

LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma laboral, negociación colectiva

El estudio aborda las novedades legales recientes con incidencia en la negociación colectiva. Se centra el análisis en la cláusula de inaplicación del régimen salarial del convenio como principal novedad en el marco jurídico vigente de la negociación colectiva introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Se subraya en el estudio que el régimen normativo de la cláusula de descuelgue contiene importantes novedades que contribuyen a realzar el papel del acuerdo de empresa como fuente autónoma de regulación convencional, consolidándose en el vigente modelo estatutario como paradigma legal que sirve de contrapeso al paradigma de la eficacia normativa general del convenio colectivo. Junto al estudio del régimen jurídico de la nueva versión de los arts. 82.3 y 85.3 c) LET, se abordan en una segunda parte del artículo las insuficiencias en algunos aspectos relevantes del régimen jurídico del modelo estatutario de negociación colectiva, respecto de los que parece oportuna e incluso necesaria una intervención legislativa de reforma.

ABSTRACT

Key Words: Collective bargaining, reform

The present study deals with the legal news about collective bargaining. We analyse, under the 35/2010 Law of September 17th with the urgent measures to reform labour marketplace, the remuneration regime agreement included as an innovation feature under the judicial regime in collective bargaining. We highlight in the study the get-out clause (or escape clause) legislative regime that has a lot to say in the enterprise agreement as such, and as conventional and autonomous own regulation as a legal paradigm that opposes to the general rules and collective agreement paradigm.

Along with the study of the judicial regime, and the new version of the articles 82.3 and 85.3 c) LET, we analyse the second part of the article and what are the reform's insufficiencies considering some key aspects of the judicial regime related to the statutory model and the collective bargaining; while we confirm that there is a need for a reform in the legislative reform.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: ALGO SE MUEVE BAJO LAS TRANQUILAS AGUAS DEL DIÁLOGO SOCIAL
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LEY 35/2010: LOS ACUERDOS DE EMPRESA COMO NUEVO PARADIGMA LEGAL
3. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACUERDOS DE DESCUELQUE SALARIAL COMO ANTICIPO DE UNA NUEVA POLÍTICA DEL DERECHO
 - 1.1. Las cláusulas de descuelgue en su versión de 1994: una regulación compleja y de aplicación problemática
 - 1.2. La nueva regulación de la Ley 35/2010: el acuerdo de empresa como fuente reguladora autónoma
3. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLAUSULAS DE DESCUELQUE
 - 3.3. El elemento causal
 - 3.4. El proceso de negociación
 - 3.5. Contenido del acuerdo de inaplicación
 - 3.6. La resolución de los desacuerdos en torno a la cláusula de inaplicación
4. LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 4.3. Las reglas de la estructura de la negociación
 - 4.4. Unidades de negociación y legitimación negocial
 - 4.4.1. Nuevos ámbitos de negociación colectiva
 - 4.4.2. Legitimación patronal
 - 4.5. La revisión del efecto legal de la ultraactividad
 - 4.6. Un nuevo marco legal para la negociación

1. INTRODUCCIÓN: ALGO SE MUEVE BAJO LAS TRANQUILAS AGUAS DEL DIÁLOGO SOCIAL

Vista con perspectiva histórica, la configuración legal de la negociación colectiva ha merecido una valoración positiva. El modelo estatutario tuvo inicialmente un objeto de estabilización del modelo de negociación, y en un sentido promocional reforzó la lógica reguladora del convenio poniendo el acento en su función normativa de efectos generales. Se ha tratado, además, de un modelo legal que ha contado con el consenso de los protagonistas de la negociación ¹.

Pero el marco estatutario vigente ha puesto de manifiesto crecientes insuficiencias en la estructura de la negociación, en sus contenidos, en el dinamismo de los procesos de negociación y en los mecanismos institucionales de gestión de dichos procesos. La situación puede estimarse preocupante si consideramos el nuevo escenario jurídico y el profundo cambio en la realidad productiva y económica en los inicios del siglo XXI. El nuevo escenario jurídico se define por el repliegue legislativo y la ampliación de los ámbitos y funciones reguladoras asignadas a la negociación. El orden productivo y económico se caracteriza por nuevas formas de organización de la producción, la descentra-

¹ Cfr. Cruz Villalón, “El marco normativo de la negociación colectiva en España”, en *Temas Laborales*, nº 76, 2004, págs. 10 y sigs.

lización productiva y las crecientes exigencias de movilidad, cualificación y productividad de la fuerza de trabajo. La falta de adaptación de la negociación colectiva se traduce en la creciente ineficiencia económica y laboral del actual sistema. Se ha observado que actualmente es manifiesto el desbordamiento del modelo estatutario en un sentido estructural y profundo ².

Esta percepción es generalizada en el ambiente de las relaciones laborales en España y explica que en la última década la renovación del sistema de negociación colectiva se haya situado en un primer plano entre las políticas de reforma laboral. A lo largo del 2000 arrecia el debate doctrinal sobre la revisión del actual marco jurídico, se incorporan objetivos de renovación en los diversos acuerdos interconfederales y se avanzan propuestas y proyectos normativos en este sentido. Sin embargo esta reforma se ha supeditado a la preservación del consenso social en que se ha apoyado la regulación vigente durante tres décadas, evitando en lo posible una intervención legal que puede encontrar problemas de efectividad sin un consenso básico entre los sindicatos y patronales más representativos. De hecho este debate es paralelo a la reivindicación de la autonomía colectiva como elemento vertebrador del gobierno de la negociación colectiva (plasmado en los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva desde 1997).

En 2004 el Gobierno, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas estatales se plantean nuevos objetivos en el marco del diálogo social plasmados en el documento *Declaración para el Diálogo Social, Competitividad, empleo estable y cohesión social*. Entre los aspectos que debían ser abordados en ese Diálogo Social se situaba la negociación colectiva (materia nº 11). La Declaración reitera como punto de partida la afirmación de los interlocutores sociales de que “la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía de los agentes sociales”. Pero es igualmente destacable de la Declaración la función que se otorga a los poderes públicos para reforzar tal afirmación. En primer lugar se recoge que “la ley debe garantizar la capacidad de regulación mediante un adecuado marco jurídico”. En segundo lugar, se precisa que el desarrollo de la capacidad de regulación de la negociación colectiva y de su cobertura laboral precisa acciones de los interlocutores sociales, “que pueden y deben contar con apoyos públicos en el terreno de la racionalización de la estructura de la negociación colectiva en la línea marcada por el AINC 97”. La *Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social*, suscrito en julio de 2008 por los mismos agentes sociales y el Gobierno, nuevamente subraya el ámbito de la negociación colectiva como escenario del diálogo social.

² Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “*La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores*”, en *Veinte años de Negociación Colectiva: De la regulación legal a la experiencia negociada*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2001, pág. 70.

En el primer semestre de 2010 se han producido dos novedades que parecen presagiar cambios en el campo de la negociación colectiva. En primer lugar, el *Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 Y 2012*, de febrero de 2010, manifiesta en su Introducción que “el Diálogo Social y la negociación colectiva son los métodos de trabajo más apropiados para el buen funcionamiento del sistema de relaciones laborales en todos los niveles y para abordar reformas, cambios y adaptaciones en los sectores productivos y las empresas” y en su DA Única se manifiesta que “iniciarán a partir de su firma, y durante un periodo de seis meses, una negociación bipartita” sobre diversas materias, entre ellas la reforma del sistema negocial, con un programa de negociación amplio y abierto, abarcando “todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva (ámbitos, sujetos, contenidos, etc.)”.

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y posteriormente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, han llevado a cabo sendas reformas normativas que, aunque eluden una intervención en el trazado normativo de la negociación colectiva, sin embargo dedican su Capítulo II a la potenciación de los acuerdos de empresa como instrumentos de flexibilidad interna con incidencia clara en el marco negocial. Curándose en salud, la EM (II) de la Ley 35/2010 manifiesta que esta potenciación de los acuerdos de empresa “no contradicen la voluntad manifestada por el Gobierno a lo largo de todo este proceso de diálogo social de respetar el período que se han dado los interlocutores sociales en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito el pasado mes de febrero para acordar las modificaciones que crean convenientes en la negociación colectiva”.

La Ley 35/2010 se acoge a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012., pero estableciendo ahora en su DA 21ª que “en defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley”, el Gobierno “adoptará las iniciativas que correspondan” para abordar un proceso de reforma que podrá incluir, entre otras materias, “la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva”.

Como vemos, bajo la aparente calma del proceso de diálogo social el marco jurídico experimenta novedades cuya traducción en una más ambiciosa política de reformas queda a la expectativa de que finalice este período de nego-

ciación bipartita y de los derrotos inciertos de la agenda política en el actual contexto de las relaciones laborales en España.

Paralelamente a estas novedades cabe mencionar finalmente el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que incide en la regulación del régimen salarial de los convenios colectivos aplicables al personal laboral del sector público. Las previsiones del D.L., recogidas en su Capítulo II, se encaminan a reducir la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales, mediante la modificación del articulado de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010.

Basta en este momento con recordar que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el convenio colectivo ha de adecuarse a lo previsto en las leyes, de forma que “el art. 37.1 CE ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en la fecha dispuesta por las mismas. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador” (por todas, STC 62/2001, FJ 3º). En aplicación de esta doctrina, el TC ha tenido ya ocasión de observar que no supone el cuestionamiento del derecho a la negociación colectiva y es ajustado a un criterio lógico y razonable la congelación por el Ejecutivo para 1997 de los sueldos de los empleados públicos en contradicción con las subidas salariales previstas en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la Función pública (ATC 34/2005, FFJJ 4º y 5º). La decisión del Gobierno respondía a circunstancias sobrevenidas, surgidas con posterioridad a la firma del Acuerdo, concretamente el Plan de Convergencia de la Unión Económica y Monetaria, en el que se asumieron una serie de compromisos de estabilidad presupuestaria, que afectaban a los intereses generales del Estado y que reclamaban una actuación drástica en la contención del gasto público para reducir el déficit global.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LEY 35/2010: LOS ACUERDOS DE EMPRESA COMO NUEVO PARADIGMA LEGAL

La incidencia formal de la Ley 35/2010 en el régimen jurídico del Título III LET es limitada. Su contenido se centra en el art. 6 de la Ley, que introduce una nueva regulación del acuerdo de inaplicación del régimen salarial del convenio colectivo, mediante la reforma de los arts. 82.3 y 85.3 c) LET. El art. 6 de la Ley 35/2010 se sitúa dentro del Capítulo II de la norma, dedicado a la potenciación de los acuerdos de empresa. Su objetivo declarado es el de “configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad” y favorecer “la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la produc-

ción”, pero “salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo” (EM II).

El Gobierno es consciente de la incidencia de los acuerdos de empresa en el marco legal de la negociación colectiva, dado que no se pueden desconocer las potencialidades del acuerdo como manifestación de la negociación colectiva y como instrumento de participación de los trabajadores en la organización y gestión de la empresa³. Esta evidencia lleva a la afirmación del Decreto Ley 10/2010, ahora plasmada en la Ley 35/2010, de que la potenciación de tales acuerdos se hace desde la premisa de que “la negociación colectiva constituye el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad de las empresas a las necesidades cambiantes de la situación económica y para encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores” (EM II). Se pretenden “tan solo, respetando la articulación legal de los convenios colectivos y manteniendo la eficacia normativa de los mismos, establecer los supuestos y condiciones en los que pueda ser necesaria una inaplicación excepcional de lo establecido en un convenio colectivo como medio para evitar la destrucción de puestos de trabajo” (EM II).

Pero tras esta declaración tranquilizadora para el actual ambiente de diálogo social se esconde una opción velada que apuesta por profundizar una política del derecho iniciada con la Ley 11/1994, de fomento de los acuerdos de empresa como instrumentos de negociación y de gestión. Al igual que aconteciera en los 90, estamos ante una respuesta legislativa a las exigencias de una regulación laboral de las relaciones laborales acorde con los requerimientos empresariales de descentralización. Lo que se concibió como válvula de escape es hoy, en el vigente modelo estatutario, un nuevo paradigma legal que sirve de contrapeso al paradigma de la eficacia normativa general del convenio colectivo.

3. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACUERDOS DE DESCUELGO SALARIAL COMO ANTICIPO DE UNA NUEVA POLÍTICA DEL DERECHO

3.1. Las cláusulas de descuelgo en su versión de 1994: una regulación compleja y de aplicación problemática

La LET otorga a los convenios estipulados conforme a las reglas del Título III la eficacia general, es decir, que “obligan a todos los empresarios y trabaja-

³ Véase, García Murcia, “*los acuerdos de empresa*”, en *Temas Laborales*, nº 76, 2004, y “*Los acuerdos de empresa: marco general*”, en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007, págs. 611 y sigs.; Goerlich Peset, “*Los acuerdos de empresa*”, en Albiol (Coord.), *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, CISS, 2007, págs. 317 y sigs.

dores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia” (art. 82.3 I LET). Pero la misma Ley establece excepciones a esta regla, entre ellas la recogida en el mismo art. 82.3 LET referente a las conocidas como cláusulas de descuelgue.

Estas cláusulas tienen un reconocimiento legal en el art. 82.3 LET en la versión introducida por la Ley 11/1994. El pasaje legal establece la facultad para la autonomía negocial de introducir cláusulas de inaplicación del régimen salarial del convenio aplicable a la empresa. Esta regulación se caracteriza por su complejidad. Ello se comprende mejor con un somero repaso del régimen de tales cláusulas en la versión de 1994. En este régimen se introducen dos vías de regulación de las cláusulas de descuelgue. En primer lugar, se prevé que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establezcan el régimen de inaplicación. Se concibe esta vía como el procedimiento principal de regulación de la cláusula de descuelgue. Es además de obligatoria regulación en los convenios supraempresariales (“establecerán” indica el art. 82.3 II), y corroborándolo el art. 85.3 c) LET lo estipula como contenido mínimo del convenio supraempresarial. El precepto reconoce un amplio margen al convenio que puede establecer “las condiciones y procedimientos” para el descuelgue, abarcando tanto la fase de autorización del descuelgue como el nuevo régimen salarial aplicable a la empresa, pudiendo limitarse a la fijación de las condiciones del descuelgue remitiendo al acuerdo empresarial la fijación del nuevo régimen salarial. Existiendo una regulación convencional de condiciones y procedimientos para el descuelgue no será posible un acuerdo de empresa que contravenga tales exigencias (STSJ Galicia 23-9-1997 –AS 3058-).

Sin embargo, el precepto recoge una vía subsidiaria de regulación de las cláusulas de descuelgue para los supuestos en que los convenios colectivos carecen de cláusula de inaplicación. El art. 82.3 III LET dispone que, “si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación”, se podrá producir por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la comisión paritaria del convenio. Al mismo tiempo se dispone que por esta segunda vía subsidiaria la determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Aquí de nuevo se habilitaba a la comisión paritaria del convenio para resolver los desacuerdos referidos a la fijación de las nuevas condiciones salariales. La doctrina judicial ha reforzado esta vía subsidiaria de descuelgue, que otorga el protagonismo al acuerdo, en los supuestos en que la cláusula prevista en el convenio es incompleta o contiene una exigencia imposible de cumplir por circunstancias independientes de la empresa afectada, como por ejemplo que la comisión paritaria que debe resolver el descuelgue no llegue a crearse (STSJ Andalucía 14-7-1999 –AS 3746).

Con este marco legal existían diferentes formulaciones de la ejecución de la cláusula de descuelgue. En primer lugar, su concreción mediante una fase única de acuerdo del descuelgue y fijación de nuevas condiciones salariales (por previsión del convenio o por acuerdo empresarial de no existir previsión en el convenio). En segundo lugar, diferenciando dos fases, el descuelgue y las nuevas condiciones salariales previsto por el convenio (que distingue un primer momento de autorización del descuelgue por la comisión paritaria y la determinación de las nuevas condiciones salariales, que podían remitirse al ámbito empresarial); o en el caso de la vía subsidiaria por acuerdo del descuelgue en el acuerdo empresarial y decisión por la comisión paritaria de las nuevas condiciones por remisión de las partes en la empresa ⁴.

La regulación del art. 82.3 LET, además de compleja, ha sido problemática en su aplicación. En la práctica negocial un número significativo de convenios no introducen regulación alguna sobre la cláusula de descuelgue ⁵. Ello contrasta con las directrices que los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva ⁶. La misma jurisdicción social ha llamado la atención de la deficiente regulación de los procedimientos de inaplicación previstos en algunos convenios, que olvidan precisar extremos como el órgano ante el que ha de solicitarse la inaplicación, trámites previos en su caso, plazos dentro de los que cabe ejercitar la facultad, mecanismos para la determinación de las nuevas condiciones salariales y dirimir discrepancias (STSJ Canarias 29-5-2008 –AS 1600-). De esta manera la ambigüedad o las dudas sobre el alcance de las cláusulas de descuelgue se resuelve adoptando la interpretación más restrictiva, dado que dicha cláusula se concreta en la limitación o exclusión de los derechos pactados en convenio de una de las partes sin contraprestación por parte de la otra; esto es, en caso de duda sobre el objeto o ámbito de aplicación de dicha cláusula, habrá que estar a la interpretación que limite o restrinja la posibilidad de exclusión de los derechos reconocidos a una parte sin contraprestación de la otra (art. 1289 CCivil) (STSJ Castilla La Mancha 29-9-2005 –JUR 223698-).

⁴ Cfr. Casas Baamonde, “*Descuelgue*” *salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses*” I y II, en *Relaciones Laborales*, I, 1995, pág. 35-38. Como muestra la experiencia negocial. Véase, Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, Thomson-Aranzadi, 2009, págs. 51 y sigs.

⁵ Véase, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Madrid, 2007, pág. 122:

⁶ En el sentido de estimarse “necesario que en tales Convenios se establezcan las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación” (AINC de 2003, 2005, 2007). El vigente *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* parece más exigente, y manifiesta que “la trascendencia del objetivo de preservar el empleo y las dificultades de financiación que atraviesan las empresas, justifican la conveniencia de posibilitar la inaplicación de los incrementos salariales del convenio correspondiente a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada, como consecuencia de tal aplicación” (Cap. II).

Por otra parte, ha sido acentuado el rigor que han aplicado los convenios que regulan cláusulas de descuelgue, en las exigencias causales, el procedimiento y los plazos o en las exigencias documentales. Estos requisitos formales rigidifican y dilatan las soluciones a las situaciones coyunturales de las empresas (por ejemplo, mediante plazos para solicitar el descuelgue ante la comisión paritaria del convenio y de resolución por ésta y posterior concreción de nuevo régimen salarial con la representación legal en la empresa), que se agravan con prácticas rigoristas en el cumplimiento de plazos (únicos y perentorios en muchos supuestos, sobre todo para la solicitud del descuelgue, que en algunos casos plantean problemas interpretativos y de seguridad jurídica ⁷) y exigencias documentales (también con plazos cerrados y perentorios para su aportación).

La regulación estatutaria derogada buscaba un equilibrio entre aplicación uniforme del convenio y descentralización; lo primero mediante la atribución al propio convenio sectorial y su comisión paritaria del control de las condiciones, procedimientos y resolución de conflictos en torno a la cláusula de descuelgue; lo segundo mediante la habilitación legal al acuerdo empresarial. Sin embargo, en muchos casos la experiencia ha puesto de manifiesto que, frente a la lógica descentralizadora con que se concibe este mecanismo de descuelgue, ha primado una lógica centralizadora, con un protagonismo relevante de la comisión paritaria del convenio colectivo ⁸. En algunos supuestos, cuya legalidad es dudosa, el convenio supraempresarial expresamente excluye la posibilidad del descuelgue salarial o fija requisitos que en la práctica hacen inviable dicha posibilidad de descuelgue ⁹.

Un problema adicional ha sido el de la judicialización del control de las causas y los procedimientos que justifican la aplicación de la cláusula de descuelgue prevista en el convenio, articulándose la cuestión como conflicto jurídico (porque el debate gira en torno a la interpretación y aplicación de la norma del convenio) a través de la correspondiente demanda por la vía de conflictos colectivos ¹⁰.

3.2. La nueva regulación de la Ley 35/2010: el acuerdo de empresa como fuente reguladora autónoma

En el nuevo régimen jurídico el conjunto de reglas de condiciones y procedimiento del descuelgue corresponden al acuerdo de empresa. Esta solución

⁷ Ilustran las SSTSJ Cataluña 28-4-2000 (AS 1066) y 18-11-2005 (AS 2006, 283).

⁸ Cfr. Casas Baamonde, op. cit. págs. 27-28; Fernández Avilés, “Las cláusulas de descuelgue salarial ante la crisis económica”, en Monereo y Sánchez (Dir.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad ante la crisis económica*, Comares, 2010, pág. 454; Pose Vidal, “La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 784/2009, BIB 2009, 1679.

⁹ Véase, Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit. págs. 26-30.

¹⁰ Véase, como ejemplos, STSJ Cantabria 18-10-2004 –AS 3940–; STSJ Castilla y León 11-3-2009 –JUR 208510–.

normativa facilita la inmediatez de las respuestas a las contingencias empresariales y la flexibilidad de las soluciones (en las condiciones, en su seguimiento y en su duración).

Tres ideas son destacables de la nueva regulación. En primer lugar, el legislador mantiene una política del derecho que identifica a la negociación colectiva, en sus diferentes expresiones, como el principal instrumento habilitado para garantizar la regulación salarial en el sector y sus posibles inaplicaciones, excluyendo la vía del acuerdo individual o la decisión unilateral del empresario. En segundo lugar, el legislador configura este tipo de acuerdo como expresión de autonomía negociada cuyos protagonistas son la empresa y los representantes de los trabajadores en ésta. En tercer lugar, como matización relevante de las ideas expuestas, se reconoce la posibilidad de acuerdos *ad hoc*, de inaplicación del convenio, con los trabajadores sin mediación de representantes legales o sindicales en las pequeñas empresas.

Anteriormente el acuerdo de empresa ha constituido un instrumento relevante en la regulación del descuelgue, bien por remisión del convenio de cara a la fijación de las nuevas condiciones salariales (con una función de aplicación o ejecución de la cláusula de descuelgue del convenio), bien, por habilitación legal como vía subsidiaria, en ausencia de regulación por convenio (con una función en este caso directamente normativa). La novedad sustancial en la regulación vigente radica en que la habilitación legal lo es para el acuerdo de empresa como fuente normativa autónoma, sin que el convenio supraempresarial pueda interferir en las condiciones o procedimientos de la negociación de empresa.

En la versión derogada del art. 82.3 LET se da preferencia al procedimiento establecido en el convenio sectorial, donde en la práctica se otorga un papel central a la comisión paritaria¹¹. Sin embargo, el planteamiento legal finalmente plasmado en la nueva versión del precepto es el de otorgar el protagonismo directamente a los trabajadores y sus representantes y al acuerdo de empresa, como se constata en previsiones como la designación de los representantes de los trabajadores en la negociación del acuerdo en ausencia de representación legal en la empresa, reservada a los propios trabajadores de la empresa (art. 82.3 III LET) o por estimarse que en caso de acuerdo de empresa “se presumirá que concurren las causas justificativas” (art. 82.3 IV LET). En todo caso, ahora la función del convenio es únicamente la de establecer procedimientos que resuelvan las situaciones de conflicto en el seno de la negociación empresarial, es decir, el convenio pasa a ser una fuente complementaria de regulación en esta materia.

¹¹ El mismo *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* insiste en este planteamiento. En los mismos términos se desarrollaba en el *Borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo* (junio 2010).

Finalmente, la atribución al acuerdo de empresa del régimen del descuelgue salarial facilita su adecuación a la dimensión de la plantilla empresarial, y permite neutralizar el problema que ha planteado la regulación de algunos convenios sectoriales por establecer trámites y reglas documentales inadecuadas para las PYMES, por su duración y costes para este tipo de empresas.

Es oportuno tener en cuenta que los salarios constituyen un elemento significativo de los costes productivos de la empresa y precisamente una de las funciones del convenio colectivo es la de regular la competencia empresarial en el sector, evitando una espiral competitiva empresarial apoyada en la degradación de las condiciones salariales. Quizá esté aquí la clave para entender la desconfianza de los negociadores de convenios sectoriales (negociadores empresariales incluidos) hacia las cláusulas de descuelgue y su tendencia a una regulación rigorista de la misma. Desconfianza de la que también se ha contagiado la jurisdicción social en algún momento¹². El objetivo debe ser evitar la utilización del descuelgue como vía para alcanzar menores costes laborales frente al resto de competidores empresariales en el sector, pero evitando que su interpretación la prive en la práctica de operatividad, derivando en una homogeneización imperativa de los costes laborales entre empresas de muy diversa dimensión dentro del sector.

Por ello, la interpretación del régimen jurídico de la cláusula de inaplicación del régimen salarial debe serlo considerando la finalidad del descuelgue, para evitar que su uso se convierta en un instrumento encubierto de *dumping* salarial. No se trata de un instrumento sin más de flexibilidad laboral, esto es, una vía más al servicio de la empresa para mejorar su posición competitiva¹³. Pero, por otra parte, quedando ello claro, deben rechazarse interpretaciones rigoristas que supongan un obstáculo cuando su uso es acorde con la finalidad que la justifica, es decir, cuando la empresa pasa por una situación de dificultades económicas.

La centralidad de las cláusulas de descuelgue en el actual debate sobre reformas en el marco de la negociación colectiva encuentra una de sus motivaciones en la reivindicación de mecanismos que permitan la adaptación de la negociación colectiva a las necesidades de empresas y sectores productivos, y en concreto la adecuación de los contenidos salariales de los convenios a la

¹² Por ejemplo, la STSJ Castilla La Mancha 28-5-2002 (AS 2750) observa “la cautela con que deben de ser contempladas tales cláusulas de descuelgue, toda vez que conforme se acerca el ámbito negociador al de la empresa, es sin duda de mayor dificultad substraerse a presiones de índole diversa sobre los negociadores”; por otro lado, no debe de olvidarse que también un descuelgue salarial “puede incluso incidir en terceras empresas (y trabajadores de las mismas, en cuanto que suponga una situación de competencia desigual entre ellas, atendiendo a un diferente coste laboral)”.

¹³ Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., págs. 62-63.

productividad empresarial¹⁴. Pero hay que decir que el mecanismo del descuelgue no es probablemente la respuesta a los problemas del régimen salarial convencional y de sus efectos uniformadores. En esta problemática quizá es más relevante la propia configuración de los incrementos salariales, la rigidez de tales incrementos, su dependencia de factores poco sensibles a las fluctuaciones del ciclo productivo y a la productividad de las empresas.

4. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLAUSULAS DE DESCUELGUE

4.1. El elemento causal

El régimen de la cláusula de descuelgue está previsto para el supuesto en que una empresa pretende la inaplicación del régimen salarial establecido en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa y aplicable a ésta conforme establece expresamente el art. 83.2 II LET¹⁵.

La versión anterior del art. 82.3 LET ha venido lastrada por una redacción confusa, derivada de la distinta redacción de las causas justificativas del descuelgue en el procedimiento principal del 82.3 II (se aplicaba el descuelgue a las empresas “cuya estabilidad económica pudiera verse dañada”) y el procedimiento supletorio de descuelgue del 82.3 III (“cuando así lo requiera la situación económica de la empresa”). No creo sin embargo que ello permitiese llegar a la conclusión de dos regímenes distintos en cuando al elemento causal¹⁶. Lo relevante sin embargo es que el carácter escueto y genérico ha otorgado un importante margen interpretativo a la negociación, y ello, con la regulación anterior, ha conducido a los convenios supraempresariales a una configuración de la causa del descuelgue muy restrictiva, ligándola a situaciones patológicas extremas (pérdidas económicas importantes en sucesivos ejercicios contables anteriores) y excluyendo una función preventiva hacia el futuro¹⁷.

Manteniendo la redacción procedente del DL 10/2010, la nueva versión

¹⁴ Es explícito en los documentos aprobados en el marco del Diálogo Social, por ejemplo *Declaración para el Diálogo Social, Competitividad, empleo estable y cohesión social*, 2004 (materia 11), o también claramente en *Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 Y 2012*. Es una preocupación central entre los economistas, como puede comprobarse en el *Manifiesto de los 100*; también, Samuel Bentolila, “Una delgada línea roja: la negociación colectiva”, en Fedeblog, 08/06/2010.

¹⁵ Ya con la versión anterior los Tribunales excluyen la aplicación del descuelgue al supuesto del propio convenio de empresa: SAN 24-6-2009 (AS 1728).

¹⁶ Molins García-Atance, “El descuelgue salarial y la reducción temporal de la jornada”, en *Aranzadi Social*, nº 2, 2010, pág. 104.

¹⁷ Como ha observado la doctrina, estamos ante una práctica negociada que sigue las pautas marcadas por el AMI de 1980 para este tipo de cláusulas de descuelgue. Cfr. Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., pág. 65; Fernández Avilés, op. cit., pág. 164.

del art. 82.3 II conserva la redacción escueta y genérica de la redacción anterior al DL citado. El pasaje legal justifica el descuelgue salarial de la empresa “cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma”. Con esta ambigüedad, no se despeja la incertidumbre sobre la causalidad y los riesgos de judicialización propios de la situación anterior. Aunque la nueva redacción presenta algunos matices importantes.

En primer lugar, la norma se refiere a una “situación económica” que “pudiese verse dañada” (desaparece la mención anterior a “la estabilidad económica”, que también se reproducía en el *Borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo* (junio 2010)). Es una redacción abierta a la valoración de una situación económica negativa (como en el supuesto del procedimiento supletorio de descuelgue de la redacción anterior), que bien puede valorarse sobre pérdidas en años contables¹⁸. Lo relevante ahora desde mi punto de vista es el ámbito en que debe ser valorada la causa económica: la justificación del descuelgue debe ser valorada, no desde el ámbito supraempresarial, sino por los negociadores dentro de la empresa, lo que probablemente facilite un menor rigorismo y uniformidad en la aplicación de la causa (en términos de prolongación o transitoriedad de las pérdidas, que las partes deben contextualizar en la empresa, por ejemplo).

En segundo lugar, una novedad relevante radica en que la valoración de la situación económica negativa debe tomar en consideración “las perspectivas económicas” y su posible afectación sobre el mantenimiento del empleo, lo que debe contribuir a relativizar la gravedad de la patología empresarial exigida hasta ahora, por ejemplo tomando en consideración variables distintas a las pérdidas económicas, como la caída en el nivel de producción y de ventas. Con esta nueva redacción se abre la posibilidad del descuelgue no sólo a las empresas con pérdidas actuales, sino también a aquellas que, aunque no han tenido estas pérdidas, es previsible que las tengan en el futuro.

En todo caso, la limitación de la causa del descuelgue a una situación económica adversa (o su previsión), que es más restrictiva por comparación con las causas del art. 41 LET, y la introducción en la nueva redacción de una consideración expresa del mantenimiento del empleo exige a la empresa una argumentación del descuelgue más precisa y delimitada, debiendo contemplar

¹⁸ El *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* emplea otra terminología quizá más abierta al referirse a “las dificultades de financiación que atraviesan las empresas” como justificante de “la conveniencia de posibilitar la inaplicación de los incrementos salariales del convenio correspondiente a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada, como consecuencia de tal aplicación”; y añade la necesidad de justificación “de las razones de inestabilidad económica por las que se pretende tal inaplicación” (Cap. II).

probablemente determinados compromisos de preservación del empleo (frente a otras opciones de gestión empresarial del empleo) o de consideración de esta variable en la negociación del descuelgue con los representantes de los trabajadores. Es una formulación en la línea trazada por el *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012*, que indica que de cara a la justificación de la medida “será necesario que [la empresa] exponga las razones de empleo, los compromisos que en tal materia debe adquirir”.

La objetivación de las causas es un dato importante, porque de ello depende la justificación del descuelgue y posteriormente la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo inaplicado, pues esto último depende de “la desaparición de las causas que lo determinaron” (82.3 V LET).

La exigencia de una motivación que justifique el descuelgue y su control puede parecer en contradicción con la previsión del art. 82.3 IV LET de que existiendo acuerdo de empresa “se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo” del art. 82.3 LET. Esta previsión no puede interpretarse en el sentido de que se elimine la necesidad de causa en el acuerdo. Se trata de una presunción que puede ser destruida a través de la impugnación judicial del acuerdo por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Subrayo esta consideración pensando en el supuesto de acuerdo *ad hoc* de descuelgue directamente con los trabajadores en pequeñas empresas sin representantes legales de aquellos.

A los efectos de la objetivación causal del descuelgue es fundamental la información y documentación de tales causas. Pero la nueva versión del art. 82.3 LET, al igual que la anterior a la reforma, no contiene referencia alguna a los medios a través de los que deben quedar acreditadas tales circunstancias. Hasta ahora los convenios sectoriales mantienen la práctica de una regulación rigurosa de la acreditación documental de la situación empresarial justificadora del descuelgue (sobre elementos diversos: memoria económica, cuentas de resultados, declaraciones de impuestos de sociedades o de IVA, auditorías externas, planes de viabilidad o de futuro ¹⁹), sin distinguir en muchos casos a estos efectos la dimensión empresarial.

Por otra parte, y contrariamente a lo que ha sido práctica negocial con la regulación derogada, cabe interpretar en el actual marco jurídico que, correspondiendo al acuerdo de empresa adoptar el descuelgue, será posible la adopción del acuerdo en cualquier momento durante la vigencia del convenio, siempre que se den las condiciones que justifican su inaplicación.

En el supuesto de empresas integrantes de grupos societarios la valoración del elemento causal se traslada por la jurisprudencia al grupo de empresas

¹⁹ Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., págs. 76 y sigs.

de darse los parámetros que otorgan relevancia al grupo a efectos laborales. Concretamente cuando, aun siendo independientes entre sí desde el punto de vista jurídico-formal, actúan sin embargo con arreglo a criterios de subordinación, que permiten identificar, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica. En concreto deben concurrir datos como las prestaciones laborales indiferenciadas, confusión de patrimonios sociales, la apariencia externa unitaria y la dirección unitaria. Deben acreditarse estos datos para valorar el descuelgue salarial tomando como referencia la situación económica del grupo²⁰.

4.2. El proceso de negociación

El proceso de negociación tiene lugar entre la empresa y los representantes de los trabajadores en la misma legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a los requisitos del art. 87.1 LET previstos para los convenios de empresa (art. 82.3 II LET). El ámbito empresarial de negociación es coherente con el ámbito del debate sobre efectividad del acuerdo, que debe versar sobre la situación y perspectivas económicas de la empresa y el mantenimiento del empleo en la misma. Este asunto se aclara posteriormente al remitirse a las reglas del periodo de consultas del artículo 41.4 LET en su nueva versión (art. 82.3 III), disponiendo aquella norma, en armonía con el art. 87.1 citado, que el acuerdo “requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos”.

Con esta remisión del 82.3 III al art. 41.4 LET se resuelve además el vacío

²⁰ STSJ Cataluña 18-11-2005 (AS 2006, 283), que rechaza dicha solicitud por una de las empresas integrantes del mismo. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS 20-5-1997 (RJ 4275)), las pérdidas comprobadas de la empresa no desaparecen por su vinculación al grupo, cuando claramente aparecen patrimonios, direcciones, actividades y trabajadores separados; de manera que como tal sociedad mercantil la empresa puede contratar personal laboral, promover regulación de empleo, ejercer sus deberes y derechos laborales, sufrir suspensión de pagos o quiebra, sin que por ello trascienda a las otras empresas respecto de las cuales es accionista. Concluye la Sentencia que la empresa accionante, acreditado palmariamente las pérdidas que presenta, puede acogerse a título individual a la cláusula de descuelgue salarial pactada en el convenio colectivo. Admite la relevancia del grupo societario a efectos de descuelgue la STS 9-6-1995 (RJ 4885). Igualmente lo hace la SAN 15-7-1994 (AS 2788), que concluye que la empresa puede descolgarse del Convenio Colectivo porque aunque no tuvo pérdidas en el año noventa y dos pertenece al grupo de empresas «Doux Ibérica» que sufrió pérdidas en los años noventa y uno y noventa y dos; la personalidad jurídica independiente del grupo no impide que puede acogerse al beneficio que concede el artículo 29 del Convenio sobre cláusula de descuelgue, pues la empresa se encuentra integrada en el grupo antes aludido, que padeció pérdidas en los tres últimos años, lo que le permite hacer uso del derecho referido.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de julio de 2010

de la regulación anterior sobre plazos para resolver la solicitud empresarial de descuelgue, generando alguna problemática en supuestos donde nada prevé el convenio, o previendo la cláusula no estipula plazo en concreto, o debiendo decidir la comisión paritaria del convenio la misma incumplía los plazos o sencillamente no se reunía ²¹. El art. 41.4 LET prevé que el período de consultas con los representantes legales de los trabajadores “será de duración no superior a quince días”.

El nuevo art. 82.3 III LET dispone una regla específica para el caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa. Como ya hemos indicado una de las novedades de la Ley 35/2010 es dotar de mayor eficacia los procesos de consulta y negociación en la empresa previstos en los art. 40, 41 y 82 LET. Se trata de supuestos de empresas con plantillas de cinco o menos trabajadores y de empresas con plantillas de más de cinco trabajadores donde no se cuente con representación legal. Aunque conviene tener en cuenta que en los supuestos de empresas con plantilla de entre 6 y 10 trabajadores es factible contar con representación legal a través de las elecciones a delegado de personal (promovida por los mismos trabajadores o por los sindicatos más representativos (STC 36/2004 y STS 10-3-2004, RJ 2595).

El nuevo art. 82.3 III LET en supuestos de la ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa se remite a la previsión del art. 41.4 LET para esta misma situación. La remisión es una solución técnica que resuelve algunas incongruencias del DL 10/2010 y facilita la uniformidad del tratamiento legal para los supuestos de los art. 40, 41 y 82.3 LET, La versión del art. 41.4 LET que nos llega con la Ley 35/2010 otorga todo el poder a los trabajadores de la empresa en la atribución de su representación ²².

Conforme al art. 41.4 III LET en las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos cuentan con dos opciones. Conforme a la primera, podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y “elegida por éstos democráticamente”. Cabe interpretar que la decisión de los trabajadores debe formalizarse mediante acuerdo adoptado en asamblea respetando los requisitos del art. 80 LET, siguiendo por analogía la previsión del art. 87.1, II LET. La comisión podrá tener un “máximo de tres miembros”, es decir, los trabajadores podrán nombrar de uno a tres representantes.

Con la introducción de esta opción parece darse respuesta legal al debate judicial sobre la posibilidad de acuerdos individuales o plurales cuando no

²¹ Una descripción de estos casos en Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., págs. 102 y sigs.

²² En la versión del DL 10/2010 (art. 41.4 III) se otorgaba facultades de designación a la comisión paritaria del convenio, que ahora desaparece en la versión final del art. 41.4 III LET.

existe representación legal de los trabajadores en la empresa. Algunos pronunciamientos judiciales entienden que no cabe exigir el acuerdo con una representación de los trabajadores que no existe, ya que ello haría que la cláusula de descuelgue salarial fuese inaplicable, quedando esta exigencia válidamente sustituida por el acuerdo con los trabajadores de la empresa o centro individualmente o por acuerdo asambleario²³. Por el contrario, otros pronunciamientos mantienen la exigencia jurídica del acuerdo de empresa, sin que tal exigencia pueda ser sustituida por la determinación unilateral del empresario o la firma de un acuerdo plural del empresario con cada uno de sus trabajadores (STSJ Canarias 29-5-2008 –AS 1600-).

La segunda opción con la que cuentan los trabajadores es la de optar por una comisión “de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”. Por tanto, los trabajadores de la empresa podrán elegir de entre los sindicatos con legitimación simple para negociar el convenio sectorial y que sean sindicatos más representativos y representativos del sector. La designación debe ser “según su representatividad”, es decir, que debe respetarse un criterio de proporcionalidad representativa. Este criterio debe ser interpretado de manera flexible, dado el reducido número de integrantes y la facultad de designación de los trabajadores. En mi opinión el único significado que puede atribuirse a dicho condicionante es que la designación de representantes sindicales en la comisión negociadora del descuelgue tome en consideración la mayoría representativa en la comisión negociadora del convenio sectorial, evitando la exclusión de sindicatos mayoritarios en ésta.

Me parece que esta segunda opción ofrece suficiente flexibilidad y garantías conforme a los intereses de los trabajadores de la empresa. Es probable que en las pequeñas empresas se abra paso la primera opción. Debe ser subrayado que la autonomía de la negociación empresarial del descuelgue debe venir compensada con la garantía de un poder negociador de los trabajadores y ello es dudoso en pequeñas empresas sin representantes de los trabajadores. En tales supuestos debieran mantenerse funciones de asesoramiento y control de los contenidos de los acuerdos por la comisión paritaria del convenio. En todo caso queda facultada la comisión paritaria del convenio sectorial para una impugnación jurisdiccional cuando discrepe de la legalidad del acuerdo

²³ STSJ País Vasco 9-7-2009 –JUR 370672-, con cita de alguna precedente del mismo Tribunal; STSJ Cataluña 17-9-2008 –JUR 28825-; la STSJ Galicia 26-2-2004 –JUR 118544-, rechaza el descuelgue porque no acredita la empresa haber acudido a la Comisión Paritaria del Convenio para negociar condiciones salariales distintas a las previstas en el Convenio, ni tampoco acredita haber llegado a acuerdo alguno con la trabajadora en tal sentido.

alcanzado.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado sin mayores condicionantes, porque se admite que éstas tengan carácter intersectorial o sectorial, “pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico” (pero en este caso habrá que remitirse a los requisitos de la DA 6ª LET²⁴).

La designación de la comisión por los trabajadores debe realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, “sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo”. El interrogante que suscita esta regla es determinar cómo y con quién se desarrolla el proceso de consultas que no se paraliza por el hecho de que no estén designados los interlocutores del empresario, puesto que cualquiera de las opciones del art. 41.4 LET es facultativa para los trabajadores conforme al art. 82.3 III LET. Problemática que se suscitaba con anterioridad y que la nueva versión de la norma tampoco resuelve satisfactoriamente. La versión anterior del art. 82.3 LET establecía una solución (que ahora desaparece) para caso de imposibilidad de acuerdo por inexistencia de representantes legales de los trabajadores, imponiéndose, en su defecto, la solución por la Comisión Paritaria del convenio. La cuestión podría solventarse con una previsión al respecto en los acuerdos interprofesionales que establezcan los procedimientos y reglas para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos (conforme prevé el nuevo art. 82.3 VI LET).

Dado que la intención de la norma vigente es que se pueda negociar el descuelgue (y se deba hacer colectivamente) y la vía de la comisión de representantes es facultativa para los trabajadores, la solución en el actual marco jurídico está en que los trabajadores respondan a la propuesta empresarial de descuelgue constituyendo la comisión de representantes conforme a las opciones indicadas. Y de no actuar en tales términos (impidiendo en consecuencia la negociación) quedaría expedita a la empresa la vía de la composición colectiva en los términos del procedimiento previsto conforme al art. 82.3 VI LET.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Lo cierto es que considerando la doctrina jurisprudencial sobre las implicaciones de la buena fe comercial ex art.

²⁴ La DA 6ª LET establece el concepto de asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal y de Comunidad Autónoma. Las asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal, que son las que “cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal” (DA 6ª, pár. 1º LET). Las asociaciones empresariales más representativas de Comunidad autónoma, que son las que “cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores”. No se incluyen aquí las asociaciones empresariales “que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal” (DA 6ª, pár. 2º LET).

89.1 LET esta obligación de negociar de buena fe no significa en ningún caso la obligación de acordar. La negociación interconfederal impulsa en los últimos años la regulación en los convenios colectivos del deber de negociar con más detalle, evitando las situaciones de punto muerto negocial, y sobre todo se ha tratado de soslayar eventuales bloqueos por pasividad o discrepancias, mediante la remisión de los conflictos a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Esta como vamos a ver es la vía empleada también para los procesos negociales de descuelgue en el nuevo marco legal.

Como ya se mencionó, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo “se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo” del art. 82.3 LET. Sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art. 82.3 IV LET). En este sentido es relevante la regla de la obligación de notificado a la Comisión paritaria del convenio colectivo del acuerdo de descuelgue alcanzado, que puede facilitar el control de los contenidos del acuerdo y su adecuación al marco legal en estudio. Es importante subrayar que sin una exigencia real de acreditación causal y de control del contenido de los acuerdos, las cláusulas de descuelgue pueden derivar efectivamente en un instrumento de *dumping* salarial.

4.3. Contenido del acuerdo de inaplicación

Un primer efecto del acuerdo de descuelgue es la inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio. El pasaje legal se mantiene intacto en lo referido al contenido inaplicable, el “régimen salarial” (art. 82.3 II LET). Es cuestión que se remite una vez más a la autonomía negocial en la empresa²⁵.

El precepto parece pensar en una inaplicación de las reglas cuantitativas del salario (porcentajes o cuantías referidas a los distintos conceptos retributivos), dado que el problema de estabilidad económica se deriva de los incrementos, no de la estructura y régimen del salario. No estamos ante “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” que pueden amparar una *modificación del sistema de remuneración* del convenio conforme al art. 41 LET. Lo cierto es que la cuestión de los ámbitos aplicativos del art. 83.2 y 41.4 LET podía tener mayor relevancia con la regulación anterior donde el conve-

²⁵ La práctica negocial ha venido refiriendo dicha inaplicación a los incrementos retributivos de convenio. Cfr. Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., pág. 39. En vía judicial se ha interpretado, por la propia naturaleza del descuelgue y de su finalidad, que con carácter general “habrá de afectar el mismo a la totalidad del régimen salarial pautado en el Convenio supraempresarial, o cuanto menos a aspectos tan relevantes del mismo que comprometan la estabilidad económica de la empresa”, de manera que no encuentra justificación como cláusula de descuelgue la que se plantea referida exclusivamente a la retribución del trabajo nocturno, en domingos o festivos, porque se estima irrelevante una vez puesto en relación con el régimen salarial diseñado en el convenio estatal de aplicación (STSJ Castilla y León 2-5-2006 –AS 1442-).

nio colectivo podía condicionar sustancialmente la vía del descuelgue salarial y donde entonces podía plantearse la vía alternativa del art. 41 LET. Con la regulación vigente, tratándose de la afectación de un convenio, el régimen de inaplicación del art. 83.2 o de modificaciones del 41 LET responde a parámetros semejantes y en última instancia se apoya en la autonomía del acuerdo de empresa ²⁶.

El segundo efecto del acuerdo de inaplicación está en el establecimiento de un nuevo régimen salarial durante el periodo de descuelgue (art. 82.3 V LET). Una ventaja de esta nueva regulación es que integra en una sola fase la previsión del descuelgue y las condiciones del régimen temporal de nuevas condiciones salariales. Esto no tenía que ser así en la anterior regulación, cuando podía diferenciarse un primer momento de autorización del descuelgue, según las reglas del convenio, y la fase de determinación de las nuevas condiciones salariales, que se remitía al ámbito empresarial (como muestra la experiencia negocial ²⁷).

Veamos algunos aspectos de la nueva regulación. En primer lugar, se establece que “el acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa”. A diferencia de la regulación anterior, en la vigente no se faculta al convenio colectivo para establecer reglas y condiciones al respecto; expresamente se atribuye al acuerdo de inaplicación, que es el acuerdo de empresa. La única exigencia de la norma es que la retribución se determine “con exactitud”, lo que parece del todo necesario para delimitar con seguridad los derechos económicos de los trabajadores como contraprestación principal a cargo de la empresa.

En segundo lugar, el acuerdo de inaplicación deberá establecer, “en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación”. Es relevante esta previsión porque el art. 82 LET guardaba silencio sobre el particular en su redacción anterior a las reformas y porque no es práctica habitual en los convenios establecer garantías expresas de recuperación de los niveles salariales una vez se supera la situación que justifica el descuelgue ²⁸. La “progresiva convergencia” deberá implicar finalmente la incorporación plena al régimen salarial del convenio y la posibilidad de recuperación de los incrementos salariales de convenio en el periodo de inaplicación de éste. Desde luego tal posibilidad es sólo facultativa (“en su caso”, matiza la norma) y se vincula al hecho de la desaparición de las causas que lo determinaron, lo que requerirá la previsión dentro del acuerdo de

²⁶ Sobre el debate referido a la relación entre estos preceptos en la regulación anterior, véase, Albiol Montesinos, *El convenio colectivo estatutario*, cit., págs. 175 y sigs.

²⁷ Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., págs. 51 y sigs.

²⁸ Cfr. Fernández Avilés, op. cit., pág. 473.

reglas de control, seguimiento y acuerdo posterior al respecto. En todo caso, conviene recalcar la importancia de que el acuerdo de empresa sea preciso sobre las condiciones (de fondo y procedimentales) que deben conducir al retorno al régimen salarial del convenio.

En tercer lugar, en relación con la duración del descuelgue se presume su carácter temporal, de forma que “sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración”. En el acuerdo de descuelgue por tanto el límite máximo temporal es el de la vigencia del convenio (no el de vigencia del régimen salarial del convenio) y en todo caso los tres años de duración. Con la redacción actual la fijación de este límite es facultad del acuerdo de empresa.

En todo caso, el acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género (art. 82.3 V LET).

Con carácter general la doctrina judicial rechaza los efectos retroactivos para la cláusula de descuelgue, lo que supone que los salarios devengados hasta la fecha del acuerdo de descuelgue deben abonarse de conformidad con el salario establecido en el convenio colectivo de aplicación (STSJ Castilla La Mancha 28-5-2002 (AS 2750)). Como las previsiones salariales del convenio pueden ser anuales, la doctrina jurisdiccional ha observado que el descuelgue debe referirse al ejercicio económico para el que está previsto el incremento salarial del convenio y respecto del que se plantea el descuelgue, y no respecto de ejercicios económicos anteriores. Para dicha doctrina, “el contrato de trabajo establece obligaciones recíprocas es decir, es de carácter bilateral o sinalagmático y si la prestación de servicios se ha realizado en contemplación de determinadas contraprestaciones no pueden a posteriori modificarse las mismas” (STSJ Castilla y León 13-12-2006 –JUR 2007, 60410-).

4.4. La resolución de los desacuerdos en torno a la cláusula de inaplicación

En la regulación anterior, cabía deducir que, entre las condiciones y procedimientos previstos por el convenio para el descuelgue, debían contemplarse las referentes a la solución del conflicto derivado del desacuerdo en torno a la inaplicación del convenio. Por otra parte, en la regulación de la vía subsidiaria de descuelgue, por falta de previsión en el convenio, se contemplaba la intervención obligatoria de la comisión paritaria del mismo para resolver, mediante la mediación o el arbitraje, los desacuerdos sobre la inaplicación del convenio, y la intervención facultativa en defecto de acuerdo sobre las nuevas condiciones salariales.

Con esta regulación, ahora derogada, un aspecto problemático relevante se

refería a la solución ante la falta de acuerdo bien entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores en ella, bien dentro de la comisión paritaria, en relación con la aplicación del descuelgue, sobre las nuevas condiciones salariales, y sobre la vuelta al régimen salarial del convenio (y sus condiciones). Podía ocurrir que no se hubiese previsto los procedimientos para desbloquear los conflictos en el seno de aquella comisión (haciendo caso omiso al art. 85.3 e) LET) o que no se hubiese previsto en el convenio la aplicación directa y necesaria de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos²⁹.

La doctrina misma se ha dividido en torno a la solución a esta cuestión, aunque mayoritariamente se inclinaba por estimar que en estos supuestos no sería posible la inaplicación del régimen salarial del convenio³⁰. No siempre los convenios colectivos que prevén cláusulas de descuelgue han previsto esta situación de bloqueo, aunque algunos convenios establecen la posibilidad de someterse a procedimientos de mediación o arbitraje³¹.

La nueva versión del precepto considera relevante esta problemática. Así, la EM de la Ley 35/2010 destaca que “el Gobierno considera que no es posible mantener una regulación legal que conduce a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para estos casos de desacuerdo y que es esencial, por tanto, habilitar un procedimiento para resolver estas discrepancias” (EM II). También el *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* llama la atención sobre este aspecto (Cap. II).

La reforma del art. 82.3 LET trata de atender esta problemática reforzando la solución extrajudicial del bloqueo de la negociación mediante la mediación y el arbitraje previstos en los procedimientos extrajudiciales, siguiendo las pautas que nuestro marco jurídico tiene establecidas para controversias colectivas.

Por una parte, como previsión general se atribuye a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, contemplados en el artículo 83 LET, la competencia para fijar los procedimientos para solucionar los conflictos surgidos en la negociación del descuelgue; dice el art. 82.3 VI que “deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación” de los acuerdos de descuelgue, incluida la previsión de un compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante. En este caso, aunque el nuevo pár. 6º del art. 82.3 LET resulta confuso, cabe interpretar que esta previsión requiere de las

²⁹ Lo destaca, como defecto de nuestro sistema de negociación, Sala Franco, “*El derecho a la negociación colectiva y la función reguladora de la norma: de la garantía legal al modelo negociado*”, en AA.VV., *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2006, págs. 36-37.

³⁰ Véase, Albiol Montesinos, *El convenio colectivo estatutario*, cit., pág. 181-182.

³¹ Sempere Navarro y Meléndez, *El descuelgue salarial*, cit., pág. 90 y sigs.

partes del conflicto la voluntariedad de origen en el arbitraje. A esta conclusión cabe llegar por comparación con el *Borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo* (junio 2010) (que claramente plantea el arbitraje obligatorio, que desaparece de la regulación final), como por referencia a la práctica negocial, que sigue la pauta de salvaguardar la voluntariedad de los procedimientos arbitrales³². En tales casos el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 LET.

En definitiva, el legislador reclama la incorporación de la problemática de la negociación de las cláusulas de descuelgue a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos amparados en el art. 83 LET, siguiendo las previsiones ya existentes de mediación y arbitraje para los conflictos de interpretación y aplicación de convenios del art. 91 LET.

Por otra parte, esta previsión general del 82.3 VI LET debe ponerse en conexión con el art. 6 Dos de la Ley 35/2010 que modifica la letra c) del apartado 3 del artículo 85 LET al objeto de que el convenio colectivo, cuya inaplicación en materia salarial se pretende, prevea los “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación (...) para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3”. En caso de que existan los procedimientos al efecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico se habilita a tales convenios colectivos a introducir adaptaciones.

De esta forma, los convenios pueden, en primer lugar, facultar a la comisión paritaria para ejercer una función de mediación en los conflictos sobre la aplicación del descuelgue y los problemas procedimentales que se susciten, como viene siendo práctica frecuente en la negociación colectiva. El art. 85.3 e) LET recoge además como contenido mínimo del convenio el establecimiento de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión paritaria. En segundo lugar, puede el convenio optar por remitir a las partes directamente al procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

Esta previsión del nuevo art. 85.3 c) LET completa la existente en el art. 85.1 LET de procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en diversos supuestos dentro de la LET, incluyendo la posibilidad del laudo arbitral. Son todas éstas soluciones que ya se viene incorporando a los convenios colectivos sectoriales, estipulándose en unos casos la facultad de someterse a funciones de mediación o arbitraje de la comisión paritaria, en otros casos la intervención de ésta lo es con funciones directamente arbitrales, o en fin mediante la remisión a un tercero de la fun-

³² Alfonso Mellado, “*La interpretación del convenio colectivo y la solución de los conflictos producidos por la negociación colectiva*”, en Albiol (Coord.), *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, págs. 453 y sigs.

ción arbitral. La opción legislativa de reconducir las situaciones de bloqueo de las negociaciones de acuerdos de flexibilidad interna (arts. 40 y 41 LET) o de descuelgue salarial (art. 82.3) hacia los procedimientos extrajudiciales debe contribuir a reforzar una cultura (débil en España) de composición autónoma de solución de conflictos³³, y a dar un paso más en el fortalecimiento de la lógica contractual de la negociación colectiva.

Al margen de los procedimientos de solución del conflicto fijado en convenios o acuerdos interprofesionales queda la solución del procedimiento judicial de solución de conflictos. Ésta ha sido una vía transitada en los conflictos que se han suscitado sobre la interpretación y aplicación de las cláusulas de descuelgue de los convenios. En la nueva regulación, sin embargo, el art. 82.3 LET se limita a remitir la inaplicación del régimen salarial del convenio al acuerdo de empresa y a los procedimientos extrajudiciales en su caso. Estamos ahora ante conflictos de intereses no sometidos a regulación o norma cuya interpretación pueda ser remitida a la composición judicial. La incertidumbre radica en que lo que se decide a través del acuerdo de empresa es inaplicar una norma del convenio, sustituyéndola por otra norma que debe establecer la propia autonomía negocial (en la empresa). La ambigüedad del elemento causal y la experiencia vivida con la redacción anterior del precepto hace difícil imaginar un escenario no judicializado de solución de conflictos.

5. LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como comenté en la introducción, el marco estatutario ha puesto de manifiesto crecientes insuficiencias en algunos aspectos relevantes del régimen jurídico. A continuación paso a referirme a algunos de ellos por considerarlos de interés en una futura reforma del sistema normativo.

5.1. Las reglas de la estructura de la negociación

Los problemas de nuestra estructura negocial (suficientemente conocidos) están en la combinación de dos características: de una parte, la atomización de las unidades de negociación; de otra, la falta de coordinación o articulación entre ellas. Esta realidad incrementa los costes negociadores y contribuye a la disparidad de regulaciones (por ejemplo, en materia de salarios la atomización de la negociación potencia una auténtica amalgama de conceptos retributivos).

³³ Goerlich Peset, “*La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios*”, en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pág. 90.

Además estas características no responden a la propia dinámica del tejido productivo, sino a la inercia histórica del sistema.

El sistema de negociación colectiva en España es un modelo juridificado y complejo en su configuración³⁴. Los desarrollos legislativos han fortalecido la negociación pero de una manera dirigista y además con algunos efectos perversos. Por ejemplo se ha impulsado (sobre todo con la reforma de 1994) la descentralización de la estructura negocial en términos no previstos por el legislador (vía párrafo 2º del art. 84 LET), sirviendo en muchos casos de trinchera a los convenios provinciales para salvaguardar sus tratamientos normativos tradicionales frente a la renovación negocial desde niveles estatales. Por otra parte, se ha debilitado la capacidad de la propia autonomía colectiva para la ordenación y racionalización de la estructura de la negociación (a partir de las relaciones entre el art. 83.2 y el párrafo 2º del art. 84 LET).

Es urgente una reforma de la estructura de la negociación. Una intervención legal viene avalada por el mismo Diálogo social, de cara al objetivo de garantizar a la autonomía contractual “la capacidad de regulación mediante un adecuado marco jurídico” (*Declaración del Diálogo Social* de 2004). La reforma debe aspirar a un modelo articulado, apoyado en un nivel sectorial estatal, y de descentralización coordinada. La opción de un modelo que sitúe a la negociación de empresa como eje del sistema puede parecer muy atractiva desde postulados económicos³⁵, pero no lo parece tanto si consideramos la pequeña dimensión de muchas empresas (no sería viable la negociación y sería discutible el poder negociador de los trabajadores). El *Far West* de la negociación, por otra parte, puede ser incompatible con un objetivo de regulación de la competencia de la oferta de trabajo y de tutela del trabajo mediante la garantía de ciertas condiciones laborales mínimas, que son al fin y al cabo funciones históricas de la negociación sectorial que, además, han servido de garantía a la cohesión del sistema de relaciones laborales.

La reforma debería concretarse, en primer lugar, en una nueva versión del art. 83.2 LET que garantice la capacidad de los convenios generales en el ámbito sectorial estatal para establecer reglas de articulación de la negociación de sector, reconociéndose legitimación negocial a estos efectos a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos y representativos de sector, y garantizando también la prevalencia de sus reglas en el momento de la finalización de la vigencia ordinaria de los convenios dentro del sector. Las reglas del art. 84 asumirían un

³⁴ He tenido ocasión de abordar estas características sintéticamente en “*Problemática de la negociación colectiva en España*”, en *Temas Laborales*, nº 100, v. II, 2009, págs. 629 y sigs.; y con detalle en *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Ed. Bomarzo, 2009.

³⁵ Véase, Bentolila y Jimeno, *La reforma de la negociación colectiva en España*, FEDEA, Documento de Trabajo, 2002.

carácter supletorio con respecto a las fijadas por aquellas asociaciones.

En segundo lugar, un objetivo legislativo de racionalización de la negociación pasa por promover la simplificación de las unidades de negociación, haciendo desaparecer los niveles sectoriales intermedios de negociación con eficacia general. El modelo provincial imperante en España es un modelo con dificultades para coordinar los efectos macroeconómicos de la negociación y al mismo tiempo está alejado de las exigencias de dinamismo negocial de las empresas. Sobre todo ha demostrado ser un ámbito refractario a los cambios, a las nuevas exigencias laborales y orientaciones de la negociación colectiva en el ámbito confederal.

De esta forma la negociación sectorial estatal tendría reconocida facultades de articulación negocial del sector y una preferencia aplicativa (y capacidad de afectación sobre los niveles inferiores de negociación que le precedan) en la regulación básica de determinadas materias (en la línea del art. 84 pár. 3º vigente). Este ámbito podría combinarse, en su caso (dependiendo de las peculiaridades del sector productivo y del ámbito autonómico), con convenios autonómicos de eficacia general. Los convenios sectoriales provinciales, superpuestos a los anteriores en su eficacia normativa, quedarían desprovistos de eficacia general, aplicándose únicamente a los representados en el convenio (salvo extensión en cada caso, conforme a las reglas de articulación del convenio sectorial, por la Autoridad laboral previa propuesta de los sindicatos y patronales mayoritariamente representativos del sector).

En tercer lugar, en la línea trazada por la Ley 35/2010, debe reforzarse el espacio en el que tengan autonomía reguladora los convenios o acuerdos de empresa (en la línea de los nuevos arts. 41 y 82.3 LET), formalizados con los representantes legales de los trabajadores.

Se trata de hacer explícito un modelo articulado que hoy por hoy es perceptible en la LET (en los art. 83 y 84, y en una lista significativa de preceptos a lo largo de la Ley), pero que requiere de ajustes normativos para afrontar los problemas de seguridad jurídica conocidos y proporcionar racionalidad y dinamismo a la negociación, salvaguardando la propia autonomía del sistema negocial.

5.2. Unidades de negociación y legitimación negocial

Los requisitos de legitimación se articulan pensando en la eficacia general del convenio colectivo. Dichos requisitos configuran un marco jurificado, que se apoya en la conexión entre unidades de negociación, representatividad y audiencia electoral, cuyas reglas se concretan dentro del T. III LET en requisitos estrictos de legitimación simple (art. 87), plena (art. 88) y de adopción de acuerdos en la comisión negociadora (art. 89.1). Este marco legal, en primer

lugar, plantea problemas de efectividad en ámbitos productivos donde no se cuenta con representación legal de los trabajadores o, sobre todo, en nuevas realidades productivas que no se adaptan a las unidades de negociación para las que se moldearon los requisitos de legitimación. En segundo lugar, hay que destacar los problemas de operatividad de los requisitos de legitimación de las asociaciones empresariales. En todas estas cuestiones ha sido relevante la elaboración jurisprudencial, pero parece oportuna e incluso necesaria en algún aspecto una intervención legislativa de reforma.

5.2.1. Nuevos ámbitos de negociación colectiva

La problemática de la negociación colectiva de ámbito sectorial en sectores productivos donde no se cuenta con representación legal de los trabajadores (por la dimensión de las unidades productivas –art. 62 LET- o por la dificultad para contar con candidatos a órganos de representación –ex art. 69.2 LET-) no me parece significativa. Pero lo cierto es que se ha planteado en algún supuesto (sector taurino) (STS 4-6-1999 (Rec. 3755/1998)). Una solución aquí puede ser la extensión de la previsión del art. 13 LETT, que fue pensada para el sector de las ETT para una situación como la que estamos contemplando (dificultad para contar con instancias representativas en un sector cuya actividad se inicia en 1994, sin previsiones iniciales, en esta fecha, sobre fijos de plantilla, con unos trabajadores potencialmente vinculados con contratos temporales).

Para los casos de supuestos de negociación empresarial una planteamiento de acomodación del marco jurídico se contiene en el 2º Borrador de Anteproyecto de Ley de reforma del ET en materia de negociación colectiva (de 4 de octubre de 2001) que atribuía la legitimación negocial a las representaciones sindicales con implantación en la empresa que hubieran sido designadas mediante acuerdo expreso de los trabajadores. La promoción de la negociación de empresa (exista o no convenio general aplicable) vendría actualmente facilitada a partir de las nuevas previsiones sobre acuerdos de empresa en supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la aquella (nuevos arts. 40, 41, 82.3 LET).

Más significativa me parece la problemática de adaptación del marco legal sobre requisitos de legitimación a las nuevas realidades empresariales que no se adaptan al marco formal de unidades de negociación, como es el caso de la negociación en grupos de empresas.

Por lo que respecta a la legitimación del lado de los trabajadores, la doctrina jurisprudencial se construye desde la premisa de la consideración de la unidad negocial como de nivel supraempresarial, y se atribuye en consecuencia la legitimación negocial directamente a las organizaciones sindicales. Pero aquí matiza el TS que ésta es la interpretación cuando el ente empresarial es un “ente complejo”, es decir, un complejo organizativo plural con una dirección

común, con personas jurídicas que ostentan posiciones empresariales independientes y un grado de complejidad significativo. De forma que esta solución lo es “al margen de lo que, por excepción, pudiera establecerse para grupos de empresas con una estructura organizativa relativamente simple” (SSTS 21-12-1999 -RJ 2000, 528-; 24-4-2001 -RJ 4879-; 6-5-2004 -RJ 4396-). Precisamente en pronunciamientos sobre grupos de empresa, se afirma también el carácter empresarial de este tipo de unidad negocial y se atribuye legitimidad negocial a las estructuras representativas del personal en la empresa (STS 27 junio 1.994 (RJ 6313)). En la experiencia negocial las prácticas abarcan ambas posibilidades (convenios negociados por la representación unitaria o por los sindicatos directamente)³⁶.

La situación por tanto plantea problemas de seguridad jurídica y en ciertos casos puede también afectar al derecho de libertad sindical de los sindicatos que en virtud de la regla aplicable queden excluidos de la negociación (como fue el caso de la STS 6-5-2004 -RJ 4396-). Me parece que ha de tomarse en cuenta que en los últimos años se ha reforzado legalmente el papel de las estructuras representativas (unitarias y sindicales) dentro de los grupos societarios (a partir de la legislación comunitaria (Directiva 94/45) o española (Ley 10/1.997)) y ello puede agravar el problemas de los sujetos legitimados para la negociación (los sindicatos conforme a la jurisprudencia tradicional frente a los órganos de representación internos al grupo facultados por la legislación reciente). La solución puede ser aquí la atribución de la legitimación negocial a órganos de representación unitaria constituidos en el nivel de grupo societario o bien a aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros de las representaciones.

5.2.2. Legitimación patronal

Como regla general la legitimación de las organizaciones empresariales se resume en el requisito de la prueba de la representatividad para cada unidad de negociación y para cada convenio a negociar. De acuerdo con el art. 87.3 L.E.T. tiene reconocida legitimación simple toda patronal que agrupe el 10% de empresas (en el sentido del art. 1.2 LET) y de trabajadores de la unidad de negociación.

En el supuesto de la legitimación patronal el problema que venimos arrastrando desde los 90, con creciente intensidad, radica en la dificultad para veri-

³⁶ Cfr. Nogueira Gustavino, “Las partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresas, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores”, en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, págs. 299 y sigs.

ficar la objetividad de los datos de representatividad patronal³⁷. El problema se afronta en vía judicial mediante la presunción de representatividad de las patronales firmantes del convenio por reunir los requisitos de notoriedad y reconocimiento mutuo.

El TS parte de la premisa de que la exigencia inicial de acreditación caso por caso de la representatividad de quienes participan en la elaboración del convenio colectivo puede ser planteada en la mesa de negociación y que para poder reclamar la participación en dicha mesa (para obtener un reconocimiento) se ha de estar en condiciones de acreditar documentalmente el cumplimiento de los requisitos de legitimación simple (STS 21-11-2005 (RJ 2006, 684)), y si ello no ocurre así se establece la presunción de la representatividad de los negociadores. En primer lugar, mediante la notoriedad se afirma una presunción favorable a la representatividad que alegan disponer las organizaciones empresariales cuando estamos ante patronales que ya han participado en la firma de convenios colectivos anteriores (SSTS 21-3-2002 (RJ 2002, 3812) y 21-11-2005 (RJ 2006, 684)). En segundo lugar, juega la técnica del reconocimiento mutuo, que permite presumir la representatividad de la asociación patronal por reconocimiento de los interlocutores sindicales en la negociación (STS 21-3-2002 (RJ 2002, 3812)). En tercer lugar, a través de la presunción de veracidad de los datos de representatividad una vez ha superado el control de legalidad administrativo el convenio colectivo firmado. Esta construcción jurisprudencial se explica porque la “justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones” pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, “en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público -oficina certificante- capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial” (por todas, STS 20-6-2006, RJ 5358).

Desde mi punto de vista, estamos hablando de requisitos de legitimación negocial que son indisponibles para las partes, como claramente lo expone la jurisprudencia: “la regla del art. 83.1 ET que consagra la libertad de negociación no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan (...) con la propia representatividad de las organizaciones pactantes” (STS 20-6-2006, RJ 5358). Creo que a través de la técnica del reconocimiento mutuo lo que de hecho tiene lugar es la disposición por las partes de tales reglas. Pero la técnica del reconocimiento mutuo no puede configurarse como un

³⁷ Véase, ya tomando como referencia los años 90, Navarro Nieto, “La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica”, en Rodríguez-Piñero Royo (Coord.) *El empleador en el Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. 1.998, págs. 234 y sigs.

requisito que supla las carencias de legitimación³⁸. Por lo demás, la respuesta de la jurisprudencia a través de la presunción de la representatividad patronal y de legalidad del convenio no resuelve los problemas de seguridad jurídica y los riesgos en caso de impugnación del convenio³⁹, como lo acredita sin dificultad la litigiosidad creciente en los últimos años sobre el particular⁴⁰.

La problemática no radica sólo en que hablemos de la presunción de una representatividad que no se acredita en el proceso negociador, sino en la dificultad para quien tiene la carga de la prueba (la parte que impugna la legitimación negocial de una asociación empresarial⁴¹) de disponer de datos fiables sobre el particular. La carga de la prueba se complica por la opacidad de las organizaciones patronales en la publicidad de sus empresas afiliadas y por la inexistencia de censos de empresas y trabajadores empleados⁴².

El problema de la regulación vigente, en definitiva, radica en la aportación de una prueba documental acreditativa de la representatividad. El legislador ya demostró tener conciencia de la importancia de este dato, de ahí la previsión de elaboración de un censo oficial de empresas adaptado a esta función (disp. final 3ª, párr. 2º LET). La solución más acorde con la relevancia de este requisito de legitimación y con un principio de seguridad jurídica es, como viene siendo reclamado por la doctrina, la del desarrollo normativo de tal previsión, al igual que en los 90 se procedió a la construcción de un sistema administrativo de certificación de la representatividad sindical. Otra posible solución estaría en

³⁸ Véase, Navarro Nieto, op. cit. pág. 235; Solans Latre, “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales”, en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, pág. 208; Esteve Segarra, “El control jurisdiccional de la legitimación negocial de las asociaciones empresariales”, *Aranzadi Social*, 2006, t. V, (Bib 2006, 2828), pág. 1338.

³⁹ Goerlich Peset, “La reforma de la negociación colectiva...”, cit, pág. 77.

⁴⁰ Con la declaración de nulidad estatutaria del convenio estatal: STS 20-6-2006 (RJ 5358); STS 20-3-2007 (RJ 2007, 3245).

⁴¹ STS 3-12-2009 (RJ 8038); (STS 5-11-2008 –RJ 2008, 7042-). SAN 8-7-2008, 211/2007

⁴² Dicha prueba documental suele apoyarse básicamente en los listados de empresas de la Tesorería General de la Seguridad Social, que, por no ser un instrumento del todo fiable a estos efectos, viene acompañado de otros medios alternativos o complementarios de prueba, como son las Hojas estadísticas de convenios colectivos o las estadísticas del INE (Directorio Central de Empresas). Se admiten también otros tipos de documentos probatorios de la representatividad patronal, normalmente relacionados con el sector de referencia. Por ejemplo, el registro de empresas de la Dirección General de la Policía, para el sector de empresas de seguridad (STS 24 de marzo de 1.995 –Ar. 2183-); el registro del Ministerio de Educación y Ciencia en relación con las empresas titulares de colegios privados de enseñanza, para el sector de la enseñanza privada (SS.TS 13 de febrero de 1.996 –Ar. 1016-; 14 de febrero de 1.996 –Ar. 1017-); Registro General de Empresas prestadoras de Servicios Postales para el convenio de empresas de mensajería (STS 20-3-2007, RJ 3245); el número de vocales de la organización obtenidos en las elecciones a vocales de las Cámaras Agrarias en este sector (este criterio es considerado por la STS Cont. Adm. 4ª 19-1-2.000 (Ar. 268) para otorgar a la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos –COAG- la condición de organización empresarial representativa en el sector).

que se hiciese constar en anexo al convenio los datos en que las partes basan el cumplimiento de los requisitos de legitimación negocial⁴³.

5.3. La revisión del efecto legal de la ultraactividad.

Una vez producida la denuncia del convenio, en defecto de acuerdo de las partes se produce el efecto legal de la ultraactividad, es decir, “se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio” (art. 86.3 LET). La finalidad de esta regla es evitar que se produzcan vacíos normativos en la regulación de condiciones de trabajo en tanto se llega a la firma de un nuevo convenio. Estamos ante una regla considerada “consustancial a nuestro sistema de negociación colectiva”⁴⁴. Además tiene como efecto relevante el reforzar la posición negociadora de los representantes de los trabajadores al permitirles negociar sin presiones en el desarrollo temporal de la negociación⁴⁵. Pero precisamente este dato tiene su cara negativa en la medida en que acaba por incidir de manera relevante en la misma dinámica negocial, convirtiéndose en “un arma decisiva y condicionante de la negociación misma”⁴⁶.

Los efectos nocivos de la ultraactividad han sido sintentizados por Goerlich Peset⁴⁷. Estos efectos negativos se despliegan sobre “la estructura contractual, los contenidos negociales y el propio proceso negociador. Si, en el primer terreno, puede ser considerada una de las principales inyecciones de inercia en nuestro sistema de negociación, en el segundo genera una clara tendencia a la conservación de los contenidos y en el tercero no sólo propicia una menor responsabilidad en el ejercicio de la denuncia sino que genera pocos incentivos a la renovación del convenio”.

La opinión doctrinal mayoritaria es coincidente en la necesidad de corregir el tratamiento legal con el objetivo de facilitar la renovación de la negociación, fijándose un límite temporal a la ultraactividad, pero al mismo tiempo evitando los vacíos de regulación⁴⁸. Las soluciones pasarían por mantener la vigencia prorrogada del convenio denunciado durante la fase de negociación, para la que deben establecerse reglas sobre inicio del proceso negocial y de solución de las situaciones de bloqueo. De darse una ruptura de la negociación

⁴³ Así lo plantea la *Propuesta Durán* en el art. 89.2 del documento, lo que conllevaría la presunción de la eficacia general del convenio.

⁴⁴ Cfr. Cruz Villalón, op. cit. pág. 13.

⁴⁵ De nuevo, Cruz Villalón, págs. 13-14.

⁴⁶ Cfr. Gonzalez Ortega, “*Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos*”, en *Temas Laborales*, nº 76, 2004, pág. 161.

⁴⁷ “*La reforma de la negociación colectiva...*”, cit. pág. 95.

⁴⁸ Cfr. Gonzalez Ortega, op. cit. pág. 163; Goerlich Peset, *ibidem*; Pedrajas Moreno y Sala Franco, “*La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión*”, en *Relaciones Laborales*, nº 8, 2010, pág. 31.

o pasado un tiempo predeterminado sin acuerdo (o sin acuerdo a través de los procedimientos de solución de conflictos) quedaría abierta la posibilidad de aplicación de nuevos regímenes convencionales fruto del cambio de unidad de negociación (inaplicación del principio de no afectación). De no existir la posibilidad de cobertura negocial deberían contemplarse vías de fijación de los contenidos cuya vigencia prorrogada se mantiene, estableciendo un régimen más permisivo en estos casos para los acuerdos empresariales de modificación o de descuelgue.

5.4. Un nuevo marco legal para la negociación

El enfoque normativo y de efectos generales de la negociación estatutaria, centrada en una regulación uniforme y estática de las condiciones de trabajo, no es adecuado para una nueva realidad que se ha ido abriendo paso en el mundo de las relaciones laborales (la exigencia de descentralización y de normas más flexibles y adaptables a los cambios) y también, como reflejo, en el propio marco estatutario: convenios o acuerdos colectivos con distintas morfologías y funciones; ampliación de los contenidos a desarrollar por los convenios, añadiendo a las funciones clásicas de regulación, funciones ordenadoras y de gestión.

El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y su alcance en la LET ha sido fruto de una reconstrucción que ha tomado como referencia el paradigma estatutario de convenio colectivo. Hoy son necesarias nuevas interpretaciones del marco estatutario que tomen como referencia la evolución del marco legal mismo y su adaptación a un nuevo contexto histórico ⁴⁹.

El modelo jurídico debe ser reconstruido desde los postulados constitucionales (art. 37.1 CE): el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, cuyo contenido esencial está en la afirmación de la autonomía colectiva como poder regulador en el ámbito de las relaciones laborales, y el reconocimiento de la fuerza vinculante de los convenios, es decir, la eficacia automática de las normas convencionales sobre las relaciones individuales (STC 58/1985, f.º 3º) y el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual (SSTC 58/1985, f.º 6º; 105/2002, f.º 6º) ⁵⁰.

⁴⁹ Remito a los estudios críticos de Durán López, *“Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales”*, en AA.VV., *Estado social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2006; y García Murcia, *“Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente”*, en RMTAS, Nº 68, 2007.

⁵⁰ Con el importante matiz de que “la negociación colectiva no pueda anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación” (STC 58/85 f.º 6º). En estos casos, corresponde a la Ley determinar la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva (STC 58/85 f.º 7º), sin que pueda afectarse la función reguladora de la negociación colectiva “atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas” (STC 238/05, f.º 4º).

A partir de estas premisas constitucionales se trata de avanzar en un marco jurídico que sistematice los tipos negociales y sus relaciones, que prevea reglas básicas comunes a los distintos tipos de acuerdos colectivos y que, respetando el convenio colectivo tipo del T. III LET, lo actualice en su regulación. Al margen del debate sobre el convenio colectivo como fuente del Derecho y de la fuerza normativa propia de la norma jurídica, el esquema que puede asumir el art. 3 LET sería el reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos como fuente de regulación de las relaciones laborales en sus diferentes manifestaciones y el reconocimiento de su eficacia vinculante en cuanto expresión de negociación colectiva, a la que se vincularían las prescripciones del art. 3.1 c) (que hace imperativo los convenios para la voluntad de las partes del contrato de trabajo) y del art. 3.5 LET (que impide a los trabajadores disponer de los contenidos de los convenios).

Sobre esta base de partida cada convenio o pacto debe disponer de la eficacia jurídica que en cada supuesto establezca la ley. En el caso del convenio del T. III LET una eficacia general. En el supuesto de los acuerdos de empresa habrá que estar a cada supuesto normativo para determinar la naturaleza del acuerdo empresarial (negocial o participativa), su concreto régimen jurídico y su articulación con los convenios colectivos (su función supletoria, derogatoria o complementaria). Debe evitarse un intento de reconstruir su régimen jurídico trasladando a estos instrumentos de negociación y gestión la lógica codificadora de los convenios del T. III LET. Quizá ciertas correcciones normativas en determinados aspectos de la regulación pueden ser útiles, pero hoy por hoy la analogía permite extender las soluciones previstas para determinados acuerdos de empresa o las previsiones del T. III LET⁵¹.

Los convenios de eficacia limitada desprovistos de régimen legal deben desplegar los efectos vinculantes del art. 3.1 LET a través del vínculo representativo. Ello puede contribuir a introducir seguridad jurídica en un tipo contractual que, aunque sin régimen jurídico expreso, cuenta con reconocimiento legal. Como se sabe los problemas se plantean sobre todo en relación con su eficacia jurídica, calificada por el TS como meramente contractual, rigiéndose directamente por el art. 37.1 CE y las normas del Código Civil que regulan los contratos (STS 18-9-2007 –RJ 2007, 8445-). Pero no deja de ser esta doctrina una elaboración ambigua. La eficacia vinculante no es equivalente a la eficacia normativa que el TS predica de los convenios estatutarios, pero ello no puede traducirse simple y llanamente en su equiparación al contrato de trabajo. El postulado constitucional de la fuerza vinculante del convenio debe significar algo más que la mera producción de efectos típicos de un contrato de derecho

⁵¹ Véase, García Murcia, “*Los acuerdos de empresa: marco general*”, cit. pág. 625 y sigs.; Goerlich Peset, “*Los acuerdos de empresa*”, cit. pág. 329 y sigs.

común, que, como tal, tiene ya garantizada la fuerza vinculante para las partes contratantes. Por otra parte, se nos indica que los convenios extraestatutarios se sitúan al mismo nivel que el contrato de trabajo, pero se matiza que su ámbito subjetivo no es individual propiamente dicho (SSTS 8-6-1999 (RJ 1999, 5208); 18-2-2003 (RJ 2003, 3372); 24-6-2008 –RJ 2008, 4234-). Además el TS estima la intangibilidad del contenido del convenio extraestatutario frente a los pactos individuales (en contradicción con su eficacia contractual). Como se observa en la STS 30-4-94 (RJ 3475), la intangibilidad del pacto extraestatutario “le viene reconocida por la naturaleza de convenio colectivo que tiene y no se podría modificar a través de pactos individuales”.