económica teniendo que demostrar tal hecho. Además, no se acude a la comisión paritaria del convenio estando obligada a ello por el convenio aplicable y no se acredita la existencia de las causas económicas que alega, puesto que en la documentación que consta en el Registro Mercantil, la empresa ingresa beneficios económicos durante los años que pretende el descuelgue.

⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Inaplicación o descuelgue del convenio....., op cit., p.121.*

⁶ Véase STSJ Valladolid 1213/2013.

límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 LET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Con respecto a las materias que pueden ser objeto de inaplicación existe una cierta controversia, ya que en algunos casos resulta difícil dilucidar qué presupuestos entran dentro de cada materia. En este sentido, la Sala 4º de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado que en el caso de la materia “vacacional” tanto en el tratamiento legal como en el doctrinal esta materia se regula dentro del apartado “tiempo de trabajo” y por tanto, no habrá justificación en excluir las vacaciones de las materias objeto de inaplicación⁷.

4. Vigencia de los acuerdos de descuelgue: la durabilidad de las nuevas condiciones.

En este sentido, el art. 82.3 LET tras la Ley 3/2012 establece de forma expresa, que el acuerdo “deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su duración” con la única limitación del respeto a los contenidos obligacionales de los convenios relativos a la eliminación de las discriminaciones por razón de género o los previstos por los Planes de Igualdad de las empresas.

Como regla general, el mismo precepto incluye también un tiempo máximo de duración para el acuerdo de descuelgue que impide que se prolongue “más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”.

Si bien el art. 82.3 LET no deja claro si el acuerdo de descuelgue puede establecer su aplicación de forma retroactiva, la jurisprudencia sí que se viene pronunciando en relación a este tema. En este sentido, no se permite el descuelgue con carácter retroactivo en supuestos de salarios ya percibidos o a percibir con anterioridad al inicio de la inaplicación⁸. De forma más tajante se pronuncia el Tribunal Supremo estableciendo que la inaplicación de un convenio colectivo no puede tener efectos retroactivos, aunque se haya pactado así en el acuerdo por el que se modifican las

⁷ Véase STS 90/2012.

⁸ Véase STSJ Sevilla 2124/2013.

condiciones laborales del convenio⁹. Con respecto a esto se pronuncia también en 2014, la Audiencia Nacional, exponiendo que no se pueden reconocer efectos retroactivos al descuelgue salarial acordado siguiendo el procedimiento del artículo 82.3 LET¹⁰.

5. Diferencia entre el descuelgue del art. 82.3 LET con la vía de modificación de condiciones sustanciales del art. 41 LET.

ART. 82.3 LET	ART. 41 LET
Fuente de la condición modificada/inaplicada: convenio estatutario	Fuente de la condición modificada/inaplicada: convenio extraestatutario, acuerdo o pacto de empresa, contrato o decisión unilateral de la empresa.
Carácter temporal, provisional y transitorio (como fecha límite hasta la vigencia del convenio)	Indefinidamente
Cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción	Cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
<p>Lista de materias iguales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Jornada de trabajo</i> - <i>Horario y distribución del tiempo de trabajo</i> - <i>Régimen de trabajo a turnos</i> - <i>Sistema de remuneración y cuantía salarial</i> - <i>Sistema de trabajo y rendimiento</i> - <i>Funciones que excedan de lo previsto en el artículo 39 LET</i> 	

⁹ Véase STS 206/2014. El TS reconoce que el artículo 82.3 LET en el que se regulan los descuelgues no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo. No obstante, precisa que la existencia de esa restricción legal "está implícita en el texto de la norma, que empieza estableciendo que el CC obliga a todos los incluidos en su ámbito de aplicación durante todo el tiempo de su vigencia". Los descuelgues "actúan hacia el futuro" y no hacia el pasado. Asimismo, el 82.3 LET limita su duración a la entrada en vigor de un nuevo CC que sea aplicable en la empresa.

¹⁰ Véase SAN 74/2013.

- (Art. 83.2 incluye: mejoras voluntarias de la acción protectora de la seg.soc.)

Si no hay acuerdo con los representantes de los trabajadores, no se puede inaplicar las condiciones de trabajo	Si no hay acuerdo, el empresario de forma unilateral
No da derecho a indemnización	Indemnización de 20 días por año trabajado
Tiene que afectar a toda la plantilla, si no ha de basarse en criterios objetivos y razonables	Puede ser individual o colectiva

En el gráfico anterior trato de explicar de un modo más visual que existen dos vías para inaplicar las condiciones laborales de los trabajadores atendiendo a como ya se ha explicado anteriormente, la fuente de las condiciones que han derivado de la relación laboral. Es decir, si el origen de las condiciones tiene lugar en un convenio colectivo estatutario del capítulo III del LET (art. 82.3 LET), o bien si son fuente de un contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos o derivadas de una decisión empresarial de efectos colectivos.

El origen de la fuente de la condición a inaplicar es una de las características principales que diferencia a ambas instituciones. Aun así, existen semejanzas fundamentales entre ambos preceptos. Sin embargo, la coincidencia casi completa con el listado de materias del artículo 41 LET y la existencia de un periodo de consultas con idéntica regulación no significa que haya una total paridad entre ambas instituciones, pues en tal caso carecería de sentido la regulación en diferentes preceptos¹¹.

Partiendo de la fuente, que es la principal diferencia entre ambos preceptos, otra de las diferencias entre éstos es la duración de la inaplicación. La operada a través del art. 41 LET puede mantenerse indefinidamente, mientras que la del 82.3 LET es temporal y tiene como límite la vigencia del convenio.

En cuanto al listado de materias, como ya hemos dicho, existe una gran coincidencia, puesto que como se observa en la tabla anterior, tanto en una vía como en

¹¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., “El procedimiento de inaplicación de convenios...”, *op.cit.* p.10.

la otra, las materias a inaplicar son: *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 y funciones que excedan de lo previsto en el artículo 39 LET*. Únicamente, debemos añadir las *mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social* en las materias a inaplicar del artículo 82.3 LET.

La definición de las causas habilitantes se tratan de una forma más genérica en la modificación del art.41 LET que en el art. 82.3 LET. Para entender ambos preceptos vamos a tratar de exponer en primer lugar, las causas del artículo 41 LET. Para proceder a modificar las materias detalladas anteriormente, el empresario debe justificar que existen probadas *razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*. La concurrencia de estas causas debe estar relacionada con la competitividad y productividad de la empresa. Por lo que respecta a la vía de descuelgue del convenio colectivo, el mismo artículo 82.3 LET transcribe los mismos motivos del artículo 41 LET, aunque en este caso, se especifica más minuciosamente los casos en los que se considera que concurren dichas causas, tal y como hemos visto en el epígrafe en el que desarrollamos las causas habilitantes del descuelgue.

Por otro lado, en la modificación del artículo 41 LET el cambio puede ser impuesto unilateralmente por el empresario, mientras que la inaplicación del convenio no puede ser de esta manera y exige el acuerdo con la representación de los trabajadores o, en caso de desacuerdo habría que acudir a los procedimientos que establece el art. 82.3 LET ante la discrepancia.

En resumen, y desde una perspectiva puramente empresarial tiene más posibilidades de éxito acudir a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 LET que a la inaplicación o descuelgue del artículo 82.3 LET, ya que en el primer supuesto, aun previéndose la necesaria celebración de un período de consultas con los representantes de los trabajadores si se trata de una modificación sustancial de carácter colectivo, el margen de decisión unilateral de la empresa es muy amplio. El problema es que ante la modificación establecida en convenio colectivo estatutario hay que acudir necesariamente al art. 82.3 LET.

V. PROCEDIMIENTO POR EL QUE SE INAPLICAN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Para aplicar el acuerdo de descuelgue existen una serie de reglas que seguir mediante un procedimiento que viene tipificado por el art. 82.3 LET que seguidamente nos remite al periodo previo de consultas del art. 41.1 LET que regula la modificación de condiciones de trabajo.

En relación al plazo para el inicio del procedimiento, el art. 82.3 LET no expone periodo alguno, por lo que debido a la ausencia de esta previsión legal, lo adecuado sería pensar que se puede realizar desde la entrada en vigor del convenio en cuestión.

1. Procedimiento de aplicación del descuelgue.

El procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas en convenio colectivo regulado en el Título III del Estatuto de los trabajadores tendrán que ser establecidas por el mecanismo de inaplicación del convenio regulado en el art. 82.3 LET. Este mismo precepto establece: “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 LET, en el orden y condiciones señalados en el mismo”. Rigen por tanto los plazos establecidos en el 41.4 LET para el periodo de consultas que hemos expuesto en el apartado anterior, (salvo los plazos que puedan establecerse para estos casos en el convenio colectivo que sea de aplicación).

En caso de acuerdo, este “supone, además de dotar de presunción de veracidad a la existencia de las condiciones económicas adversas, deberá establecer con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un convenio a la empresa”¹².

Si durante el periodo de consultas, no se llega a un acuerdo entre el empresario y la representación de los trabajadores, ambas partes podrán someter las discrepancias a la comisión paritaria del convenio. La comisión negociadora que resulte debe estar constituida con anterioridad a la comunicación empresarial del inicio del periodo de

¹² PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.

consultas y tiene para crearla siete días desde la comunicación por parte de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de descuelgue o de quince días en el caso de que no existieran representantes de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que además de reunir los requisitos de legitimación inicial “será necesario observar los requisitos de mayoría exigidos para constituir la mesa negociadora del acuerdo de descuelgue en la empresa”¹³.

Respecto a las empresas sin representación legal de los trabajadores, éstos pueden atribuir su representación o a una comisión *ad hoc* de un máximo de tres miembros elegidos entre los propios trabajadores de la empresa o bien a una comisión de igual número por componentes de los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa.

Si no se alcanza acuerdo en la comisión paritaria, las partes deberán acudir a los procedimientos que a tal efecto deben establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (contenido mínimo de los convenios), incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante.

Si así lo dispone el convenio, las partes podrán someterse, en el caso canario, al Acuerdo Interprofesional Canario, al Tribunal Laboral de Canarias y finalmente, a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Si no se llega a acuerdo en la CCNCC y no se impone el arbitraje, el convenio afectado continuará aplicándose¹⁴.

2. Diferencia entre el procedimiento por el cual se autoriza el acuerdo de descuelgue y el procedimiento de modificación de las condiciones sustanciales de trabajo.

Como ya hemos visto, se pueden inaplicar condiciones de trabajo ya establecidas tanto e convenio colectivo estatutario como condiciones propias de contrato de trabajo, pactos o convenios extraestatutarios. Ambas se regulan en los arts. 82.3 y 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente. En el apartado anterior, pudo

¹³ GOÑI SEIN, J.L. “Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, pp. 35 – 75.

¹⁴ Véase SAN 339/2013.

comprobarse que existen muchas semejanzas en ambos supuestos legales, ya que en los dos casos las materias a inaplicar o bien las causas son iguales salvo algunos detalles.

La diferencia entre ambos procedimientos ha suscitado diferentes pronunciamientos en la jurisprudencia. La sala de lo social de la Audiencia Nacional se pronunció durante 2014, en numerosas sentencias, sobre diferentes cuestiones controvertidas del procedimiento de descuelgue. En una de ellas, se dispone que no es preciso seguir el procedimiento de inaplicación para modificar un “protocolo de subrogación” cuya naturaleza no es estatutaria, por cuanto no se pactó conforme a lo regulado en el título III del Estatuto de los Trabajadores, sino conforme al artículo 44.4 LET¹⁵. En esta línea, otra sentencia de la Audiencia Nacional estableció que no hay que seguir el procedimiento de descuelgue para inaplicar condiciones laborales no recogidas en convenio estatutario, sino que en tales casos la vía a contemplar sería el artículo 41 LET¹⁶.

En relación al procedimiento por el cual se tramita el mecanismo que aquí nos ocupa, existe también alguna característica similar como el periodo de consultas que en el caso del art. 82.3 LET se remite en exclusiva al art. 41. LET para el desarrollo de esta previsión legal.

En el procedimiento de inaplicación de las condiciones del art. 41 LET tendríamos primeramente que diferenciar si la modificación sustancial que se pretende realizar es individual o es colectiva:

Modif. Sust. INDIVIDUAL	Modif. Sust. COLECTIVA
<p>-Deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.</p> <p>-Posibilidad de rescindir su contrato con</p>	<p>-Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos a:</p> <ul style="list-style-type: none"> • a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

¹⁵ Véase SAN 340/2013.

¹⁶ Véase SAN 357/2013.

<p>una indemnización de 20 días por año con un máximo de nueve mensualidades.</p> <p>-Sin perjuicio de la ejecutividad de la medida, el trabajador puede optar por impugnarla ante la jurisdicción social.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. • c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.
	<p>-Debe ir precedida de un periodo de consultas de duración no superior a quince días.</p> <p>- Si hay acuerdo, la medida solo podrá ser impugnada si hubiera fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.</p> <p>-Si no hay acuerdo, la decisión será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas y surtirá efectos en el plazo de siete días tras la notificación</p>

En caso de no haber acuerdo, la impugnación de la decisión empresarial debe presentarse ante la jurisdicción social, mediante demanda individual o colectiva, según el alcance de la modificación.

A - El procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de tipo individual no tiene como requisito imprescindible acuerdo alguno con la representación de los trabajadores sino que es aplicada unilateralmente por el empresario y ejecutada de forma inmediata. Por tanto, el desacuerdo con la misma debe impugnarse por la vía judicial (art. 138 LJS).

B - El procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo exige el establecimiento de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores de duración no superior a quince días. En el caso de llegar a un

acuerdo, las causas alegadas por la empresa para la modificación, quedarán justificadas, pudiendo ser impugnadas únicamente por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si no se llega a acuerdo alguno durante el período de consultas, podrá el empresario unilateralmente establecer la modificación pretendida que surtirá efectos en el plazo de siete días siguientes a su notificación.

Aunque el art. 82.3 LET nos remita al 41.4 LET para la previsión legal del periodo de consultas tal y como se desarrolla en el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas, en el caso de no llegar a un acuerdo existen diferencias bastante notables, puesto que en el art. 41 LET el empresario podrá unilateralmente establecer la modificación pretendida, mientras que en el caso del descuelgue tendrán que someterse a varios instrumentos que la Ley establece y le otorga a los contenidos propios de la negociación colectiva.

3. Acciones individuales y colectivas frente al descuelgue.

Los trabajadores afectados por el descuelgue no están legitimados para impugnar individualmente la medida. Se puede cuestionar su validez en el marco del proceso ordinario o de otro tipo (despido), pero se presumirá que concurren las causas, si ha mediado acuerdo en el período de consultas o si ha recaído un laudo arbitral.

Por otra parte, será el procedimiento de impugnación del convenio colectivo del art. 91 LET el aplicable para las acciones colectivas frente a los laudos arbitrales o acuerdos alcanzados en periodo de consultas del art. 82.3 LET.

El artículo 7.6 LISOS, dispone que la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, sin acudir a los procedimientos establecidos en el artículo 41 o en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores supone una infracción grave sancionada económicamente entre 626 y 6.251 euros¹⁷.

¹⁷ CASTRO ARGÜELLES, M. J.: *Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo*, Aranzadi, Pamplona, 2013. CAVAS MARTINEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”. *Ponencia en jornada técnica de la CCNCC*, Madrid, 2014. CUADERNOS DE ACCIÓN SOCIAL CCOO: *Guía sobre la reforma legal de la negociación colectiva*, Madrid, 2013. PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Ed. Universitaria

VI. LA “CONSTITUCIONALIDAD” DE LA FIGURA DEL DESCUELGUE: STC 119/2014, de 16 de julio.

El artículo 37 de la Constitución Española garantiza tanto el derecho a la negociación colectiva como la fuerza vinculante de los convenios. Ante esto, la técnica del descuelgue se presenta como un mecanismo excepcional para casos concreto que viene a derogar esa regla general por la cual, “los convenios colectivos regulados por la Ley del Estatuto de los Trabajadores, obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”.

Ante esta regla general, este instrumento excepcional permite aplicar condiciones laborales diferentes a las que ya habían sido establecidas, tras un acuerdo durante un periodo de consultas entre los representantes de los trabajadores y el empresario. El hecho de que el descuelgue suponga una inaplicación de las condiciones pactadas en un convenio colectivo del ámbito que sea, ha llevado a algunos sectores a preguntarse si supone esto un atentado contra la negociación colectiva que establece la Constitución.

En 1994 con la introducción de este precepto hubo un debate similar con el que se concluyó que los descuelgues (únicamente salariales en este caso) eran fruto de un acuerdo entre los sujetos legitimados para ello (empresario y representantes de los trabajadores) y por tanto, eran los habilitados para negociar acuerdos de empresa.

Más recientemente, se ha presentado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. El Parlamento de Navarra a través de un letrado ha interpuesto este recurso motivándose en que el art. 14 de la citada Ley acomete una profunda reforma en la regulación del descuelgue o “inaplicación de la empresa de las condiciones colectivas aplicables”,

Ramón Areces, Madrid, 2014. GARCÍA MORENO, M.R.: “Inaplicación de las condiciones laborales”. *Ponencia Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Santa Cruz de Tenerife, 2015. GOÑI SEIN, J.L.: “Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, pp. 35 – 75.

estableciendo también un arbitraje obligatorio que según los recurrentes, sería incompatible con la efectividad de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la negociación colectiva. Se intenta la descentralización rompiendo el modelo hasta ahora vigente de negociación colectiva que, aunque no anula del todo la autonomía colectiva de los agentes sociales los neutraliza y desmerece al privarles de su poder de negociación sobre los convenios supraempresariales e instituirse un arbitraje obligatorio superpuesto a la voluntad de las partes. Por todo esto, entiende la parte recurrente que esta regulación es incompatible con el modelo constitucional, puesto que vulnera la libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional (STC 119/2014, de 16 de julio de 2014) se pronuncia en relación a este recurso y resuelve validando la intervención de la Comisión debido a que:

- 1) la posibilidad de que la CCNCC u los órganos autonómicos equivalentes acuerden no aplicar lo pactado en un convenio colectivo; señala que la finalidad de la intervención de esta institución no es otra que posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas de la empresa y se produce cuando se ha agotado todas las vías para el acuerdo.
- 2) La CCNCC es un órgano tripartito, representado por Administración, Empresa y Sindicatos, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social pero en todo caso independiente.
- 3) la duración de esta inaplicación del convenio es limitada en el tiempo, no podrá prolongarse más allá de la vigencia del propio convenio y solo con materias del art. 82.3 ET.
- 4) Respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal expone que no se producirá la vulneración denunciada siempre y cuando se interprete lo establecido en la ley y se ciñan a la concurrencia de las causas.

En cuanto a la vulneración de la negociación colectiva el Tribunal expone que no existe un “modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva”, descentralizado o centralizado, por lo que ambos resultarían legítimos.

En la misma sentencia del TC de 16 de julio de 2014 y ante la demanda del Parlamento de Navarra sobre otro tema candente de la Reforma Laboral, la aplicación o prevalencia de los convenios colectivos de empresa sobre el sectorial, ya que entienden que la citada medida ataca los principios constitucionales de los Arts. 37.1 (fuerza vinculante de los CC) y 28.1 (libertad sindical).

El TC refrenda la medida porque: **1)** No existe en la CE un modelo de negociación colectiva, la CE no lo impone, ha sido el legislador de 1994 que optó por el sectorial y el de 2012 por el de empresa, **2)** El CC de empresa prevalece en un número de medidas, en el resto el sectorial y **3)** la medida pretende mejorar la productividad y la viabilidad de la empresa y del empleo

Por tanto, se rechaza de lleno la inconstitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012¹⁸.

VII. INAPLICACIONES DE CONVENIOS DESDE LA REFORMA LABORAL Ley 3/2012.

Tras el nuevo procedimiento de descuelgue desarrollado en la Reforma Laboral, desde la vigencia de la misma en 2012 hasta mayo de 2015 han sido registradas un total de 5.293 inaplicaciones de convenios.

Un dato muy importante para conocer el impacto que ha tenido el nuevo desarrollo del art. 82.3 LET, es el número de inaplicaciones que se han registrado por año. Es decir, es necesario conocer la cantidad de inaplicaciones desde el 2012 y como han ido evolucionando éstas para realizar un pequeño análisis de la incidencia que tiene este mecanismo en el mercado laboral. Por ello, a continuación desglosamos las cantidades registradas desde la última Reforma Laboral hasta los últimos datos obtenidos en mayo de 2015:

¹⁸ Véase STC 119/2014 de 16 de julio de 2014. GORELLI HERNÁNDEZ. J.: “El descuelgue del convenio estatutario”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013. GARCÍA MORENO. M, R.: “Inaplicación de las condiciones laborales”. *Ponencia Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Santa Cruz de Tenerife, 2015.

- 2012: El primer año de la Reforma sería el de menor incidencia en cuanto a inaplicación, (748 inaplicaciones en 2012, que afectaron a 29.352 trabajadores) ya que básicamente no ha habido mucho margen de tiempo para su aplicación, puesto que es el año de entrada en vigor de la Ley 3/2012 y aún existe desconocimiento. Además, en este año, uno de los instrumentos más usado por las empresas son los Expedientes de Regulación de Empleo, tramitándose unos 35.524, tanto extintivos como temporales).
- 2013: Ya en el segundo año de la Reforma se puede apreciar un incremento de las inaplicaciones con un total de 2.512 (afectaron a 159.550 trabajadores). Los datos más relevantes de este año, son que la mayoría de los trabajadores afectados pertenecen al sector servicios y a empresas de entre 1 y 49 trabajadores. La materia más inaplicada de forma notable es el descuelgue de la cuantía salarial pactada en convenio. La gran mayoría de inaplicaciones se han resuelto con acuerdo durante el periodo de consultas regulado en el precepto de la LET.
- 2014: un total de 1220 inaplicaciones que afectan a 43.708 trabajadores, la mayoría de ellos trabaja en el sector servicios. La mayoría de los trabajadores afectados presta servicios en empresas de 250 trabajadores o más, aunque la mayoría de las empresas que presentan inaplicaciones, son pymes. La mayoría de las inaplicaciones, como en el año anterior, se refieren también al descuelgue de la cuantía salarial. Y muchos de ellos, finalmente llegan a un acuerdo tras el periodo de consultas pertinente.
- 2015: Durante los primeros meses de este año, se puede apreciar un descenso de las inaplicaciones con respecto al mismo período del año anterior. La gran mayoría de las inaplicaciones se realizan en empresas de servicios y se realiza en empresas pequeñas, con menos de 50 trabajadores. Prácticamente la totalidad de las inaplicaciones son descuelgues de convenios sectoriales y son aprobadas por acuerdo en el período de consultas. Como se puede apreciar en el gráfico, del

total de las condiciones de trabajo inaplicadas en el 65% de los casos (813) se altera sólo la cuantía salarial, aunque en muchas ocasiones se modifican otras condiciones de trabajo o una combinación de ellas¹⁹.

¹⁹ Observatorio de la Negociación Colectiva. *Actuaciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Boletín nº48 marzo – junio 2015.

CONDICIONES DE TRABAJO INAPLICADAS (inaplicaciones depositadas hasta mayo de 2015)		
	INAPLICACIONES	TRABAJADORES
TOTAL	813	24.643
Cuantía salarial	525	10.543
Cuantía salarial y sistema de remuneración	98	1.272
Sistema de remuneración	38	909
Cuantía salarial, sistema de remuneración y mejoras voluntarias de la acción protectora de la S.S.	30	356
Cuantía salarial y jornada trabajo	27	1.114
Cuantía salarial, sistema remuneración, jornada trabajo y horario y distribución tiempo de trabajo	15	540
Cuantía salarial, jornada de trabajo y horario y distribución del tiempo de trabajo	14	262
Resto de casos	66	9.647

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA: Las constantes reformas normativas que han tenido lugar en nuestro ordenamiento jurídico laboral desde 1994 y como consecuencia de la crisis económica actual en 2010, 2011 y 2012, que han sido estudiadas en este trabajo, han sido originadas con el firme propósito de potenciar la flexibilidad interna de las empresas, así como favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y de la producción. Según establecen los instrumentos que han dispuesto, se trata de mejorar la competitividad de las empresas pero siempre “salvaguardando” el derecho de los trabajadores y facilitando el mantenimiento del empleo.

SEGUNDA: A partir de la Reforma de 2010 se van introduciendo medidas que favorezcan la adaptación a las necesidades económicas del empresario. Se fortalece la posición empresarial flexibilizando el contenido del Derecho del Trabajo. En 2012 y ante los datos obtenidos de la reforma anterior, con los que no se avanzó significativamente en relación al descuelgue, se introducen cambios cuyo propósito es establecer mecanismos a través de los cuales los empresarios puedan adaptar e, incluso, disponer de las condiciones de trabajo de sus trabajadores, por medio o a pesar de la negociación colectiva a nivel de empresa. Para los sectores liberales de este país, la negociación colectiva ha supuesto un bloqueo a las necesidades de flexibilidad que demanda el mercado, así que el objetivo principal de esta reforma según la propia exposición de motivos de la norma que la impone es “*que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa*”.

TERCERA: Para poder obtener una idea de si la introducción de este mecanismo ha supuesto un avance gracias a la “instrumentalización” de la negociación colectiva y a la flexibilización de la misma, se han de analizar los datos expuestos en el epígrafe anterior respecto a las inaplicaciones de convenios desde 2012 en adelante. En ellos, se puede comprobar que únicamente en 2013 hubo una alta incidencia, 2.512 en total. Sin

embargo, tampoco es una cantidad demasiado elevada (si por ejemplo tenemos en cuanto el número de EREs, 35.574). En los años posteriores, el número de inaplicaciones ha ido desapareciendo considerablemente hasta llegar casi a la mitad. Por tanto, es evidente que esta medida no ha tenido el éxito que con ella se pretendía. Por otro lado hay que tener en cuenta que la mayoría de los descuelgues que se han producido estaban relacionados con la cuantía salarial y que casi todos pertenecen al sector servicios y a empresas de entre 1 y 49 trabajadores, aunque la mayoría de trabajadores afectados pertenecen a empresas de 250 o más trabajadores.

CUARTA: Teniendo en cuenta estos datos se plantean las siguientes cuestiones: ¿Cómo es posible que ante la bonanza del sector turístico en España haya cada vez más desempleo en este sector? ¿Cómo puede ser que el empleo de un sector económico tan importante para este país sea cada vez más precario, temporal, a tiempo parcial y de bajos salarios?²⁰.

QUINTA: Tras la comprobación de los datos, y es mi opinión, el mecanismo del descuelgue no es un instrumento excepcional que sirva para adaptarse a las circunstancias propias de situaciones económicas adversas de la empresa sino que es un instrumento al servicio del empresario para no aplicar las condiciones establecidas en convenio colectivo fruto de la negociación colectiva entre los sujetos legitimados. Como ya se ha dicho en la propia Reforma, la negociación colectiva supone un obstáculo para la adaptabilidad a las circunstancias de la empresa. Pero es que quizá la circunstancia es que a la empresa no le va mal pero le podría ir mejor. En resumen, este mecanismo y la Reforma de 2012 son el resultado de las demandas que llevan reivindicando, desde hace mucho tiempo, los grandes empresarios de este país. Si a los datos me remito, se puede comprobar que el discurso de la flexibilidad interna no cala hondo y que las medidas de flexibilidad externa que venían incluidas en la Reforma, como el abaratamiento del despido, tienen más popularidad. Por tanto, ante estos

²⁰ Datos obtenidos en noticia de prensa de Federación de Servicios de CCOO.

hechos, la última Reforma Laboral no es un golpe sobre la mesa que vienen reivindicando los empresarios ante ese “obstáculo” de la negociación colectiva.

SEXTA: Se entiende que el acuerdo para inaplicar alguna de las materias previstas en el convenio colectivo de aplicación sea acordado entre el empresario y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo estatutario según lo dispuesto en el art. 87.1 LET, por lo que según algunos sectores no se merma la libertad sindical de los representantes de los trabajadores.

Sin embargo, la posibilidad de llegar a un acuerdo por medio de comisiones negociadoras *ad hoc* cuando no existe representación de los trabajadores en la empresa lleva a pensar que no son estos los sujetos legitimados para la negociación colectiva tal y como lo establece la ley y que su capacidad representativa es bastante deficiente. Si además nos encontramos ante una pequeña empresa, el equilibrio entre el poder del empresario y la capacidad representativa que puedan llegar a tener los trabajadores de acuerdo con la negociación colectiva sugiere una descompensación que en teoría podría ser inconstitucional.

SÉPTIMA: La Reforma Laboral de 2012 establece el mecanismo del descuelgue de ciertas condiciones de trabajo mermando la efectividad normativa de los convenios colectivos estatutarios. Sin embargo, no estamos ante una mera inaplicación de las condiciones de un convenio colectivo, sino que tal y como explica la nueva norma “*el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración*”. Partiendo de que este tipo de inaplicación puede hacerse ante un convenio de sector, estaríamos ante una inaplicación de determinada/s materia/s en una empresa en concreto y, por tanto, el convenio seguiría aplicándose con todas sus condiciones para el resto de los trabajadores afectados por su ámbito de aplicación. Si por el contrario, el acuerdo de descuelgue se llevara a cabo en un convenio de empresa y puestos que esas nuevas condiciones van a tener vigencia hasta la negociación del nuevo convenio sería bastante lógico pensar que estamos ante una derogación parcial del convenio de empresa.

OCTAVA: La última Reforma Laboral expone como argumento que la justifica que *“más vale trabajadores con retribuciones rebajadas que nuevos parados”* entendiéndose que es mejor tomar medidas de inaplicación de condiciones de trabajo y más concretamente, de reducción salarial, que la pérdida del empleo. Es decir, es mejor aplicar medidas que incentiven la flexibilidad interna que la externa. Sin embargo, a pesar de las “indudables y gentiles” intenciones del legislador (que ha decidido eliminar la expresión referente al mantenimiento del empleo necesarias para justificar las causas de descuelgue que exigía la reforma anterior), parece que el sector empresarial no responde a esa necesidad de cambio que vienen demandando las empresas y es que, a tenor de los datos obtenidos en diciembre de 2014 a través del Ministerio de Empleo, la contratación temporal frente a la indefinida es bastante superior. En 2014 se firmaron 1,35 millones, el 8,07% de indefinidos. Ni las medidas destinadas a la creación del empleo indefinido como el contrato de apoyo a los emprendedores (altamente bonificado y con un año de prueba) consiguen reducir el alto índice de empleos temporales: nunca por debajo del 92% de los contratos.

Por lo tanto, es evidente que los mecanismos de flexibilidad interna que pretende el legislador no resultan de gran éxito entre el sector empresarial y que el único resultado ha sido la precarización del mercado laboral, cada vez más temporal.

IX. BIBLIOGRAFÍA

CASTRO ARGÜELLES, M^a ANTONIA, *Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo*. Aranzadi, Pamplona, 2013.

CAVAS MARTINEZ, F.: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC”. *Ponencia en jornada técnica de la CCNCC*, Madrid, 2014.

GOÑI SEIN, J.L.: “Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, pp. 35 – 75.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del convenio estatutario”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013.

MIGUEL RAFAEL GARCÍA MORENO. “Inaplicación de las condiciones laborales”. *Ponencia Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Santa Cruz de Tenerife, 2015.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.

POQUET CATALÁ, R.: “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”. *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, pp. 101 a 121.

OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. *Actuaciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, núm. 48, 2015

GRUPO FRANCIS LEFEBVRE. EL DERECHO. Base de jurisprudencia.