

DESCUELGUE CONVENCIONAL Y ARBITRAJE OBLIGATORIO

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

ABSTRACT

Palabras clave: Convenio colectivo, inaplicación, régimen jurídico, arbitraje obligatorio

Tras cinco años de aplicación de la reforma laboral de 2012, el presente trabajo aborda los problemas y las soluciones adoptadas en relación con una de sus regulaciones más discutidas, la contenida en el art. 82.3 ET. Partiendo del significado del actual sistema de “descuelgue convencional” (medida de flexibilidad interna, de descentralización de la negociación colectiva y sobre todo excepción a la fuerza vinculante del Convenio Colectivo) la vigente regulación constituye una “pieza de cierre” del sistema, a través de una intervención heterónoma y obligatoria sustitutiva de la autonomía colectiva. Téngase en cuenta que con independencia del número de inaplicaciones decididas mediante resolución administrativa o laudo arbitral, la previsión normativa de tal posibilidad ha incidido sobre el número de inaplicaciones, acordadas con los representantes de los trabajadores. Pues bien, aún sin compartir la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad de esta figura y, más concretamente, sobre la intervención arbitral obligatoria prevista legalmente, las SSTC 119/2014 y 8/2015 aportan importantes criterios hermenéuticos, sobre la base de los cuales hemos pretendido dar respuesta a los numerosos problemas interpretativos planteados. Así, entre otros muchos, los relativos a la inaplicación de un convenio en situación de ultraactividad, la posibilidad de reiterar la propuesta de inaplicación durante la vigencia del convenio o, por ejemplo, si un laudo arbitral puede resolver la discrepancia en torno a la regularidad del previo procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores. Por lo que respecta a una primera valoración, la aplicación de esta técnica de inaplicación del convenio colectivo por decisiones administrativas, laudos arbitrales y sentencias judiciales ha sido, a nuestro juicio, “restrictiva” y acertada, al tratarse de una medida excepcional.

ABSTRACT

Key Words: Collective agreement, inapplicability, legal system, compulsory arbitration.

After five years of implementation of the labour reform of 2012, this paper deals with the problems and the solutions adopted in relation to one of its most discussed regulations, contained in article 82.3 ET. On the basis of the meaning of the current system of “pick up conventional” (measurement of internal flexibility, decentralization of collective bargaining and especially exception to the binding force of the collective agreement) the existing regulation is one “locking piece” of the system, through a substitute heteronomous and compulsory intervention of collective autonomy. By referring to an initial assessment, the application of this technique of non-application of the collective agreement by administrative decisions, arbitration awards and court judgments has been, in our view, “restrictive” and accurate, it is a measure exceptional

ÍNDICE

1. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO (ART. 82.3 ET)
2. LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ART. 82.3 ET
3. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA POR EL ART. 82.3 ET
 - 3.1. El convenio colectivo afectado por la inaplicación
 - 3.2. Las materias concernidas por la inaplicación convencional
4. EXIGENCIAS CAUSALES PARA LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL
5. PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES CONVENCIONALES
 - 5.1. El ámbito de la inaplicación y los sujetos legitimados
 - 5.2. Marco normativo: regulación legal y regulación convencional
6. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN
 - 6.1. Comunicación de inicio de la dirección de la empresa
 - 6.2. Documentación para acreditar la concurrencia de la causa empresarial
 - 6.3. El periodo de consultas y el deber de negociar de buena fe
7. EL ACUERDO COLECTIVO DE INAPLICACIÓN
 - 7.1. Contenido y eficacia del acuerdo colectivo de inaplicación
 - 7.2 La impugnación judicial del acuerdo de inaplicación
9. GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN PARITARIA Y ANTE LOS ORGANOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS
 - 9.1. Gestión del desacuerdo ante la comisión paritaria
 - 9.2. Gestión del desacuerdo ante los órganos de solución autónoma de conflictos
10. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS ANTE LA CCNCC O LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS CORRESPONDIENTES
 - 10.1. Régimen jurídico: normativa estatal y autonómica
 - 10.2. Decisión administrativa *versus* laudo arbitral
11. PROCEDIMIENTO ANTE LA CCNCC U ORGANO AUTONÓMICO EQUIVALENTE
 - 11.1. Plazo y contenido de la solicitud que inicia el procedimiento
 - 11.2. Contenido de la Decisión o del Laudo Arbitral: La resolución de diversos conflictos colectivos
 - 11.3. Plazo para emitir la decisión arbitral y eficacia del laudo
12. CONTROL JUDICIAL DE LA DECISIÓN O LAUDO ARBITRAL
 - 12.1. Doctrina constitucional sobre el control judicial de fondo
 - 12.2. Impugnación judicial de la decisión o el laudo arbitral

1. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO (ART. 82.3 ET)

Tras un lustro de aplicación de la reforma laboral de 2012, no es necesario destacar la relevancia del art. 82.3 ET y del régimen de inaplicación convencional por el diseñado para alcanzar los objetivos de flexibilidad en la empresa y de descentralización de la negociación colectiva, perseguidos por aquella reforma estatutaria.

Concebida legalmente como una medida de flexibilidad interna y de descentralización negocial, la inaplicación convencional constituye esencialmente un mecanismo excepcional y temporal de suspensión y sustitución del convenio colectivo. En aras de conseguir una mayor flexibilidad de la regulación convencional, en contextos de crisis económica, las reformas estatutarias de 1994 y, sobre todo, de 2010 y 2012 introdujeron diversas opciones de descuelgue con-

vencional que, finalmente, se han unificado en una técnica compleja y completa de inaplicación del convenio colectivo.

Si la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 introdujo la novedad legal del descuelgue salarial¹, fue la reforma laboral de 2010 la que determinó el protagonismo del acuerdo colectivo de inaplicación, introdujo la posibilidad del descuelgue de los convenios colectivos de empresa² y facilitó la inaplicación del convenio colectivo en las empresas sin representación de los trabajadores. El procedimiento a seguir ante la falta del acuerdo de descuelgue fue la aportación “estrella” de la reforma de 2012, que recurrió a fórmulas heterónomas y obligatorias de composición del conflicto colectivo, como son la decisión administrativa y el laudo arbitral.

El actual régimen prescinde de las cláusulas de descuelgue de los convenios supraempresariales que habían sido, hasta la reforma de 2010, el instrumento esencial para el descuelgue salarial. Como destacaría la doctrina científica y judicial, en el nuevo sistema de descuelgue, la negociación colectiva supraempresarial pierde el control sobre los procesos de inaplicación salarial a nivel inferior, lo que supone una seria limitación del poder regulador del convenio colectivo en esta materia, constituyendo este cambio una de las claves del vigente sistema de inaplicación³. Si desde la reforma de 2010 el acuerdo colectivo es el protagonista de nuestro sistema de descuelgue, a partir de 2012, comparte este papel con una intervención externa a los sujetos negociadores y obligatoria, para una parte a propuesta de la otra, constituyendo otro de los elementos definidores del vigente modelo de inaplicación.

Además, tras la reforma de 2012/2013 se refuerza la consideración del descuelgue convencional como instrumento de flexibilidad interna en la empresa, idea que de forma explícita expresaba la reforma de 2010, en el sentido ya anticipado por la reforma estatutaria de 1994. La inaplicación del convenio mantiene su conexión con instrumentos de flexibilidad interna y con el despido colectivo, significativamente, en la definición de las causas empresariales que la justifican,

¹ Con antecedentes en los pactos de concertación social de la década de los ochenta, que incluyeron cláusulas de descuelgue total o parcial de los incrementos salariales pactados en convenios colectivos para aquellas empresas que acreditasen situaciones deficitarias y de pérdidas.

² Si bien en aquel momento sólo en relación con los descuelgues genéricos regulados por el anterior art. 41.6 ET.

³ F. Durán López, *Inaplicación de las condiciones de convenio colectivo: el descuelgue*, en Cuaderno de Derecho para Ingenieros (V) Iberdrola, 2013. M.R. Alarcón Caracuel Ponencia «La inaplicación del convenio colectivo», dentro de las Jornadas de estudios jurídicos Nuevas formas de flexibilidad laboral y descentralización empresarial, Albacete 5 y 6 de junio de 2014, Boletín Digital 1º de mayo, junio 2014.M.A. Castro Arguelles, *Inaplicación o Descuelgue del Convenio Colectivo*, Civitas, 2013, p. 91. STSJ Madrid de 14/12/2012 (AS 2013\1033).

así como en el procedimiento de consultas y negociación para alcanzar un acuerdo colectivo, al remitir el art. 82.3 ET al art. 41.4 ET.

Al mismo tiempo, la inaplicación del convenio es una medida próxima al convenio colectivo pues el acuerdo de descuelgue es el resultado de un proceso de negociación colectiva, previsto en el marco del Título III ET. La unificación y ubicación de la medida de inaplicación convencional abonan la conexión entre el convenio colectivo y la vía para su inaplicación, siendo un instrumento más de la reforma legal de 2012 dirigido a promocionar la negociación colectiva en la empresa. Sin embargo, desde esta perspectiva, en el Estatuto de los Trabajadores se predisponen otras vías alternativas, que cumplen finalidades semejantes de flexibilidad y adaptabilidad de los convenios colectivos, como son la preferencia aplicativa del convenio de empresa para determinadas materias, regulada por el art. 84.2 ET, o incluso la renegociación o adaptación del convenio colectivo a las nuevas circunstancias surgidas durante la vigencia del convenio colectivo, previstas por el art. 86.1 ET.

La inaplicación convencional se sitúa, en fin, en el marco de un conjunto amplio de medidas dirigidas a igual fin, como pieza de cierre del sistema y elemento “dinamizador” del mismo, a través de su nota distintiva, es decir, una obligatoria intervención heterónoma sustitutiva de la autonomía colectiva. En efecto, el vigente diseño legal del descuelgue se completa con un conjunto de mecanismos dirigidos a resolver las discrepancias surgidas en la fase de consultas. La falta de acuerdo ya no bloquea o impide el descuelgue y en relación con las medidas de gestión del desacuerdo entre empresa y trabajadores se suma al arbitraje voluntario un arbitraje obligatorio, al preverse que, a petición de una de las partes, el asunto se someta a una decisión vinculante ya sea de o en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC, en adelante), o en órganos similares de las Comunidades Autónomas⁴. La reforma de 2012 refuerza así la tendencia facilitadora de esta medida y aunque el número de inaplicaciones fruto de decisiones y arbitrajes obligatorios no haya sido significativo si ha podido serlo el efecto de la vigente regulación sobre el alto número de los acuerdos colectivos de descuelgue, que muestran los datos de los últimos años⁵.

⁴ Que asumen una función decisoria y dirimente en materia de inaplicación de conformidad con el art. 82.3 ET, la Disposición Final 2ª ET, apartados 1 c), 2 y 3 del ET. Y en concreto así fue para la CCNCC que hasta entonces era un órgano tripartito de carácter consultivo, v. Art. 16 y ss. del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC.

⁵ V. Estadística de convenios colectivos. Las inaplicaciones depositadas hasta 31 de diciembre de 2016 en el período enero-diciembre de 2016 fueron 1.326, que afectan a 32.064 trabajadores. La mayoría de las inaplicaciones se realizan en empresas de servicios y en empresas pequeñas, con menos de 50 trabajadores, prácticamente, la totalidad son descuelgues de convenios sectoriales (el 98,3%) y son aprobadas por acuerdo en el período de consultas (el 90,6%). Acerca del contenido

Ahora bien, asumiendo todo lo anterior, la medida de inaplicación del convenio colectivo en el vigente sistema de relaciones laborales sigue conservando un carácter de solución excepcional y temporal pues constituye una excepción a la fuerza normativa y a la eficacia personal general del convenio colectivo. Por ello, los problemas aplicativos del procedimiento de inaplicación convencional deben resolverse sobre la base de criterios hermenéuticos que atiendan a todas estas funciones y caracteres (instrumento de flexibilidad empresarial y de negociación colectiva descentralizada así como excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos).

Los órganos judiciales, los laudos arbitrales y las decisiones administrativas utilizan criterios interpretativos propios de los instrumentos de flexibilidad interna y externa referidos, por ejemplo, a las exigencias causales o al principio de buena fe, al mismo tiempo que apelan a criterios interpretativos propios del convenio colectivo. Pues bien, estos criterios interpretativos deben incardinarse en el marco de una aplicación restrictiva de una figura de naturaleza excepcional. A estos efectos, se analizará a continuación la doctrina constitucional sobre la inaplicación del convenio, en concreto, sobre la admisibilidad, desde la perspectiva de los derechos de negociación colectiva y tutela judicial efectiva, de la decisión o laudo arbitral de suspensión y sustitución del convenio colectivo.

2. LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ART. 82.3 ET

La STC 119/2014, de 16 de julio y por remisión a su doctrina, la STC 8/2015, de 22 de enero, resolvieron las impugnaciones formuladas frente al art. 82.3 ET por vulneración tanto de los arts. 37,1 CE y 28.1 CE como del art.24.1 CE. En concreto, no se cuestionaba todo el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo en él previsto, sino tan sólo el párrafo octavo del art. 82.3 LET en el que se atribuye una función decisoria dirimente a la CCNCC u órganos correspondientes de las comunidades autónomas. La inconstitucionalidad de la norma ya se había cuestionado ante la OIT⁶ y ante la jurisdicción ordinaria, si

de las inaplicaciones, en el 62,2% de los casos se altera sólo la cuantía salarial, aunque también se modifican otras condiciones de trabajo o una combinación de ellas.

⁶ Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT ratificado por el Consejo de Administración de la OIT (Reunión de los días 13 a 27 de marzo de 2014 (GB.320/INS/12)) en respuestas a las quejas planteadas por los sindicatos más representativos españoles frente a la reforma laboral de 2012. En concreto, la conclusión 464 señala que “la suspensión o derogación – por vía de decreto, sin acuerdo de las partes – de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el art. 4 Convenio núm. 98 OIT.

bien las SSAN de 9/12/2013 y de 11/02/2014⁷ rechazaron en dos ocasiones la presentación de cuestión de inconstitucional en relación con el citado párrafo del art. 82.3 ET.

Como punto de partida, es necesario destacar que la STC 119/2014 contiene dos importantes afirmaciones de carácter general, primera, que la regulación contenida en el art. 82.3 LET constituye una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET, segunda, que desde la perspectiva del art. 37.1 CE y el art. 28.1 CE, la intervención de la CCNCC en el procedimiento previsto por el art. 82.3 LET puede determinar, en efecto, una restricción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Rechaza, sin embargo, el TC la infracción del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) pues considera que la intervención de la CCNCC prevista por el art. 82.3 LET persigue un fin constitucionalmente legítimo, cual es, tanto el de garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general (art. 38 CE). En este sentido en primer lugar, se argumenta que al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias empresariales adversas y sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo (STC 119/2014 FJ 5 A).

Y, en segundo lugar, la STC 8/2015, resumiendo la doctrina de la STC 119/2014, considera que la intervención de la CCNCC u órgano autónomo resulta razonable y proporcionada, teniendo en cuenta que constituye un remedio subsidiario, que en modo alguno desplaza o suplanta a la negociación colectiva y la decisión se atribuye a un órgano colegiado de composición tripartita y paritaria⁸. Por último, también valora el TC que la posibilidad de inaplicación de condiciones de trabajo se encuentre sujeta, tanto a limitaciones causales (conurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas y de producción), materiales (al poder afectar en exclusiva a las materias especificadas en el precepto impugnado) y temporales (su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada), cuanto a un posterior control jurisdiccional⁹.

⁷ Rec. 339/2013 y Rec. 356/2013, respectivamente.

⁸ Que está formado por representantes de la AGE y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, habiendo establecido la normativa los mecanismos precisos para garantizar su independencia e imparcialidad.

⁹ Finalmente se rechaza la aplicación de la doctrina con relación a los arbitrajes públicos obli-

Para salvar la constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC establece una doctrina interpretativa, pues el art. 82.3 párrafo octavo LET no lesionaría el art. 24.1 CE, “interpretado el precepto”, en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral (STC 119/2014, FJ 5 A). Esta interpretación resulta obligada pues, según la doctrina constitucional, el arbitraje obligatorio no es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el control judicial sobre el laudo se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral¹⁰.

Por ello, el control judicial sobre la decisión o el laudo obligatorio de inaplicación convencional no se limita a aspectos externos o procedimentales, es decir, al enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral y sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, sino que se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, es decir, alcanza también a impugnaciones fundadas en la lesividad a terceros y en su ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a este último motivo impugnatorio. En definitiva, la intervención judicial permite a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral, siendo así esta intervención de la CCNCC u órgano autonómico “en cuanto trámite previo al proceso” plenamente compatible con el art. 24.1 CE (STC 8/2015)¹¹.

gatorios establecida en la STC 11/1981, de 8 de abril, en tanto que la norma impugnada en el presente proceso constitucional presenta sustanciales diferencias respecto a la que en su día fue examinada por aquella Sentencia.

¹⁰ SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, (FJ 3); y 75/1996, de 30 de abril, (FJ 2). En efecto, la STC (Pleno) 174/1995 declaró por tal causa la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2, párrafo primero de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Para el TC se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, en cuanto se le ha sometido a un procedimiento arbitral del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello. Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcance también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión.

¹¹ Se trata de un control judicial pleno, que, como aclara el TC, si estaría acotado a “aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional” y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas. Ahora bien, el control judicial no podría alcanzar a aquellos contenidos de la decisión o laudo arbitral que resuelvan conflictos de intereses o económicos y que el TC identifica con los relativos a las concretas condiciones de trabajo establecidas pues la decisión y el Laudo pueden proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad, concretándose en todo caso la duración del período de inaplicación. De esta forma, el Tribunal Constitucional distingue entre los diferentes conflictos jurídicos y económicos que ha de resolver la decisión o laudo arbitral y el correspondiente alcance

Pues bien, desde la perspectiva de nuestro sistema de negociación colectiva, la valoración de estas sentencias conduce a afirmar que la doctrina del TC no resulta ajustada a los parámetros o cánones de control de constitucionalidad aplicables, como de forma extensa ha motivado el voto del Magistrado Valdés Dal-Re. Llama la atención especialmente que las sentencias asuman como premisa una eventual colisión entre el derecho a la negociación colectiva y la libertad de empresa y no analicen el contenido constitucionalmente garantizado por el art. 38 CE. Y, más concretamente, que se llegue a admitir la limitación del derecho a la negociación colectiva por una genérica defensa de la productividad de las empresas, sin que se haya argumentado cómo, en qué medida y por quién la defensa de la productividad empresarial debería ser garantizada, como contenido de la libertad de empresa¹².

No obstante lo anterior y sin perjuicio de la valoración que pueda merecer la fundamentación jurídica de las citadas sentencias constitucionales, es preciso atender a la doctrina por ellas establecida, a los efectos de identificar criterios hermenéuticos para los diversos protagonistas de la inaplicación convencional, sujetos negociadores, órganos administrativos, árbitros y tribunales. Debe recordarse así que la doctrina constitucional define la inaplicación convencional como una excepción y delimita la admisibilidad constitucional de la intervención heterónoma sustitutiva de la autonomía colectiva, atendiendo a su carácter de intervención subsidiaria, desarrollada por un órgano imparcial y sometida a límites causales, sustantivos y temporales. De ello podrían deducirse algunas observaciones.

En primer lugar, debe prevalecer una interpretación restrictiva y literal del art. 82.3 LET por constituir su regulación “una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET. En segundo lugar, la inaplicación convencional solo puede ser admisible como “medida de adaptación” de las condiciones laborales, ante causas empresariales “adversas” y “sobrevénidas después de la aprobación del convenio”, para “facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo” (STC 119/2014, FJ 5 A). La inaplicación convencional no sería

del control judicial sobre las referidas decisiones sobre inaplicación convencional, cuestiones que habrán de ser abordadas más adelante.

¹² El Magistrado Valdés Dal-Re discrepa de lleno “con la atribución de la naturaleza de intereses constitucionalmente protegidos a intereses de matriz exquisitamente privada, como son la competitividad y la viabilidad de cada empresa en particular”. Acierta también el voto particular de Valdés Dal-Ré al rechazar la relevancia de las características legales del arbitraje obligatorio (la triple limitación causal, sustantiva y temporal, la subsidiariedad o el control judicial) desde la perspectiva del ajuste constitucional de esta medida pues, como se afirma, evidencia que el canon de proporcionalidad se agota en un juicio de legalidad, que en definitiva “esa razonabilidad se fundamenta en la existencia misma de los límites que legalmente habilitan”.

admisible constitucionalmente fuera de tales parámetros, por ello, por ejemplo, el TS sólo admite la inaplicación del convenio en situación de ultraactividad sino lesiona el procedimiento de negociación colectiva¹³ o se exige la actualidad y novedad de las causas justificativas de la inaplicación¹⁴.

Y en tercer lugar, la inaplicación del convenio a través de una decisión o laudo, no resulta admisible si no se ha respetado la subsidiariedad de la intervención arbitral. En la aplicación de la doctrina constitucional, el TS ha dado valor sustantivo a la naturaleza subsidiaria de esta intervención, afirmando que sólo es posible cuando fracasa la negociación, lo que sólo acontece si ha existido una verdadera negociación entre las partes. La subsidiariedad, en buena lógica jurídica, exige que los previos escalones o requisitos se hayan superado con suficiencia. Únicamente cabe instar el pronunciamiento de terceros cuando ha fracasado la negociación; y esto último solo ha podido ocurrir cuando haya mediado verdadera negociación colectiva¹⁵. En definitiva, de la subsidiariedad de la decisión y laudo arbitral se deduce que las irregularidades procedimentales y no sólo la falta de las consultas o del cumplimiento de los trámites preceptivos previos, impedirán también una decisión estimatoria de la inaplicación del convenio colectivo.

3. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA POR EL ART. 82.3 ET

El art. 83.2 LET permite inaplicar en la empresa determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable sea este de sector o de empresa. Para analizar el ámbito de aplicación de esta medida se abordará, en primer lugar, el convenio colectivo objeto de inaplicación, su naturaleza jurídica, ámbito funcional y vigencia. En segundo lugar, se estudiarán las condiciones de trabajo que pueden ser inaplicadas a través de este instrumento. Previamente, hemos de hacer una breve referencia a la aplicación del procedimiento del art. 82.3 ET en el sector público, a la luz de la doctrina jurisprudencial.

Como han aclarado los órganos judiciales, el art. 82.3 ET no resulta aplicable, cuándo la inaplicación convencional opera *ope legis*, derivada de mandato legal, tal y como ha acontecido en relación con las restricciones salariales del personal laboral del Sector Público. En estos casos, la doctrina jurisprudencial ha declarado que los cambios en el contenido del contrato de trabajo que derivan del mandato de una Ley no necesitan implementarse a través del cauce del art.

¹³ STS de 23/12/2015 (RJ 2015\6215), (FJ4).

¹⁴ STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514). SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) confirmada por STS de 23/09/2015 (Rec. 314/2014).

¹⁵ STS de 15/09/ 2015 (RJ 2015\4734).

41.ET o de la inaplicación de convenio contemplada en el artículo 82.3 ET. En estos casos, en los que existe una norma con rango de Ley que incide sobre el alcance de derechos previamente reconocidos en convenio colectivo, lo que viene a sentarse, con el reiterado aval de la jurisprudencia constitucional, es la necesaria preeminencia de la norma jerárquicamente superior¹⁶.

Ahora bien, tal doctrina no se extendería a la inaplicación de otras regulaciones convencionales sobre derechos económicos, si no existe una norma legal que haya eliminado directa o indirectamente el beneficio económico de que se trate¹⁷. Esta cuestión hunde sus raíces en los problemas de aplicación del art. 82.3ET en el ámbito del Sector Público, y cuyo estudio desbordaría el objeto del presente trabajo¹⁸. Como se recordará la previsión del art. 38.8 EBEP sobre suspensión de derechos reconocidos por pactos y acuerdos por razones de interés público se extendería por el RDL 20/2012, de 13 de junio, a los convenios colectivos del personal laboral (art. 32 EBEP). Ahora bien, la anterior solución queda limitada al ámbito de aplicación del EBEP, de ahí la importancia de la doctrina jurisprudencial antes señalada, pues la misma se extiende a todo el personal del sector público estatal.

3.1. El convenio colectivo afectado por la inaplicación

De partida, hemos de precisar en relación con el convenio afectado que a través del procedimiento previsto por el art. 82.3 ET no sería posible inaplicar simultáneamente varios convenios colectivos que eventualmente fueran aplicables en la empresa. La Audiencia Nacional declaró en relación con esta posibilidad que el régimen de inaplicación de convenios, regulado en el art. 82.3ET, no permite la inaplicación simultánea de todos los convenios provinciales aplicables en una empresa, aunque concurra causa y haya conformidad con la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, porque la inaplicación del convenio constituye una excepción a la regla de eficacia general del convenio, de manera que su inaplicación solo podrá acordarse con los representantes de los centros de

¹⁶ V. las sentencias citadas por STS de 26/11/2015 (Rec. 347/2014) y STS de 13/05/2015 (Rec. 80/2014).

¹⁷ V. STS de 15/03/2017 (Rec.159/2016) que confirma SAN de 22/03/2016 (Rec. 23/2016) y declara la nulidad de la decisión unilateral de la empresa de no abonar a sus trabajadores, una prestación complementaria en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo, por suponer una inaplicación de Convenio sin seguir los trámites establecidos en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Como aclara la Sala, ni el RDL 20/2012, ni las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han restringido el complemento por IT y la equiparación de restricciones retributivas que se ha producido entre el personal laboral de la Administración General y el del sector público estatal (dentro del cual están los empleados de Ibermutuamur) no debe llevar a la equivocación de extender todas las normas restrictivas.

¹⁸ Sobre el tema, J. Cruz Villalón, El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, en *Temas laborales*, 117/ 2012, pp. 13-56

trabajo, a los que se aplicaba cada uno de los convenios, aplicándose el principio de correspondencia exigido por el art. 41.4ET¹⁹.

Centrando ya nuestra atención en el convenio colectivo afectado, por lo que se refiere a la naturaleza del producto de la negociación colectiva cuya inaplicación se debe sustanciar a través del procedimiento del artículo 82.3 ET, este es exigible sólo e relación con los convenios colectivos estatutarios²⁰, y no para la modificación de convenios o acuerdos extraestatutarios²¹, así por ejemplo se ha afirmado en el supuesto de que el convenio colectivo no hubiera sido registrado y publicado²².

Ahora bien, dado que el convenio colectivo no es el único producto susceptible de intervenir en la regulación de las condiciones de trabajo en la empresa y el legislador también regula otros productos negociales distintos del convenio colectivo a los que atribuye la misma eficacia que los convenios colectivos del Título III ET, la conclusión a la que ha llegado la doctrina judicial es que su modificación a iniciativa del empresario no puede llevarse a cabo por la vía del art. 41 ET, sino por el cauce previsto en el art. 82.3 ET²³. Así se ha declarado expresamente que la inaplicación de un acuerdo, pactado en procedimiento de mediación ante el SIMA y publicado en el BOE, sólo puede instrumentarse por el procedimiento de inaplicación de convenio colectivo²⁴. Igualmente, el art. 82.3

¹⁹ SAN de 25/09/2014 (AS 2014\2803): En consecuencia, el acuerdo alcanzado es nulo pues ha utilizado fraudulentamente el procedimiento del art. 82.3 ET. Téngase en cuenta que si no se alcanza acuerdo, el paso siguiente de gestión de la discrepancia ante la comisión paritaria habría de resolverse por la comisión paritaria de cada convenio lo que podría dar lugar a resoluciones diversas.

²⁰ V. Decisión del Pleno de la CCNCC de 1 de agosto de 2013 (ex. 18/2013) que desestima la inaplicación propuesta del Reglamento de Previsión Social al acreditarse en el expediente la naturaleza de acuerdo estatutario. Frente a la pretensión de que tenía naturaleza de acuerdo para materias concretas, la CCNCC entiende que no consta que el Reglamento del Plan de Previsión Social haya sido comunicado a la Autoridad Laboral, registrado ni publicado en Boletín Oficial.

²¹ V. Acuerdo CCNCC Pleno extraordinario de 12/09/2012, (ex. 09/2012,), en el que la CCNCC se ha declarado incompetente para conocer de la inaplicación del XVI convenio colectivo de la Industria Química por su carácter de extraestatutario. En el mismo sentido, y también respecto del CC de la Industria Química, vid STSJ Cataluña de 18/12/ 2013 (AS 2014, 1146)

²² Incluso constando la legitimación plena de las partes negociadoras, v. STS de 22/01/2014 (RJ 2014, 1275) en relación con el «Acuerdo sobre Estructura y Contenidos del Convenio Colectivo Único de Heineken España SA..

²³ Deben ser objeto de inaplicación por el procedimiento del artículo 82.3 ET laudos, acuerdos de mediación y resoluciones de las comisiones paritarias, reguladas en el Título III ET y a las que el legislador reconoce eficacia jurídica de convenio colectivo, V. F. Cavas Martínez, “El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias” en Aranzadi Social núm. 11/2014. A. Roldán Martínez, M.M. Alarcón Castellanos, “El “descuelgue” y el concepto de convenio colectivo aplicable”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 176/2015.

²⁴ SAN de 31/10/2014 (Rec. 152/2014).

ET establece el procedimiento adecuado para inaplicar laudos dotados de la misma eficacia jurídica²⁵.

Más concretamente, esta cuestión también se ha suscitado en relación con los acuerdos o los laudos de inaplicación de convenios colectivos, es decir, si sería o no posible su modificación por el procedimiento del art. 41 ET, atendiendo a que el legislador no les atribuye la eficacia de un convenio colectivo estatutario²⁶. Sea cual sea la razón para no dotarles de igual eficacia que el legislador otorga a los acuerdos y laudos relativos a la interpretación de los convenios colectivos²⁷, tal posibilidad debe ser rechazada, a mi juicio, pues, en este caso, la interpretación derivada de la literalidad de la ley conduciría a un resultado contrario a la propia regulación legal, que subvertiría el orden normativo estatutario²⁸. El acuerdo y el laudo de inaplicación integran, modificándolo, el convenio colectivo aplicable por lo que su modificación no puede alcanzarse a través de la vía de del art. 41 ET.

Es más, el acuerdo o el laudo de inaplicación tampoco pueden ser nuevamente inaplicados por la vía del art. 82.3 ET, salvo en circunstancias excepcionales, que determinen la concurrencia de nuevas causas no previstas en el anterior procedimiento de inaplicación²⁹. Incluso, hemos de aclarar que tampoco puede ser objeto de inaplicación un acuerdo SIMA que ponga fin a un procedimiento de inaplicación convencional, en el que entre otras estipulaciones se haya dejado sin

²⁵ La SAN de 4/07/2013 (AS 2013, 2940) admite que el proceso del art. 82.3 ET es el adecuado para inaplicar el laudo arbitral dictado en el conflicto planteado entre Iberia LAE, SAU, Operadora, y el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas, que derogó y sustituyó el VII convenio colectivo, ya que tiene la misma eficacia que el convenio colectivo derogado, a tenor con lo dispuesto en el art. 91.2 ET.

²⁶ SAN de 11/02/2014 (JUR 2014, 48758) niega carácter de convenio colectivo a la decisión dictada por la CCNCC y al laudo arbitral.

²⁷ Se ha afirmado que el ET no les atribuye igual eficacia que un convenio colectivo, lógicamente, pues se trata de una decisión dirimente resultante del arbitraje obligatorio de órganos con participación de las Administraciones públicas, M.E. Casas Baamonde, Mediación, arbitraje y período de consultas, en Relaciones Laborales, nº. 4/ 2013.

²⁸ No se comparte así el laudo arbitral recaído en el expediente 10/2013, que para acuerdos de empresa modificativos del convenio de empresa al tener naturaleza de acuerdos de empresa, no procedía la inaplicación por la vía del art. 83.2 sino del 41 ET.

²⁹ Decisión de la Comisión Permanente de 8/04/2014 (ex. 4/2014), la CCNCC por unanimidad no admitió la apertura de un nuevo procedimiento de inaplicación que pretendía afectar al contenido del laudo arbitral dictado en un procedimiento anterior, porque la empresa no había realizado una actividad probatoria o argumentativa que demostrara que las circunstancias económicas y productivas alegadas hubieran cambiado sustancialmente en los escasos meses transcurridos desde la emisión del Laudo arbitral, que se encontraba vigente hasta el momento en que fuera aplicable un nuevo convenio colectivo.

V. STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734); SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) Confirmada por STS de 23/09/2015 (Rec314/2014); SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) que declaro ajustada a Derecho la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la propuesta de inaplicación de la empresa UNIPOST SAU.

efecto la pretensión de inaplicación del convenio colectivo³⁰. Este tema, que se ha suscitado en más de una ocasión en la práctica y relacionado con la reiteración de la solicitud de inaplicación se tratará más adelante.

Otra de las cuestiones que han de ser abordadas en este momento se refiere al ámbito del convenio colectivo objeto de inaplicación pues el procedimiento del art. 82.3 ET permite inaplicar en la empresa, el convenio colectivo aplicable, sea de sector o de empresa. Aunque en su configuración teórica la inaplicación convencional aparece vinculada a la imposibilidad de la empresa de asumir regulaciones supraempresariales y en cierta medida en estos términos también se expresa el TC al admitir la constitucionalidad de la misma, la literalidad de la ley no ofrece duda que la empresa puede solicitar la inaplicación del propio convenio y que pueden coincidir las partes del procedimiento de inaplicación con las firmantes del convenio colectivo. El convenio de empresa objeto del procedimiento de inaplicación puede ser además un convenio empresarial de franja como se comprueba en la práctica³¹.

Más allá de lo anterior, la doctrina científica se ha planteado la cuestión relativa a la posibilidad de inaplicar otros convenios colectivos, como pudieran ser los convenios de centro de trabajo o los convenios de grupo de empresa.

De partida, debe recordarse, que el art. 82.3 ET debe ser interpretado de forma restrictiva es decir en los propios términos utilizados por el legislador, en cuanto la inaplicación convencional actúa como excepción a la eficacia vinculante del convenio, por lo que debe ser excluida la extensión de tal inaplicación a convenios de ámbito inferior al de empresa. A estos efectos, puede traerse a colación la última jurisprudencia recaída en relación con el art. 84.2 ET que limita la preferencia aplicativa al convenio de empresa sin posibilidad de extensión al convenio de centro de trabajo³². En el mismo sentido, puede también alegarse que las referencias de

³⁰ STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) que confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA con fecha de 21/02/2014 por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas. Tal acuerdo no fue respetado por la mercantil demandada que tampoco lo impugnó. Posteriormente, el proceso de descuelgue se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo impugnado tampoco dicho acuerdo. La empresa sin embargo recabó la intervención de la CCNCC que actuó, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando árbitro cuya decisión por este motivo se anula

³¹ STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) y SAN de 19/06/2013 (Rec. 211/2013) relativo a la inaplicación de condiciones del convenio entre la empresa AIR NOSTRUM y sus trabajadores pilotos.

³² De conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS recaída en relación con el art. 84 ET que niega la preferencia aplicativa a los convenio colectivos de ámbito inferior a la empresa: STS de 9/05/2017 (Rec. 115/2016) y STS de 22/09/2016.

la admisión constitucional de tal medida son siempre a parámetros relativos a una unidad económica empresarial, como la estabilidad, productividad, competitividad y proyecto empresarial³³. Tanto la literalidad del art. 82.3 ET, como los términos en los que el mismo supera el test de inconstitucionalidad y el propio significado de esta medida, permiten plantear algunas dudas en torno a una interpretación a favor de la inaplicación del convenio colectivo de centro de trabajo³⁴.

Por el contrario, si sería asumible una interpretación favorable³⁵ por lo que se refiere a la eventual inaplicación de un convenio supraempresarial distinto del convenio de sector, pues aunque la referida naturaleza excepcional de la norma impone una interpretación estricta, no puede considerarse contrario a la lógica y a los presupuestos causales del art. 82.3 ET, la posibilidad de que una empresa pueda pretender el descuelgue o inaplicación por ejemplo de un convenio de grupo de empresas.

Finalmente, hemos de señalar que en la práctica aplicativa del art. 82.3 ET se ha suscitado la pregunta de si es posible la inaplicación de un convenio colectivo denunciado, en situación de ultraactividad. De conformidad con el citado precepto, el convenio colectivo afectado por la inaplicación será el convenio colectivo aplicable y este es aplicable también durante su vigencia prorrogada y durante la fase de ultraactividad. La respuesta doctrinal a esta cuestión ha sido afirmativa a tenor de la propia literalidad del art. 82.3 ET al referirse al convenio aplicable y al indicar además que el acuerdo de descuelgue no podrá prolongarse más allá de que resulte aplicable el nuevo convenio en la empresa, por lo que se extendería también a la fase de ultraactividad del convenio. De esta forma, puede afirmarse que no existiría, en principio, ningún límite temporal inicial ni final para activar la inaplicación del convenio durante su vigencia, aunque algún autor mostraba, acertadamente, cierta estupefacción. tanto en relación con una inaplicación en los momentos iniciales de la vigencia del convenio colectivo como, cuando ya denunciado y en fase de ultraactividad, debe renegociarse un nuevo convenio colectivo³⁶.

³³ Como declararía el TC, el art. 82.3 LET al posibilitar la adaptación por la empresa de las condiciones laborales fijadas por el convenio a las circunstancias sobrevenidas constituye, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET, cuya finalidad constitucionalmente legítima sería conjurar el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la “estabilidad de la empresa”, “facilitar la viabilidad del proyecto empresarial”, “la productividad y competitividad empresarial” Sentencia núm. 119/2014 de 16 julio (FJ5).

³⁴ Para la interpretación amplia seguida por la doctrina, v. E. Castro Marín, *El Descuelgue de Convenio Colectivo*, Tirant lo Blanch, 2016 p.224.

³⁵ V. J.M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, 2012. p. 81; M.A. Castro Arguelles, op. cit., p. 212.

³⁶ V. J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 82. En efecto, durante la fase de ultraactividad del con-

En igual sentido la cuestión fue resuelta por la STS de 23/12/2015 que introduce no obstante una importante aclaración³⁷. Para el TS es válido el descuelgue respecto del convenio colectivo en ultraactividad, toda vez que promover un proceso de descuelgue no constituye un claro fraude de ley, por cuanto, en todo caso, el descuelgue se produce respecto del convenio que está vigente, y no sustituye, ni limita el procedimiento ordinario de negociación de un nuevo convenio colectivo.

Por ello, aunque sea en principio posible la inaplicación de un convenio denunciado y en fase de ultraactividad será preciso valorar si la petición de descuelgue no se alza como un mecanismo de presión empresarial durante el proceso negocial, en claro fraude de ley. Debe tenerse a estos efectos presente los estrictos términos en los que el TC ha formulado la admisibilidad constitucional de la inaplicación convencional, como medida dirigida a la adaptación de las condiciones de trabajo ante causas sobrevenidas.

3.2. Las materias concernidas por la inaplicación convencional

De conformidad con el art. 82.3 ET, la empresa podrá inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, que afecten a la jornada de trabajo, al horario y la distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento, a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39ET y a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social³⁸.

Como se sabe, la reforma de 2012 culmina un proceso de unificación y ampliación de las materias concernidas por este procedimiento, englobando la cuantía salarial junto a las condiciones de trabajo, que ya incluyen además de las funciones (introducidas por Ley 35/2010) la jornada y las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Se trata de un listado amplio aunque cerrado que ha obligado a realizar una delimitación de las materias incluidas en el mismo.

Este listado de materias es un “*numerus clausus*”³⁹, pero como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial es susceptible de interpretación extensiva y

venio colectivo, sería aplicable la regulación establecida por el art. 86.3 ET según la cual el mecanismo y los resultados de la negociación son diversos, de forma que podría rechazarse la aplicación del citado art. 82.3 ET, atendiendo al principio de aplicación preferente de la norma especial sobre la general, v ampliamente sobre el tema Laudo Arbitral (Andalucía) de 19/12/2012 (Ex. SNC/47/2012/Desc/01).

³⁷RJ 2015, 6215. En igual sentido: STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514).

³⁸Donde se incluyen por ejemplo los fondos de ayuda social: SAN 3/04/ 2017 (AS 2017, 560), así como los complementos por incapacidad temporal: SAN 22/03/2016 (AS 2016, 901).

³⁹STS de 27/5/2013 (RJ 2013, 5712).

así se ha considerado que las modificaciones convencionales relativas al descanso vacacional tienen cabida en la materia de distribución del tiempo de trabajo, incluida en el apartado b) del art. 82.3ET⁴⁰.

Por el contrario, también se ha aclarado, que aun partiendo de tal posibilidad de interpretación extensiva, la fecha de pago de los salarios y de las pagas extraordinarias no son materias susceptibles de incardinarse en el sistema de remuneración, motivo por el cual no caben dentro del mecanismo previsto en el artículo 82.3 ET. Al referirse expresamente el citado precepto al “sistema de remuneración y cuantía salarial” no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración (criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos) y la cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente la norma⁴¹.

De otra parte, el art. 82.3 ET establece que “el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa”. Lo anterior excluye de inaplicación aquellas regulaciones convencionales que aún referidas a cualquiera de las materias listadas, y no sólo a la cuantía salarial, se dirijan a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Esta salvedad a la técnica de inaplicación pese a su importancia no ha tenido transcendencia práctica, pues desde las representaciones sociales que actúan en los mismos no se exige, por ejemplo, a la empresa informe de impacto de género de la inaplicación convencional. Se trata, por lo demás, de una cuestión que, con alguna excepción, se encuentra inédita en la aplicación práctica del art. 82.3ET⁴².

⁴⁰ SAN de 9/6/2015 (JUR 2015, 157995).

⁴¹ SAN 7/04/2017 (AS 2017\382) (en relación con la solicitud del aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad así como del abono del salario pactado) Añade la Sala que en otro caso el legislador habría optado por referir “la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivos”. La percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, no puede tener encaje en dicho precepto ya que se encuentra dentro de los derechos básicos de la relación de trabajo que el artículo 4.2 f) del ET reconoce a los trabajadores. Cuya liquidación y pago no podrá exceder de un mes (art.29 ET) y por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, el artículo 31 ET concreta que una de las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador es con ocasión de la fiesta de Navidad, pudiéndose prorrateadas las pagas en 12 mensualidades, preceptos acordes con el mandato contenido en el artículo 12 del convenio nº 95 de la OIT.

⁴² La cuestión sólo aparece reflejada de forma indirecta en la STSJ Cataluña 13/07/2016 (AS 2016\1514) que conoce la impugnación del laudo arbitral desestimatorio de la petición de inaplicación, entre otras causas, porque no se había acreditado por la empresa el impacto de género que podía tener la implementación de la medida, lo que iba en contra de lo dispuesto en el art. 82.3 ET.

Finalmente, hemos de recordar que el art. 82.3 ET resulta aplicable aun cuando la modificación de la regulación convencional sobre alguna de aquellas materias no sea sustancial. Como se sabe, esta es una de las diferencias existentes entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la inaplicación de las materias reguladas en convenio colectivo, pues sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue⁴³.

4. EXIGENCIAS CAUSALES PARA LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL

En el régimen unificado de inaplicación convencional, establecido desde 2012, esta medida se encuentra sometida a la concurrencia de causas económicas técnicas organizativas o de producción. La causa económica se identifica con una situación económica negativa, por ejemplo por la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas (si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior). Se entiende que concurren causas técnicas, organizativas o de producción cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En el vigente modelo el cambio en el presupuesto causal de la inaplicación convencional ha sido relevante pues, de conformidad con las previsiones anteriores, el descuelgue salarial del art. 82.3 ET sólo admitía motivación económica y, en las inaplicaciones genéricas del art. 41.6 ET, la exigencia de causa quedaba diluida ante la existencia de acuerdo colectivo. En efecto, en su redacción de 2010 el art. 82.3 ET permitía inaplicar en la empresa el régimen salarial previsto por el convenio de sector “cuando la situación y perspectivas económicas de ésta

Por parte de la empresa se alegó que era incierto y que no había sido alegado por las partes durante las negociaciones previas al sometimiento a arbitraje este motivo. Para la Sala, en este caso y aun siendo cierto lo manifestado por la empresa, que podría tener encaje en la imposibilidad de que el árbitro resuelva sobre puntos no sometidos a su decisión, se puede considerar que se trata de un razonamiento “además de” para denegar el descuelgue, lo que no implica la nulidad del arbitraje sino el no tenerlo en consideración en la resolución del procedimiento.

⁴³ La STS de 29/06/2017 (RJ 2017,3363) señala que debe seguir el trámite del art. 83.2 del ET, aunque el cambio sea de escasa importancia, como el caso de los límites máximos de las comidas y cenas. V. SSTs de 30/06/2016 (RJ 2016, 3939) y de 17/12/2014 (RJ 2015, 1259).

podieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma”. Lo relevante pues no era tanto la concurrencia de la causa cuanto la finalidad alcanzada con la inaplicación del convenio colectivo⁴⁴, que era evitar un daño sobre la situación económica de la empresa que pusiera en riesgo el mantenimiento del empleo en la misma. Por su parte, el apartado 6 del art. 41 ET en su redacción de 2010 afirmaba que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET se podrá efectuar en todo momento por acuerdo entre la empresa y los representantes legales o sindicales de los trabajadores, en cuyo caso se entenderá que concurren las causas justificativas.

La actual regulación, de un lado, ha flexibilizado la causa económica y ha incluido expresamente causas técnicas organizativas y productivas para justificar la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo. Este cambio se inserta en la tendencia general de facilitar las medidas de flexibilidad interna y externa de las empresas pues la exigencia de causas empresariales para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y para los despidos colectivos se han flexibilizado progresivamente, para facilitar su uso por las empresas, a la vez que la regulación legal ha perfeccionado su delimitación para hacer lo más objetivo posible el control judicial de concurrencia de las mismas.

Pero, de otro lado, en el vigente sistema de inaplicación convencional las exigencias causales cobran mayor importancia, al ser posible la inaplicación convencional al margen de acuerdo con los representantes, pues en la práctica jurisprudencial anterior ante la existencia de acuerdo no se desarrollaba un control causal de la inaplicación convencional.

Además, se establece la exigencia causal de forma paralela (y gradualista) con los diversos instrumentos de reordenación y reestructuración de plantilla, modificación sustancial, movilidad geográfica, suspensión, reducción de jornada y despidos objetivos⁴⁵. Pues bien, esta reunificación de las causas de los diversos instrumentos de flexibilidad interna y externa en la empresa en la práctica ha determinado, por la comunicación de la doctrina judicial y jurisprudencial sobre el art. 41 ET y el art. 51 ET, una gran relevancia de la causa de la inaplicación convencional frente al régimen normativo precedente y consiguientemente un control judicial estricto de los presupuestos causales.

⁴⁴F. Valdés Dal-Ré, Hacia un derecho común de la flexibilidad interna, en *Relaciones Laborales*, 19-20/2012, p. 5.

⁴⁵Por lo que podría sostenerse una cierta gradación entre las diversas medidas, aunque nada impide que puedan utilizarse simultáneamente, medidas de flexibilidad interna, inaplicación convencional y despidos, sin que el legislador haya previsto expresamente articulación alguna entre las mismas.

Ello se comprobará rápidamente al analizar la documentación que el empresario debe aportar, por ejemplo, para acreditar la concurrencia de la causa, en las consultas ante los representantes o posteriormente ante la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente. E igualmente se constata al abordar el control del cumplimiento del presupuesto causal tanto por las decisiones administrativas y laudos arbitrales como por los órganos judiciales.

En efecto, del marco normativo aplicable se deduce que la concurrencia de la causa exige acreditar y permite un control (administrativo y judicial) no sólo de la realidad de las causas alegadas por la empresa, sino que también, una vez constatada la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, debe examinarse si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la inaplicación convencional pretendida por la empresa⁴⁶. Además, la causa empresarial que justifica la inaplicación del convenio colectivo ha de ser real, actual y sobrevenida a la fecha de la firma del convenio.

En definitiva, el descuelgue convencional se caracteriza por la mayor transcendencia del elemento causal y las exigencias de razonable adecuación entre la causa y la inaplicación pretendida.

Ya hemos adelantado que en la aplicación de esta medida por los órganos judiciales ha cobrado protagonismo su vertiente de instrumento de flexibilidad interna para la empresa, lo que está determinando una importancia creciente del presupuesto causal justificativo del descuelgue del convenio colectivo. Tanto para las decisiones y laudos de inaplicación como para las resoluciones judiciales de control de las mismas, la exigencia causal está siendo un elemento clave para estimar o desestimar la pretensión empresarial de descuelgue. Como se podrá comprobar a lo largo de este trabajo, cuestiones relativas a la reiteración de la propuesta de inaplicación, al tiempo transcurrido desde el inicio del convenio, o incluso del plazo para presentar la solicitud ante la CCNCC, tras el fracaso de las consultas, se resuelven recurriendo al presupuesto causal, a su actualidad, carácter sobrevenido y suficiencia. En definitiva, hemos de adelantar la conclusión de que la estricta exigencia del presupuesto causal, seguida por las decisiones administrativas, los laudos arbitrales y las decisiones judiciales, está determinando una aplicación restrictiva y, a mi juicio, acertada de una medida excepcional como es la inaplicación del convenio colectivo.

Baste por ahora lo apuntado, en relación con las causas justificativas de la inaplicación de un convenio colectivo, sin perjuicio de que el tema exigirá un tratamiento en otros apartados. La justificación causal del descuelgue propuesto

⁴⁶ SSAN de 2/11/2012 (AS 2013\ 5) y 28/01/2013 (AS 2013\1071).

se exige al empresario desde el inicio del procedimiento para la inaplicación convencional y en esa fase inicial será analizado después desde la perspectiva de la obligación de información y documentación exigida al empresario para acreditar la concurrencia de la causa alegada. Más adelante, al estudiar el control por parte de la CCNN o el órgano autonómico correspondiente de la concurrencia de la causa se concretará el contenido y alcance de esta exigencia causal.

5. PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES CONVENCIONALES

La inaplicación de las condiciones de trabajo fijadas por convenio colectivo está sometida a un procedimiento complejo que se estructura en distintas fases confiadas respectivamente, a la autonomía colectiva, a los órganos de solución extrajudicial de conflictos colectivos y finalmente a una intervención heterónoma y obligatoria a propuesta de una de las partes, de la CCNCC o de los órganos autonómicos correspondientes.

El art. 82.3 establece un proceso para la inaplicación del convenio que se inicia con el denominado “periodo de consultas” entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar que puede finalizar con acuerdo. En caso contrario y antes de acudir a la intervención externa y obligatoria se predisponen otras instancias de solución de la discrepancia que ayudan a la admisibilidad de aquella intervención. Se predispone así una doble solución escalonada para la gestión del desacuerdo, en primer lugar la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y en segundo lugar, la actuación de los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos.

Este “complejo sistema legal para el descuelgue, estructurado en sucesivas etapas”⁴⁷, se estudiará, a lo largo de los siguientes epígrafes en tres apartados distintos. En este epígrafe se abordaran cuestiones comunes, relativas al ámbito en el que puede proponerse y por tanto negociarse la inaplicación convencional y los sujetos legitimados para ello, así como al papel que corresponde a los convenios colectivos para completar el procedimiento legal de inaplicación.

Previamente, hemos de aclarar que resulta admisible que un procedimiento de modificación sustancial ex art. 41 ET amplié su objeto, en la fase de consultas, iniciándose la pretensión de inaplicación del convenio colectivo, siempre que se cumplan todas las exigencias procedimentales del art. 82.3 ET⁴⁸. De otra parte, debe también tenerse presente que el procedimiento de despido colectivo es un

⁴⁷ STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013).

⁴⁸ SAN de 21/09/2012 (Rec. 240/2012)(FJ4).

procedimiento adecuado para incluir propuestas empresariales de inaplicación convencional. Como ha señalado nuestro Tribunal Supremo es lícito negociar dentro de un mismo periodo de consultas medidas de flexibilidad interna y externa⁴⁹.

En definitiva, como ha declarado más concretamente el TS, es ajustado a derecho el laudo arbitral sobre inaplicación de condiciones de trabajo por causas económicas suficientemente fundamentado, por estar acreditadas las causas y haber existido negociación de buena fe en el período de consultas, pese a la negociación simultánea de la inaplicación convencional, una modificación sustancial de condiciones y un despido colectivo⁵⁰.

5.1. El ámbito de la inaplicación y los sujetos legitimados

El art. 82.3 ET permite inaplicar “en la empresa” condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable. Identificada en principio la empresa como el ámbito natural de la medida de inaplicación, el art. 82.3 ET es preceptivo, fuere cual fuere el número de los trabajadores afectados⁵¹. Esta afirmación nos conecta directamente con la pregunta de si la medida de inaplicación puede ir referida sólo a parte de la plantilla de la empresa. Esta posibilidad, admisible desde una perspectiva teórica, exige a la empresa, tal y como ha establecido la CCNCC, acreditar que la diferencia de trato entre trabajadores obedece a una justificación objetiva y razonable⁵².

En segundo lugar, la cuestión que suscita el ámbito de afectación de la inaplicación del convenio colectivo es si serían admisibles ámbitos inferiores o superiores a la empresa, uno o varios centros de trabajo o un grupo de empresa, por ejemplo. En favor de tal posibilidad se ha argumentado la remisión del art. 82.3 ET al art. 87 ET (para determinar los sujetos legitimados para negociar el acuerdo de descuelgue), precepto que identifica el centro de trabajo y el grupo de empresas como unidades negociales.

Pues bien, partiendo de un interpretación restrictiva acorde con la naturaleza excepcional de esta medida, y a tenor del marco regulador y la remisión al art. 41.4 ET, resulta admisible que la afectación de la medida de inaplicación del convenio quede referida al centro de trabajo. Tanto el art. 82.3 ET, como el RD

⁴⁹ Siempre que los sujetos legitimados para componer la comisión negociadora sean los mismos, pues se trata de una misma situación de crisis, lo que no admitiría negociaciones fragmentadas: STS de 16/09/2013 y SSAN de 20/05/2013 y 14/05/2014. A favor de esta posibilidad opera la remisión al art. 41.4 ET que determina un régimen unificado en cuanto a los sujetos legitimados para negociar todas estas medidas.

⁵⁰ STS de 23/09/2015 (RJ 2015\5512).

⁵¹ SAN de 9/6/2015 (JUR 2015, 157995).

⁵² Expediente Inaplicación 03/2014, Decisión de desestimación por parte de la CCNCC.

1362/2012 por el que se regula la CCNCC hacen referencia a los centros trabajo al referirse al ámbito de afectación de la inaplicación de las condiciones de trabajo. Más claramente el art. 41.4 ET, al determinar los sujetos legitimados en el periodo de consultas, distingue según el procedimiento de modificación afecte a uno o a más centros de trabajo. En definitiva, el principio de correspondencia entre los sujetos legitimados, que son los definidos por el citado art. 41.4 ET, y el ámbito del acuerdo de descuelgue convencional lleva a igual conclusión, la admisión del centro de trabajo como ámbito de afectación de la inaplicación del convenio colectivo.

Ahora bien, la anterior conclusión debe completarse añadiendo, como ha apuntado ya nuestra doctrina, que la selección del ámbito de inaplicación no puede ser una decisión puramente discrecional sino que ha de presentar cierta razonabilidad, pues en caso contrario introduciría diferenciaciones injustificadas entre los trabajadores de una misma empresa. Y a estos efectos, se ha previsto diversa solución en relación con la procedencia del centro de trabajo como ámbito para la inaplicación convencional según se invoque una causa económica, o causas técnicas organizativas o productivas, admitiéndose sólo en este último supuesto⁵³. Téngase además presente que la admisión constitucional de esta medida hace referencia a parámetros relativos a la unidad económica empresarial como la estabilidad, productividad, competitividad y proyecto empresarial, que deben estar comprometidos aun cuando la medida afecte a un solo centro de trabajo.

Una consideración separada merece el grupo de empresas, ámbito que es relevante a los efectos de valorar la concurrencia de causa económica que justifique la inaplicación convencional. Ahora bien, que el grupo empresarial pueda ser ámbito de afectación del procedimiento de inaplicación convencional regulado por el art. 82.3 ET, posibilidad también avalada por la doctrina citada, puede suscitar alguna duda. De partida, el supuesto de hecho debe ser que un solo convenio resulte aplicable a todas las empresas del grupo, pues ya hemos hecho referencia a la dificultad del procedimiento del art. 82.3 ET para inaplicar más de un convenio colectivo. Partiendo de tal supuesto, sería preciso superar, en segundo lugar, los problemas derivados de la aplicación del art. 41.4 ET, precepto relativo a los sujetos legitimados y que no prevé tal ámbito de afectación. Finalmente, la interpretación restrictiva de una medida tan excepcional como el descuelgue convencional también abogarían por rechazar la admisión del grupo empresarial como posible ámbito de afectación⁵⁴.

⁵³ J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 67; F. Cavas Martínez, op. cit..

⁵⁴ La doctrina jurisprudencial en materia de despidos colectivos sobre grupos de empresa a efectos laborales y la legitimación del grupo empresarial laboral para promover un despido colectivo no resulta a mi juicio aplicable pues responde a una finalidad de tutela de los trabajadores que

Por lo que respecta a los sujetos legitimados en este procedimiento de inaplicación convencional, de una parte, el art. 82.3 ET remite al art. 87.1 ET a los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo, para determinar los sujetos legitimados para la adopción del acuerdo de descuelgue entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sin embargo y de otra parte, el art. 82.3 ET remite al art. 41.4 ET para identificar, concretamente, a los sujetos legitimados como interlocutores ante la empresa en el procedimiento de consultas dirigido a alcanzar aquel acuerdo. Esta remisión a la regulación común para los procedimientos de consulta, concreta las reglas de determinación de los sujetos legitimados para negociar la inaplicación, esto es para constituir la comisión representativa de los trabajadores. Tal y como acontece en otros ámbitos, se constituirá un única comisión negociadora, si bien de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Y por lo que respecta a las empresas sin representación, las comisiones ad hoc serán los sujetos legitimados para negociar la inaplicación convencional.

En el tratamiento de los sujetos legitimados para negociar la inaplicación del convenio colectivo, el legislador de 2010 y de 2012 ha primado la perspectiva de instrumento de flexibilización, remitiendo al art. 41.4 ET y olvidando el mandato constitucional de garantizar la eficacia vinculante del convenio colectivo. En este sentido debe destacarse que las exigencias de legitimación negocial son el presupuesto esencial de la negociación colectiva estatutaria. La razón de ser de una normativa específica frente al genérico art. 41 ET, cuando la modificación afecta al convenio colectivo, en relación con su propia ubicación sistemática en el Título III ET, pierde su significado si sujetos no legitimados para negociar un convenio estatutario pueden acordar su inaplicación, especialmente, en una empresa que carezca de representantes de los trabajadores.

A mi juicio, el legislador laboral, de conformidad con el mandato del art. 37.1 CE, debería haber limitado los sujetos legitimados para negociar y acordar la inaplicación de un convenio colectivo a los representantes legales de los trabajadores legitimados para negociar, excluyendo por tanto esta posibilidad excepcional si no existen tales representaciones sindicales. Los acuerdos de inaplicación de un convenio colectivo estatutario alcanzados entre la empresa y las comisiones *ad hoc* están, en la práctica de nuestro sistema de relaciones laborales, lesionando el derecho a la negociación colectiva. No en vano, el TS había afirmado que la negociación de un convenio colectivo y la de su inaplicación poseen regulaciones, objetivos, presupuestos y procedimientos diversos pero comparten exigencias subjetivas (legitimación, representatividad) y conductivas (actuación de buena

no concurre si lo que se pretende es ampliar el ámbito de afectación del descuelgue convencional.

fe)⁵⁵, afirmación que sólo se ajusta a la realidad normativa, en relación con las exigencias de buena fe negocial.

5.2. Marco normativo: regulación legal y regulación convencional

Junto con la regulación legal definida por el art. 82.3 ET el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo puede estar regulado por la negociación colectiva. Concretamente, el art. 41.4 ET al que remite el citado 82.3 ET, establece las reglas sobre el periodo de consultas “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”⁵⁶. Al margen de la fijación en convenio de un procedimiento de inaplicación paralelo al fijado legalmente, la cuestión que abordaremos ahora es la del papel que corresponde al convenio colectivo para modalizar o completar el sistema legal de descuelgue.

A este respecto, el art. 85.3 c) ET dispone que los convenios habrán de expresar como contenido mínimos, los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a las que se refiere el art. 82.3 ET. De esta manera, la citada norma establece una llamada al convenio colectivo referida exclusivamente a los procesos para resolver las discrepancias de la fase de consultas, es decir, paradójicamente para facilitar la inaplicación del convenio colectivo.

La cuestión es pues determinar el ámbito propio del convenio colectivo en el marco del vigente sistema de descuelgue, teniendo en cuenta que, como ya se ha señalado, el mismo significó una reacción a una regulación precedente que otorgaba a los convenios un amplio margen de regulación del régimen de descuelgue salarial, siendo claro el espíritu de la norma de restringir el campo de juego del convenio colectivo⁵⁷. De hecho, el único papel que la ley ha atribuido expresamente a los convenios colectivos en materia de inaplicación es la solución de discrepancias surgidas en los conflictos, es decir, propiciar o facilitar su inaplicación.

Pues bien, sin duda, lo anterior puede servir de argumento para avalar la doctrina judicial que otorgó prevalencia al art. 82.3 ET tras la reforma de 2012 frente a convenios colectivos vigentes, pero pactados con anterioridad, que establecían regulaciones más tuitivas de la intangibilidad del convenio colectivo, una doctrina judicial que permitió así a los empresarios seguir un régimen más fácil de descuelgue⁵⁸.

⁵⁵ STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

⁵⁶ La fijación en convenio colectivo de procedimiento para la inaplicación del convenio alternativo al previsto legalmente está prevista en el V ASAC (7/02/2012) al delimitar su ámbito de aplicación.

⁵⁷ F. Navarro Nieto, El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos, en *Temas Laborales*, 120/2013, p.250.

⁵⁸ Para la STSJ Andalucía, Granada, de 22/05/2013 (AS 2013\2006) el procedimiento estable-

Sin embargo, por lo que se refiere a los convenios colectivos posteriores a 2012, y con independencia del espíritu de la reforma legal, estos pueden desarrollar regulaciones sobre inaplicación convencional dentro del espacio vital propio de la autonomía colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales. Por tanto, los convenios colectivos podrán desarrollar previsiones sobre la inaplicación del convenio, respetando las garantías fijadas por el art. 82.3 ET, por ejemplo, los mínimos de derecho necesario establecidos en relación con el ámbito de aplicación, las exigencias de legitimación y de adopción de acuerdos en el periodo de consultas, o la remisión a las diversas instancias fijadas para la solución de las discrepancias surgidas.

Consecuentemente, en la medida que el convenio colectivo no puede afectar los mínimos de derecho necesario parece probable que la normativa convencional no pueda por ejemplo restringir el supuesto de hecho del descuelgue, ampliar las materias objeto de inaplicación definidas legalmente o limitar los sujetos legitimados. Por el contrario, si resultan admisibles, dentro del referido espacio natural del convenio, previsiones convencionales que imponen exigencias adicionales de comunicación a la Comisión paritaria del convenio tanto del inicio del procedimiento de inaplicación como de los acuerdos alcanzados; que concreten las causas económicas que justifiquen la solicitud de inaplicación convencional; o que, en relación con la resolución de las discrepancias en las consultas, disponen la preceptiva intervención de la comisión paritaria y, en su caso, el sometimiento a arbitraje vinculante del correspondiente servicio de mediación y arbitraje laboral⁵⁹.

Por lo que respecta a la intervención de los convenios colectivos en las exigencias causales, deben ser destacadas aquellas cláusulas convencionales que concreta la situación económica negativa determinante de la causa económica necesaria para la inaplicación del referido convenio⁶⁰. Se trata de una intervención que complementa la regulación legal que es abierta o ejemplificativa en relación con las causas, (“en casos tales como” “entre otros”), y que concretamente en relación con la causa económica establece un número abierto de ejemplos o supuestos determinantes de una situación económica negativa.

cido en el art. 82.3 ET, según redacción dada en 2012, prevalece sobre las previsiones del convenio colectivo, por lo que no se exigible, en este caso, el acuerdo unánime de la comisión paritaria; es lícita la reducción salarial aceptada por la mayoría de los representantes de los trabajadores, constando las causas económicas concurrentes.

⁵⁹ Capítulo III del Título Preliminar y Anexo VIII del VI Convenio General del Sector de la Construcción que remite al procedimiento establecido por el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos asumido por este convenio en su art. 116 (art. 17). Lo que significaría la remisión al Capítulo III del V ASAC.

⁶⁰ VI Convenio General del Sector de la Construcción, art. 16.

6. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN

Ya se ha afirmado que la inaplicación convencional está sometida legalmente a un procedimiento complejo, que es de naturaleza privada en una primera fase confiada a la autonomía colectiva, la fase de las consultas/negociación dirigidas a obtener un acuerdo colectivo de descuelgue convencional. Dispone el art. 82.3 ET que por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 ET, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa.

Como ha destacado nuestro Tribunal Supremo, la negociación de un convenio colectivo y la de su inaplicación poseen regulaciones, objetivos, presupuestos y procedimientos diversos pero comparten exigencias subjetivas (legitimación, representatividad) y conductivas (actuación de buena fe)⁶¹, afirmación, sin embargo, que sólo puede compartirse, como ya hemos señalado, en relación con las exigencias de buena fe negocial.

6.1. Comunicación de inicio de la dirección de la empresa

El procedimiento de inaplicación convencional se iniciará por la dirección de la empresa mediante la comunicación de inicio de las consultas, dirigida a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con el art. 41.4 ET al que remite el art. 82.3 ET. Con carácter previo la dirección de la empresa debe comunicar a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de inaplicación, a los efectos de la constitución de la comisión representativa de los trabajadores, que deberá producirse en el plazo de 7 días (o 15 días si alguno de los centros afectados carece de representantes) desde la fecha de la referida comunicación. Una vez constituida la comisión representativa de los trabajadores, o en todo caso transcurrido el plazo para su constitución, la dirección de la empresa comunicará el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La facultad de inicio corresponde pues al empresario, aunque de alguna regulación reglamentaria pudiera deducirse la posibilidad de inicio por ambas partes⁶².

En esta fase del inicio del procedimiento de inaplicación convencional han surgido ciertas dudas interpretativas, en relación con la inexistencia de un plazo desde la firma de un convenio colectivo para proponer su inaplicación y en re-

⁶¹ STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

⁶² Disposición adicional cuarta 3 a) del RD 713/2010 de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, al disponer que solicitara el depósito la parte que inicio el procedimiento de inaplicación.

lación con la posibilidad de reiterar este procedimiento a lo largo de la vigencia del convenio.

En efecto, ningún plazo desde el comienzo de la vigencia de un convenio limita la iniciación del procedimiento de descuelgue, pues la regulación legal no indica plazo alguno para que la empresa inicie el periodo de consultas para negociar el descuelgue del convenio aplicable, aunque si existen ejemplos en la práctica negocial anterior que fijaban límites temporales en torno a los 15 a 30 días desde la fecha de publicación del convenio colectivo. Sobre este tema hemos de tener en cuenta, que aunque la inaplicación de un convenio colectivo puede proponerse desde el momento de la firma del mismo, la doctrina judicial ha entendido que la inaplicación no resulta adecuada, por falta de causa, pues dado el poco tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio y el inicio del procedimiento para su inaplicación parcial, no concurrían circunstancias sobrevenidas en dicho periodo de tiempo que justificaran el descuelgue⁶³.

Por lo que respecta a la posibilidad de una nueva propuesta de inaplicación de un convenio colectivo, ésta ha sido una cuestión planteada en la práctica en varias ocasiones. Tanto la CCNCC como los órganos autonómicos correspondientes han desestimado en ocasiones una nueva inaplicación convencional, igualmente por la falta de causa, en concreto, al no haber sido acreditada la concurrencia de causas nuevas y sobrevenidas que la justifiquen⁶⁴.

Con más detalle la cuestión ha sido también abordada en sede judicial declarándose que para que la existencia de una medida anterior de inaplicación convencional constituya un obstáculo para poner en marcha otra distinta, en un periodo temporal posterior, es preciso que, en el curso de la negociación de la primera, se haya producido un acuerdo colectivo que excluya tal posibilidad durante un determinado periodo posterior⁶⁵. Además, se ha declarado también que a estos efectos, sería equiparable un acuerdo colectivo de descuelgue que excluya futuros descuelgues como un acuerdo colectivo en el que, entre otras estipulación, se deje sin efecto la pretensión de inaplicación del convenio colectivo⁶⁶.

⁶³ STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514), en un supuesto de inaplicación de parte del Convenio Colectivo de Empresa, basado en causas económicas.

⁶⁴ En el expediente 04/2014 la CCNC decidió por unanimidad la desestimación por falta de acreditación de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que justifiquen una nueva reducción (no se acreditaba el empeoramiento de la situación económica de la empresa. El Laudo ICT 4/2014, de 29/01/2015 (Comisión Ejecutiva de CC del CRL de Cataluña) también desestima la solicitud porque no concurren causas nuevas sobrevenidas y diferentes de las anteriores que justifiquen una nueva inaplicación convencional, en este caso una nueva rebaja salarial.

⁶⁵ SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) confirmada por STS 23/09/2015 (Rec314/2014).

⁶⁶ STS 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA

Igualmente, en línea con lo afirmado en sede administrativa y arbitral, los órganos judiciales han aclarado que la aplicación de la nueva medida de inaplicación convencional será legítima sólo si se produce una alteración de las circunstancias que se tomaron en consideración en el procedimiento anterior. Y así, por ejemplo, se ha declarado que no es lícita nueva reducción retributiva, puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras, amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve⁶⁷.

Además, la posibilidad de replantear una solicitud de descuelgue ha venido también rechazada por nuestro Tribunal Supremo, desde la perspectiva de la exigencia de buena fe negocial en el procedimiento de inaplicación. El TS ha declarado así que no puede haber buena fe si lo que se hace es replantear una negociación que ya había finalizado, en este caso sería legítima la negativa a negociar de los representantes de los trabajadores, lo que privaría de valor los ulteriores trámites, inclusive la decisión arbitral de la CCNCC (o del órgano autonómico equivalente). Será necesario que se estuviera planteando un problema nuevo en términos absolutos (materia) o relativos (agravamiento) para que sea viable una nueva propuesta de inaplicación convencional⁶⁸.

En definitiva, a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, se comprueba que la exclusión (desestimación) de nuevas inaplicaciones se realiza desde la perspectiva de un control de fondo y se fundamenta en la falta de concurrencia de causas que justifiquen la inaplicación del convenio colectivo y en el incumplimiento del deber de buena fe durante las negociaciones para alcanzar un acuerdo, defectos que invalidan el procedimiento de inaplicación convencional.

con fecha de 21/02/2014 por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas. Tal acuerdo no fue respetado por la mercantil demandada que tampoco lo impugnó. Posteriormente, el proceso de descuelgue se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo impugnado tampoco dicho acuerdo. La empresa sin embargo recabó la intervención de la CCNCC que actuó, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando árbitro cuya decisión por este motivo se anula.

⁶⁷ SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) resultando ajustada a Derecho la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la propuesta de inaplicación de la empresa UNIPOST SAU.

⁶⁸ STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734). Como señala la Sala, la propuesta inicial era simple repetición de la anterior y así le fue puesto de manifiesto por los sindicatos; su negativa a negociar en ese procedimiento, aunque la empresa les instara a presentar contrapropuestas y en la última reunión incluso rebajara su propuesta, tenía amparo legal y priva de validez a los ulteriores trámites (inclusive la decisión arbitral de la CCNCC). El TS, en esta sentencia de 15/09/2015, recoge su doctrina sobre la buena fe en el caso de reiteración de negociaciones de un Convenio Colectivo (ex art. 89 ET).

6.2. Documentación para acreditar la concurrencia de la causa empresarial

Si bien el art. 82.3 ET no contiene previsión alguna y en esta fase de inicio del procedimiento de inaplicación convencional no resulta aplicable el RD 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, la doctrina jurisprudencial ha entendido que cabe considerar de obligada presencia tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas, como los que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar y en todo caso, con carácter general, todos aquéllos que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas

Para nuestro Tribunal Supremo, la cuestión de la entrega de determinada documentación no tiene una configuración formal, sino que ha de ser examinada desde una óptica instrumental, en tanto se trate de garantizar el deber de negociar de buena fe, el cual, a su vez, habrá de exigir la puesta a disposición de la información necesaria que permita una efectiva negociación entre las partes. Es, pues, necesario analizar en cada caso en qué medida la parte social se vio privada de una información o documentación que resultara conveniente para poder formar su opinión y, por ende, diseñar su postura. A estos efectos, afirma que es una guía práctica de interés la que proporcionan los artículos 4 y 5 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre⁶⁹.

Con la exigencia documental anterior resulta coherente que el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC, establezca que, en el procedimiento para la solución de discrepancias surgidas en los procedimientos sobre la inaplicación, la solicitud vaya acompañada de la documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a cuyos efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos⁷⁰.

⁶⁹ V. STS de 19/04/2016 (Rec. 116/2015) que recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la documentación a aportar en un periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. De lo expuesto cabe deducir, que con independencia de que la documentación a aportar esté o no reglamentada para la adopción de una u otra medida de flexibilidad, dado que la aportación, aun cuando esté reglamentada, no se configura como un requisito “*ad solemnitatem*”, la omisión de la misma dará lugar a la nulidad de la medida adoptada debida a la omisión de los requisitos del art. 41.4ET cuando, en primer lugar, dicho defecto haya sido denunciado por la parte social, reclamando la documentación en cuestión, y en segundo lugar, dicha omisión frustre las finalidades que son propias del periodo de consultas.

⁷⁰ Teniendo en cuenta que cuando las causas económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, deberá presentar, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos (art. 19 y art. 20 h).

Pues bien, también en materia de descuelgues convencionales la causa económica ha sido la alegada en más ocasiones para fundar y estimar la inaplicación propuesta, por ello resulta de interés destacar que a efectos de acreditar su concurrencia será relevante comprobar si la empresa se integra o no en un grupo de empresas con consecuencias laborales, y así se va a exigir que si lo que los demandantes quieren es defender la existencia de un grupo a efectos laborales, así debiera haberse expresado en la demanda, con aportación de los elementos fácticos en los que se basara tal pretensión⁷¹.

6.3. El periodo de consultas y el deber de negociar de buena fe

La negociación de buena fe es un presupuesto o requisito exigido en la tramitación de las diversas medidas laborales que una empresa puede adoptar ante situaciones de crisis empresarial. Nuestra doctrina judicial y jurisprudencial analiza el comportamiento *ex bona fide* siempre que el legislador impone ese deber, con los mismos criterios, de modo que la doctrina recaída en pleitos sobre modificación sustancial son traídos a colación en los de despido colectivo o, ahora, la de despidos colectivos para casos de inaplicación convencional. Los criterios vertidos sobre el comportamiento adecuado cuando se negocia un convenio colectivo son también válidos para enjuiciar lo ocurrido si se trata del descuelgue⁷².

Sobre la exigencia de la buena fe en los periodos de consulta legalmente establecidos se ha venido señalando, por las Salas de lo Social de nuestros Tribunales, más frecuentemente en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo o con el despido colectivo, pero con criterios perfectamente trasladables al “descuelgue” que, si bien no cabe hacer formulaciones generales debiendo analizarse cada caso concreto, ha de examinarse el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones, debiendo excluirse la mala fe en los supuestos en que se acredita que se cumplieron los deberes de información, se producen numerosas reuniones y hay variación sobre las posturas iniciales de la empresa y, por el contrario, puede apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la parte social y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio⁷³.

⁷¹ SAN de 11/09/2014 (AS 2014\2636).

⁷² STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

⁷³ STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) (FJ7). Esta sentencia anula y casa la SAN , de 19/06/2013 (AS 2013\3094) y declara la nulidad de la resolución de la CCNCC por la que se autoriza la inaplicación de determinadas condiciones del Convenio Colectivo de Pilotos, al haberse acreditado que en ningún momento Air Nostrum, SA negoció en el período de consultas las medidas de inaplicación del convenio, que promovió ante la CCNCC, y dicha actuación comporta una quiebra de la buena fe durante la negociación y constituye un fraude de ley.

Más concretamente, por aplicación de los criterios judiciales sobre el deber de buena fe en el supuesto de reiteración de las negociaciones y como antes se señaló, el TS ha aclarado que no existe deber de negociar en el caso de reiteración de la propuesta de inaplicación, sino concurren causas nuevas que la fundamenten⁷⁴.

Pues bien, las consecuencias de la falta de buena fe negociadora durante las consultas previas a la decisión administrativa o al laudo arbitral sobre la inaplicación van a ser la nulidad de la resolución administrativa o del laudo arbitral. Dado el carácter subsidiario de esta intervención, la misma no es admisible en el caso de no haberse producido verdaderas consultas y una negociación real, es decir en el supuesto de un cumplimiento meramente formal de esta fase inicial del procedimiento previsto por el art. 82.3 ET. Ello determina, algún interrogante en relación con el ámbito de enjuiciamiento o el contenido de la decisión o del laudo arbitral, que habrá de abordarse más adelante⁷⁵.

7. EL ACUERDO COLECTIVO DE INAPLICACIÓN

La fase de consultas y negociación puede culminar con la adopción de un acuerdo colectivo que acepte en iguales o en distintos términos la inaplicación convencional propuesta por la dirección de la empresa. Los sujetos legitimados para la firma del acuerdo colectivo de descuelgue son, como se ha visto, los señalados por el art. 41.4 ET, precepto que también resultaría aplicable para determinar las exigencias de voto para la adopción de este acuerdo. A estos efectos, diferenciando el ámbito de aplicación del artículo 89.3 del E.T, relativo a la negociación del Convenio Colectivo, del que considera propio del artículo 41.4 del E.T, relativo a la modificación sustancial, incluyendo el descuelgue, el acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, requiere que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron, representen a la mayoría de

⁷⁴ STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734) que recibe la doctrina del TS sobre buena fe y reiteración de negociaciones que ha venido afirmando “después de intentada y fracasada la negociación de un Convenio Colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha negociación, la obligación de negociar de buena fe establecida en el art. 89 ET no implica el deber de reanudar las negociaciones del convenio fallido, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo.

⁷⁵ De partida, puede entenderse que el Árbitro en su laudo debe valorar si ha concurrido auténtica negociación y en caso contrario desestimar la petición. Pero el Árbitro tiene un mandato de arbitraje sometido a un marco normativo que no regula esta posibilidad, por lo que resulta dudoso que tenga competencia para por ejemplo desestimar la petición por irregularidades del procedimiento. Quizás lo más recomendable sea dejar constancia de tales dudas, que habrán de ser resueltas en su caso por el órgano judicial y cumplir el mandato legal de pronunciarse sobre las causas y su razonabilidad.

los representantes unitarios de los trabajadores⁷⁶. La validez del acuerdo también exige acreditar la válida constitución de la comisión ad hoc interna que suscribe el mismo⁷⁷.

El acuerdo de descuelgue, firmado por los sujetos legitimados y de conformidad con las exigencias que para su adopción determina el art. 41.4 ET, se ha entendido en alguna ocasión válido, incluso en el supuesto de que el procedimiento seguido no haya sido el previsto por el art. 82.3 ET sino el procedimiento para la modificación sustancial de condiciones del trabajo. El problema ha surgido concretamente cuando el acuerdo que pone fin al período de consultas seguido bajo un único expediente (de modificación sustancial de condiciones) se adopta respecto a materias de contenido diverso en función de su origen (a los efectos de aplicar uno u otro procedimiento (art. 41 ET y art. 82.3 ET). A favor de su validez se ha argumentado que una vez alcanzado un acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores y la representación empresarial, dicho acuerdo subsana todos aquellos defectos formales de relevancia menor y que no impliquen una clara indefensión de los intereses de alguna de las partes, indefensión que no se puede razonablemente predicar de un supuesto en el que además el acuerdo fue sometido al voto favorable de la Asamblea de trabajadores⁷⁸.

⁷⁶ STS de 14/05/ 2014 (RJ 2014\3863) declara la nulidad del acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, por no haberse acreditado que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores. Se trata de un acuerdo de descuelgue del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad adoptado entre la FALCON CONTRATAS Y SEGURIDAD S.A y comisión ad hoc externa sindicalizada.

⁷⁷ La SJS núm.2 Sevilla de 22/12/2016 (JUR 2017\14107) declara la ineficacia del Acuerdo de descuelgue del convenio estatal de seguridad privada suscrito entre la empresa KAPPA VIGILANCIA Y PROTECCIÓN S.L. y una comisión ad hoc interna, por no haberse acreditado que los miembros de la representación ad hoc hubieran sido elegidos democráticamente.

⁷⁸ STSJ de Cataluña de 20/12/2016 (AS 2016\1956). La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña estudia para rechazarlo el argumento contrario a la validez del acuerdo de que podría considerarse que la negociación llevada a cabo durante el período de consultas (más allá de su referencial identidad -artículo 82.3 en relación con el 41.4 ET) parte de una posición asimétrica de los negociadores, atendiendo a la unilateral imposición de la medida. Pero para ello sería exigible la introducción de aquellos datos de los que objetivamente poder inferir el apuntado desequilibrio negocial de las partes y que el mismo se hubiera alegado.

Esta sentencia se aparta, dado el carácter no vinculante atribuible a los pronunciamientos *obiter dicta*, de lo afirmado por la SAN de 12/06/2013 (AS 2013, 1614) si “el acuerdo impugnado hubiera supuesto la inaplicación del convenio colectivo debería haberse seguido obligatoriamente el procedimiento regulado en el art. 82.3 ET y no el del art. 41.4 ET, puesto que el acuerdo final no subsanaría la omisión de un procedimiento exigido legalmente, que es objetivamente distinto al previsto en el art. 41.4 ET “. Dicha SAN fue confirmada por la STS de 23/06/2015 sin que en la misma se recoja un razonamiento similar y de análogo carácter.

A continuación, de forma separada, se abordarán las cuestiones relativas al contenido y la eficacia de los acuerdos colectivos y a su impugnación judicial⁷⁹.

7.1. Contenido y eficacia del acuerdo colectivo de inaplicación

El acuerdo de descuelgue deberá hoy determinar con exactitud las nuevas condiciones aplicables y su duración. Esta exigencia de contenido determina la posibilidad impugnación del acuerdo de descuelgue, en caso de incumplimiento de la misma.

No han de establecerse pues las causas empresariales que justifican la inaplicación dentro del contenido del acuerdo, lo que es coherente con la presunción de concurrencia de las mismas y sin perjuicio de que sobre las causas hayan debido versar las consultas y así deba resultar acreditado en las actas de las mismas⁸⁰. En relación con el presupuesto causal para la inaplicación de convenio colectivo, cuando se alcanza un acuerdo colectivo, la regulación legal opta por presumir la existencia del mismo y limitar los motivos impugnatorios, tal y como ocurre para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cuando el periodo de consultas, señala el art. 82.3 ET, finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Por ello, la doctrina judicial ha excluido, en caso de acuerdo, el control judicial sobre la concurrencia de tal causa, o en otras palabras ha afirmado que obtenido el acuerdo, resultaría inexacta *ex lege* la afirmación judicial sobre la inexistencia de causa⁸¹.

Pues bien, el contenido del acuerdo de descuelgue deberá hoy determinar con exactitud las nuevas condiciones aplicables y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio. La regulación de 2010, aunque solo concretaba el contenido del acuerdo de descuelgue salarial, era más amplia al exigir que, además de precisar con exactitud la retribución de los trabajadores durante el periodo de descuelgue, se estableciera la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas afectadas por el descuelgue.

⁷⁹ Finalmente, la ley exige el depósito del acuerdo, dando cumplimiento así al requisito previsto en el art. 2.1.h del citado RD 713/2010, pero no exige el registro ni su publicación en diario oficial. Se aparta así de la tramitación de los acuerdos que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo.

⁸⁰ A los efectos de que de las mismas resulte un cumplimiento real de la fase de consultas, exigible para la intervención de la CCNCC o del órgano autonómico equivalente, que es de carácter subsidiario.

⁸¹ STSJ de Madrid de 28/02/2014 (AS 2014\971) aplicando al art. 82.3 ET doctrina de la STS de 27/05/2013 (RJ 2013, 5712).

Aunque nada diga el legislador, el acuerdo de descuelgue también debe concretar su ámbito de aplicación funcional, personal y temporal. En este último aspecto, si concreta el art. 82.3 ET, que su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio. Se disipa así toda duda sobre la posibilidad de que el acuerdo de descuelgue esté vigente también durante la fase de ultractividad del convenio inaplicado o suspendido.

Ahora bien, este sería el ámbito temporal máximo del acuerdo de descuelgue que puede establecer un plazo de duración inferior al de vigencia del convenio afectado, pues el descuelgue podrá estar vinculado a la evolución de las causas que justificaron la adopción de esta medida, también si lo es por acuerdo con los representantes de los trabajadores. En todo caso, debe señalarse que los efectos del acuerdo de descuelgue no podrán extenderse más allá de lo previsto por las partes, pues se trata de un pacto previsto para una situación coyuntural, que no puede extenderse en el tiempo más allá de lo acordado expresamente⁸².

En numerosas ocasiones, la cuestión suscitada ha sido si el acuerdo de inaplicación puede establecer su eficacia retroactiva, pues nada dispone el art. 82.3 ET sobre el momento a partir del cual el acuerdo de descuelgue ha de producir sus efectos. Esta cuestión ha recibido una respuesta negativa por parte de nuestros Tribunales. Se ha señalado al respecto que si bien es cierto que el art. 82.3 ET no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, la existencia de esa restricción legal está implícita en el texto de la norma del que se infiere que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo acordado en convenio sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda. El «descuelgue» o apartamiento del convenio colectivo es algo que, como su propio nombre indica, sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro⁸³. Y así se recuerda que no estamos ante un convenio colectivo negociado con plena libertad y autonomía que fije su vigencia, cual requieren y autorizan los artículos 85.3.a) y 86.1 del ET, sino ante un simple acuerdo, por el que se concierta la inaplicación de ciertas condiciones del convenio colectivo de aplicación, lo que comporta que los efectos temporales del acuerdo, su vigencia, sea distinta por existir limitaciones que los negociadores de ese pacto deben respetar⁸⁴.

⁸² Expirado el plazo de vigencia fijado en el acuerdo, este no puede entenderse prorrogado durante la fase de ultraactividad del convenio colectivo: STSJ de Andalucía (Sevilla), de 6/04/2017 de 6 abril (AS 2017\120).

⁸³ STS de 6/05/2015 (Rec 68/2014).

⁸⁴ SSTs de 6/05/2015 (RJ 2015, 2411); 7/07/2015 (RJ 2015, 3245); 16/09/2015 (RJ 2015, 4530) y de 23/12/2015 (Rec. 28/2015); STSJ de Madrid, 14/03/2017 (AS 2017\753).

Finalmente, hemos de señalar que una de las cuestiones más debatidas doctrinalmente sigue siendo la de la eficacia de este acuerdo colectivo, toda vez que el art. 82.3 ET no le atribuye la misma eficacia del convenio colectivo que inaplica, es decir, de un convenio colectivo estatutario⁸⁵. La regulación puede resultar incluso incoherente, si se tiene en cuenta que los acuerdos de interpretación y aplicación del convenio colectivo logrados a través de la mediación tienen la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos estatutarios (art. 91.2 ET) así como las resoluciones de la comisión paritaria del convenio colectivo (art. 91.4 ET). Sea cual sea la razón que haya tenido el legislador para no dotarles de la misma eficacia que otorga a los acuerdos relativos a la interpretación de los convenios colectivos, lo cierto es que nuestra doctrina de forma mayoritaria se ha mostrado favorable a considerar que estos acuerdos tengan la misma naturaleza jurídica que el convenio colectivo que modifican pues, en definitiva, una vez acordados, pasarían a integrar el contenido de aquel, estarían vinculados por su propia vigencia temporal, que no pueden sobrepasar, es decir, integrarían el bloque normativo regulador de las condiciones de trabajo en la empresa⁸⁶.

7.2 La impugnación judicial del acuerdo de inaplicación

A pesar de la ausencia de previsión normativa específica sobre el procedimiento para su control judicial, este acuerdo colectivo puede ser objeto tanto de impugnación directa como de impugnación indirecta. El procedimiento adecuado para la impugnación directa es, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, el procedimiento de impugnación de convenios colectivos previsto en el art. 163 y ss. LRJS⁸⁷.

Por lo que respecta a los motivos impugnatorios hemos de recordar que el art. 82.3 ET establece que el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores únicamente podrá impugnarse por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a la hora de concluirlo. Sin embargo y como ha sido matizado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en supuestos muy similares, lo que esta disposición nos indica es que la ley distingue entre la validez

⁸⁵ V.M. Correa Carrasco, *Acuerdos de empresa*, Francis Lefebvre, 2012.

⁸⁶ F. Navarro Nieto, *op. cit.*, p. 276, E. Castro Marín, *op. cit.*, p.69. Como ha señalado el TS “con estos mecanismos jurídicos se produce una función reguladora análoga a la de los convenios colectivos, modificando lo pactado o incorporando nuevas condiciones de trabajo con eficacia general” STS 26/10/2015 (RJ 2015\5443)

⁸⁷ SSTs 26/10/2015 (RJ 2015, 5443) y 28/04/2016 (RJ 2016, 2146). Así parece también deducirse del trabajo de R. Bodas Martín, *Modalidades procesales, proceso de conflicto colectivo e impugnación de convenio colectivo*, en AAVV., *Lecciones de Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2016, p.508.

Sobre impugnación directa del acuerdo de descuelgue convencional por el procedimiento de conflictos colectivos, por ejemplo, v. STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530).

del acuerdo por vicios en su conclusión y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en el se acuerdan, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en el se conciertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o rebatir la validez de las modificaciones acordadas, así como la de pedir una interpretación de las mismas que se ajuste a lo dispuesto en la Ley⁸⁸.

En concreto, el acuerdo colectivo de descuelgue puede ser combatido por vicios procedimentales, así por defectos en la constitución de la comisión representativa de los trabajadores⁸⁹, falta de mayoría de representantes para su adopción⁹⁰, así como por inexistencia de un proceso negociador real, (atendiendo al número de las reuniones y las posiciones de las partes allí expresadas)⁹¹, o por no respetarse el período de consultas, (no fijar la duración del mismo y no comunicarlo a la Comisión Paritaria)⁹².

Sin embargo, sobre la cuestión relativa al control judicial del acuerdo colectivo, desde la perspectiva de los defectos del procedimiento de inaplicación, debe señalarse que existen otros pronunciamientos judiciales en los que el mismo sólo se admitiría en términos relativos, afirmándose así que habría que acoger “una interpretación no formalista del requisito de «consulta previa», atendiendo más al resultado material del acuerdo que a los aspectos escrupulosamente reglados de su desarrollo”⁹³.

⁸⁸ STSJ del País Vasco, de 13/12/2016 (AS 2016\1997) aplicando SSTs de 7/07/2015 (RJ 2015, 3245) y de 16/09/2015 (RJ 2015, 4530). Es preciso destacar que esta sentencia se dicta en un procedimiento individual de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

⁸⁹ STS de 16/11/2015 (RJ 2015\6256) que confirma la nulidad de acuerdo alcanzado por la falta de representatividad de la comisión negociadora compuesta por el comité de empresa de centros varios que no abarca a la totalidad de los centros afectados en los que algunos cuentan con representantes propios y otros carecen de representantes, por no ser válido el período de consultas y por haberse negociado de mala fe. SJS núm.2 Sevilla de 22/12/2016 (JUR 2017\14107) que declara la ineficacia del Acuerdo de descuelgue del convenio estatal de seguridad privada suscrito entre la empresa KAPPA VIGILANCIA Y PROTECCIÓN S.L. y una comisión ad hoc interna, por no haberse acreditado que los miembros de la representación ad hoc hubieran sido elegidos democráticamente.

⁹⁰ STS de 14/05/ 2014 (RJ 2014\3863) declara la nulidad del acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, por no haberse acreditado que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores. Se trata de un acuerdo de descuelgue del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad adoptado entre la FALCON CONTRATAS Y SEGURIDAD S.A y comisión ad hoc externa sindicalizada.

⁹¹ STSJ de Islas Canarias, (Las Palmas) de 21/06/2016 (AS 2016\1667). En un caso de impugnación directa del acuerdo por el procedimiento de conflictos colectivos se ha declarado su nulidad del acuerdo por tal causa.

⁹² STSJ de Galicia, de 29/04/2016 (JUR 2016\120513).

⁹³ STSJ de Asturias, 28/03/2014 (AS 2014\954) con cita de STS de 27/05/2013 (RJ

Como hemos señalado, el acuerdo puede ser objeto de impugnación directa e indirecta. Además de la impugnación directa del acuerdo por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo por los trámites del procedimiento de conflictos colectivos (art. 153.2 LRJS)⁹⁴, en muchas ocasiones, los acuerdos son objeto de control a través de impugnaciones individuales de los trabajadores frente a los actos de aplicación, ya sea mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 138 LRJS como mediante el procedimiento ordinario.

Como se sabe aunque el legislador, en relación con el acuerdo alcanzado (a diferencia de lo previsto para el caso de las modificaciones sustanciales (art. 41ET y 138 LRJS) o para los despidos colectivos (art. 51ET y 124.13 LRJS) no prevé expresamente la acción individual para impugnar el acuerdo de inaplicación, la doctrina científica y judicial entienden que no existe impedimento para plantear tal pretensión por el cauce del proceso ordinario, pues el régimen aparentemente excluyente que deriva del art. 82.3ET debe entenderse en el sentido de que los trabajadores individualmente considerados carecen de acción directa para impugnar acuerdos de descuelgue o laudos.

Tal regulación no puede impedir, sin embargo, que los actos de ejecución que afecten a cada trabajador puedan ser objeto de cuestionamiento mediante el correspondiente proceso ordinario⁹⁵. Por ejemplo, y más concretamente se ha afirmado la legitimación activa para impugnación judicial individual, por parte del trabajador afectado la inaplicación o descuelgue salarial cuando se alega la ineficacia del acuerdo del descuelgue en materia salarial derivada de la defectuosa constitución de la comisión negociadora «ad hoc», por falta de convocatoria de todos los trabajadores para la elección de la misma, ante la desidia e inoperatividad del delegado de personal⁹⁶.

1013/5712). La Sala del TSJ de Asturias afirma en la sentencia (FJ 3) que entre las causas de impugnación, cuando hay acuerdo, no se incluye posibles defectos de procedimiento.

⁹⁴ Impugnación directa que también estaría sometida al plazo de prescripción de una año a partir de que las partes legitimadas para efectuarlo tuvieron conocimiento del mismo: STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530) en base la doctrina de la STS 10/03/2003 (RJ 2003, 3570).

V. STS de 7/03/2017 (Rec. 89/2016) sobre el procedimiento de impugnación de convenio colectivo ex art. 163 LRJS como el procedimiento adecuado para impugnar un acuerdo de empresa (con valor de convenio).

⁹⁵ STSJ de Andalucía de 3/06/2015 (AS 2015\1669). STSJ de Galicia, de 29/04/2016 (JUR 2016\120513) dictada en procedimiento ordinario por reclamación de cantidad, dado que la trabajadora desconocía la existencia de un acuerdo de descuelgue salarial del que tiene conocimiento en el acto del juicio.

⁹⁶ STSJ Islas Canarias (Las Palmas), de 10/02/2017 (AS 2017\737).

Pues bien, el problema interpretativo que ha surgido en más de un supuesto ha sido el relativo a la determinación del plazo y del *dies a quo* del cómputo, para interponer la acción individual. En concreto, se ha rechazado que el ejercicio de tal acción esté sometido preceptivamente al cauce del art. 138 LRJS y la acción al plazo de caducidad previsto en el art. 59.4 del ET. Téngase en cuenta que el propio art. 59.4 ET, en consonancia con el art. 138.1 LRJS, señala que el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de la notificación de la decisión empresarial, notificación que no existe porque no lo impone el legislador, que no prevé de forma expresa la notificación individual a los trabajadores (como sí lo hace en el art. 47 respecto de la suspensión y la reducción de jornada o el artículo 41 respecto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo o el art. 51 para el despido colectivo). Finalmente, hemos de señalar que no es equivalente a la notificación individual la presentación y depósito de tal acuerdo ya que tales actos no atribuyen publicidad, la cual solo se obtiene mediante la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

En definitiva, la acción de impugnación individual frente a los actos aplicativos del referido acuerdo de inaplicación convencional estaría sólo limitada por el plazo general de prescripción anual. Así, se ha declarado que la acción de impugnación está sujeta al plazo de prescripción de un año, que se computa desde que los sujetos legitimados para efectuarlo tuvieron conocimiento del acuerdo⁹⁷.

Finalmente, en relación con la impugnación individual por los trabajadores afectados, hemos de señalar que no resulta admisible la acción resolutoria ex 41.3 ET o ex art. 50. 1.a) ET. En efecto, no se garantiza a los trabajadores afectados la rescisión indemnizada del contrato de trabajo previsto para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo generadoras de perjuicios, en los supuestos de inaplicación de las condiciones establecidas en convenio colectivo⁹⁸.

De hecho, el TS⁹⁹ ha identificado como una de las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el descuelgue del convenio que en determinados casos de modificación sustancial el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un

⁹⁷ STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530) admite la posibilidad de aplicar la prescripción de la acción para impugnar el Acuerdo, a partir de que las partes legitimadas para efectuarlo tuvieron conocimiento del mismo, en base la doctrina de la STS 10/03/2003 (RJ 2003, 3570).

⁹⁸ STSJ Islas Baleares de 26/02/2015 (AS 2015\904): El descuelgue salarial en aplicación del art. 82.3 ET habiéndose alcanzado acuerdo no es causa que justifique la extinción indemnizada del contrato, teniendo en cuenta además su carácter temporal. STSJ Islas Canarias, (Santa Cruz de Tenerife) de 25/05/2015 (JUR 2015\250724) denegación de la opción por la rescisión indemnizada al tratarse de una modificación establecida en Convenio Colectivo.

⁹⁹ SSTs de 30/6/2016 (RJ 2016, 3939) y de 17/12/2014 (RJ 2015, 1259) (FJ4).

año y con un máximo de nueve meses”. Aunque alguna sentencia se pronuncie en otro sentido¹⁰⁰ este es el sentir mayoritario de la doctrina judicial¹⁰¹. En todo caso no puede dejar de señalarse que en ocasiones la solución es más compleja pues los acuerdos pueden contener tanto una modificación sustancial de condiciones de trabajo como el descuelgue de condiciones fijadas en convenio colectivo¹⁰².

8. GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN PARITARIA Y ANTE LOS ORGANOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

En caso de no alcanzarse el acuerdo colectivo de inaplicación en la fase de consultas, el 82.3 ET establece que se podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio; de no haberse solicitado la intervención de la comisión o solicitándola no fuese posible el acuerdo deberán las partes acudir a “los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante”. Se predispone así una doble solución escalonada para la gestión del desacuerdo, antes de solicitar la inaplicación a la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente, en primer lugar la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y en segundo lugar, la actuación de los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos.

Por su parte, el art. 85.3 c) ET dispone como contenido mínimo de los convenios colectivos, los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo. De esta forma, se completa el sistema de gestión del desacuerdo con los sistemas propios establecidos por el convenio colectivo afectado.

¹⁰⁰ STSJ de Andalucía, (Sevilla) de 3/06/2015 (AS 2015\1669) afirma la posibilidad de que el trabajador afectado por el acuerdo de inaplicación del Convenio puede instar la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo.

¹⁰¹ STSJ Navarra de 21/04/2016 (AS 2016\1052): el acuerdo de descuelgue salarial adoptado al amparo del art. 82.3 del ET no otorga el derecho a la extinción indemnizada del contrato del trabajo, dado que, en aplicación de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos, éstos siguen siendo de obligado cumplimiento cuando se modifican a través del procedimiento previsto en el art. 82.3 del ET. Así se han pronunciado sentencias tales como las de la Sala de Social del TSJ de Madrid de 29/09/2014 (JUR 2014, 291175); Canarias 25/05/2015 (JUR 2015, 250724) y 22/06/2015 (Rec. 992/2014); o Extremadura de 18/02/2016 (JUR 2016, 55951).

¹⁰² Como en el supuesto de hecho de la STSJ de Islas Baleares de 2/03/2016 (AS 2016\667).

tado, que también son posibles. Lo anterior sin perjuicio de que esta regulación convencional necesaria sirva para dar cumplimiento a la adhesión expresa que los acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos establecen¹⁰³.

8.1. Gestión del desacuerdo ante la comisión paritaria

Por lo que respecta a la gestión del desacuerdo por la Comisión Paritaria, concluido el periodo de consultas sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada.

Este trámite no se impone legalmente como obligatorio, aunque es preceptivo a solicitud de una parte, aunque debe tenerse presente que el convenio colectivo de referencia frecuentemente lo establece como un trámite obligatorio, como así también lo prevé expresamente el V ASAC (art. 10)¹⁰⁴. Al convenio colectivo le corresponderá, cuando prevea la intervención de la comisión paritaria a este respecto, determinar también los términos y condiciones de tal intervención.

Por su parte, de la regulación legal no se deduce claramente el “contenido” de ese “pronunciamiento” sobre la discrepancia que se somete a la comisión paritaria, es decir, si el mismo sería meramente declarativo o sería decisorio de la discrepancia, y por tanto sustitutorio del acuerdo entre las partes, tal y como se deriva de algunos pronunciamientos judiciales. Si el pronunciamiento de la comisión paritaria es favorable a la inaplicación deberá aplicársele las exigencias de contenido, fijadas por el art. 82.3 ET en relación con el acuerdo colectivo alcanzado durante la fase de consultas, y ya abordadas en el epígrafe anterior al que ahora remitimos.

La cuestión que puede suscitarse es la eventual eficacia de un acuerdo desestimatorio de la inaplicación solicitada en el seno de la comisión paritaria, desde la perspectiva de la posible continuidad del procedimiento de inaplicación. Téngase en cuenta que de conformidad con la regulación legal el segundo paso para la gestión de la discrepancia se activaría “*cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo*”. El Tribunal Supremo ha dado relevancia al acuerdo de la comisión paritaria del convenio que, por unanimidad, rechazó la pretensión empresarial, a los efectos de considerar que la posterior intervención de la CCNCC, a solicitud de la empresa, se ha-

¹⁰³ La decisión al respecto en relación con establecer un sistema propio de resolución de las discrepancias o adherirse a los procedimientos establecidos a nivel autonómico y estatal, corresponderá al convenio colectivo.

¹⁰⁴ V. Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales.

bría producido careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando un árbitro cuya decisión por este motivo sería nula¹⁰⁵.

Y también pueden suscitarse dudas interpretativas en relación con la eficacia del acuerdo de la Comisión Paritaria que resuelva a favor de la inaplicación convencional. De una parte, de conformidad con el art. 91.4 ET siendo una resolución sobre aplicación del convenio colectivo tendría la misma eficacia que el convenio colectivo. De otra parte, si entendemos que se trata de una resolución sustitutiva del acuerdo colectivo de descuelgue, lo más coherente sería afirmar que tendría la eficacia propia de estos acuerdos de descuelgue.

8.2. Gestión del desacuerdo ante los órganos de solución autónoma de conflictos

Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante¹⁰⁶.

No establece la redacción legal ninguna preferencia sobre el procedimiento adecuado y centrando nuestra atención en el sistema estatal, el VASAC identifica a estos efectos como procedimientos de solución de las discrepancias tanto la mediación como el arbitraje¹⁰⁷, siendo aplicable el diseño procedimental del referido Acuerdo, con las salvedades incluidas en los convenios aplicables, o acordadas por las partes al someterse a los mismos. Para acudir al arbitraje no es preciso haber iniciado procedimiento de mediación, si bien en cualquier momento de la mediación las partes podrán acordar someter la cuestión a arbitraje.

¹⁰⁵ STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, además porque con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA, con fecha de 21/02/2014, por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014, a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas.

¹⁰⁶ Téngase también en cuenta que de conformidad con la disposición adicional 13ª ET desde la fase de consultas podrá someterse la discrepancia a los mecanismos extrajudiciales de mediación y arbitraje voluntario.

¹⁰⁷ De los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por el art. 82.3 ET, para el procedimiento de mediación, v. art. 14 2 (VASAC). Por su parte, el art. 18 VASAC dispone que las partes podrán promover el arbitraje sin necesidad de acudir previamente al procedimiento de mediación previsto en el capítulo precedente, o hacerlo con posterioridad a su agotamiento o durante su transcurso, conforme al apartado 6 del artículo 12 y los apartados 3 y 4 del artículo 15. No obstante lo anterior, las partes pueden instar en cualquier momento para que el árbitro desarrolle, previamente a su actuación como tal, funciones de mediador.

El acuerdo conseguido en mediación, siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consultas, por lo que nos remitimos a lo antes señalado para el acuerdo colectivo de descuelgue. Más dudas interpretativas puede suscitar el control judicial de este acuerdo toda vez que el art. 82.3 ET nada dispone y el ASAC prevé que a los efectos de la impugnación del acuerdo de mediación se estará a lo dispuesto en el art. 67 LRJS, según el cual la acción de nulidad¹⁰⁸ caducará a los treinta días hábiles¹⁰⁹.

El art. 82,3 ET dispone que el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET¹¹⁰. Se trata de una regulación que coincide con lo previsto para la decisión administrativa o el laudo arbitral obligatorio, por lo tanto nos remitimos a lo que después se analizará en cuanto a su eficacia e impugnación judicial. Sin embargo, en cuanto al alcance e intensidad del control judicial, si debe destacarse que no serían aplicables las exigencias que, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, rigen sólo en relación con los arbitrajes obligatorios¹¹¹.

9. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS ANTE LA CCNCC O LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS CORRESPONDIENTES

La falta de acuerdo no impide la inaplicación del convenio colectivo al establecerse legalmente un arbitraje obligatorio y vinculante ya sea de o en la CC-NCC, o en órganos similares de las Comunidades Autónomas. Cuando el periodo de consultas termine sin acuerdo y no fuesen de aplicación los procedimientos autónomos de mediación o arbitraje laboral o estos no hubiesen sido capaces de

¹⁰⁸ Si el acuerdo lo impugnan las partes por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad.

¹⁰⁹ Plazo del que resultarán excluidos los sábados, domingos y festivos, siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo. Para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido.

¹¹⁰ En parecidos términos, el ASAC dispone en cuanto a la eficacia del laudo que siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consulta (art. 22.1) y que el laudo arbitral sólo podrá ser recurrido en los términos y plazos establecidos en el artículo 65.4 y 163.1 LRJS (art. 22.3). La regulación del art. 82.3ET debe prevalecer como regulación especial para los laudos dictados en el procedimiento de inaplicación convencional.

¹¹¹ Como recuerda la SAN de 28/01/2013 (AS 2013\107) la sujeción a la modalidad procesal de convenios colectivos junto con las previsiones del art. 91 del ET supone una restricción de los motivos que pueden fundamentar la impugnación de un laudo arbitral. Por esta razón, los Tribunales laborales han trasladado la doctrina fijada por la jurisprudencia civil de que el recurso (“demanda”) de anulación excluye una revisión de la cuestión controvertida de fondo, objeto de arbitraje.

solucionar la discrepancia, podrá cualquiera de las partes, incluso con la oposición de la otra, acudir a la CCNCC, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.

Esta última fase del procedimiento de inaplicación introduce un elemento ajeno a la autonomía colectiva, una intervención heterónoma para la solución de conflictos colectivos (aunque alguna doctrina judicial afirme que la negociación colectiva continúa en su seno¹¹²) y de naturaleza pública. Con independencia de que, tal y como se destaca por la normativa estatutaria y la doctrina constitucional, se trate de órganos tripartitos¹¹³, son “organismos, todos ellos, (que) tienen una indiscutible naturaleza pública, al margen de que entren o no en el catálogo de los organismos administrativos. Pública es su creación; pública es su financiación; público es su sostenimiento y público-institucionales son las funciones que han venido ejerciendo hasta ahora”¹¹⁴.

Esta intervención pública debe entenderse integrada dentro de un proceso complejo, siendo, en todo caso, una intervención subsidiaria y de último grado. Una subsidiariedad que debe ser real y no sólo formal y que constituye un presupuesto necesario de la competencia de la CCNCC o del órgano autonómico correspondiente. Como se sabe, la intervención de estos órganos tiene carácter subsidiario, de manera que solo procede cuando han fracasado todas las vías previas de negociación y, como ha matizado nuestro TS, siempre que haya mediado buena fe en las mismas. Para la Sala de lo Social del TS la subsidiariedad, en buena lógica jurídica, exige que los previos escalones o requisitos se hayan superado con suficiencia. Únicamente cabe instar el pronunciamiento de terceros cuando ha fracasado la negociación; y esto último solo ha podido ocurrir cuando haya mediado verdadera negociación colectiva¹¹⁵.

¹¹² SAN de 9/12/2013 (Rec. 339/2013) confirmada por STS 15/09/2015 (Rec. 218/2014). La AN afirma que la CCNCC interviene cuando fracasa la negociación colectiva, pero la negociación no cesa, sino que continúa dentro de la propia CCNCC que debe buscar el máximo de consenso o, en su caso, negociar entre sus miembros para obtener una mayoría suficiente.

¹¹³ En los que junto con la Administración las asociaciones sindicales y empresariales más representativas desarrollan funciones de participación institucional. Para un análisis de estos órganos y de su naturaleza jurídica, y su independencia formal y material, v. J.B. Vivero Serrano, op., cit., p. 93.

¹¹⁴ Voto particular del Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re a la citada STC 119/2014. En definitiva, se concluye en la naturaleza de tales organismos como instituciones públicas, aunque su actuación pueda calificarse como autónoma y aun cuando, se insiste, sean resistentes a ingresar en la órbita de los organismos administrativos. Por tanto, coincide su actuación con el supuesto sustanciado por la STC 11/1981, ya que las dos características esenciales del arbitraje o pseudoarbitraje diseñado en el RD-Ley 17/1977 eran su naturaleza pública y obligatoria.

¹¹⁵ STS de 15 septiembre 2015. RJ 2015\4734 que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre

En definitiva, la existencia de una negociación previa suficiente de buena fe durante el periodo de consultas es un requisito ineludible para que el órgano administrativo (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el equivalente autonómico) pueda asumir su competencia¹¹⁶.

9.1. Régimen jurídico: normativa estatal y autonómica

La gestión del desacuerdo por la CCNCC o el órgano autónomo correspondiente tiene junto con el art. 82.3 ET una regulación propia integrada por el RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC y las correspondientes normas autonómicas¹¹⁷.

El desarrollo de esta intervención administrativa y arbitral precisa de una gestión institucional que se configura, desde la perspectiva competencial, como una actividad de ejecución de la legislación laboral. La competencia corresponde a las comunidades autónomas, quedando a salvo la competencia ejecutiva estatal para aquellas inaplicaciones cuyo ámbito de afectación se extienda a más de una comunidad autónoma. Por ello, junto con la normativa estatal de aplicación, el citado RD 1362/2012, existen normas autonómicas que regulan la institución en sus respectivos ámbitos territoriales. Ciertamente, debe recordarse que el desarrollo por las comunidades autónomas de sus competencias de ejecución de la normativa laboral en materia de inaplicación de los convenios colectivos precisaría de cierto “impulso” del Estado, en concreto, de la previsión normativa de intervención subsidiaria de la CCNCC, en caso de que la comunidad autónoma no actuase para asumir la referida competencia¹¹⁸.

Así, a partir de 2013, se dictarán diversas normas autonómicas que desarrollarían los aspectos organizativos, aplicándose en lo no previsto de forma supletoria el RD 1362/2012. Este Real Decreto regula, en efecto, aspectos procedimentales y sustantivos, que podríamos entender desarrollo del art. 82.3 ET y

(AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013. Si no ha existido auténtica negociación directa (en terminología constitucional) entre la empresa y los trabajadores será imposible que entre en juego el mecanismo subsidiario; y si éste se activa de manera indebida se estará desconociendo ese carácter último que posee el arbitraje de la CCNCC.

¹¹⁶ Consiguientemente, para la SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

¹¹⁷ V. SSTs (Contencioso-Administrativo) de 19/05/2015 (RJ 2015\1585) 19/05/2015 (RJ 2015, 1584) que desestiman los recursos contencioso-administrativo interpuestos por la Confederación Sindical de CCOO y UGT y por la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Las regulaciones aplicables en cada Comunidad Autónoma pueden consultarse en el siguiente enlace web de la CCNCC: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/A_Informacion/Inaplicacion/CCAA/index.htm.

¹¹⁸ V. Disposición Adicional Sexta del RD Ley 5/2013, de 15 de marzo.

que constituyen un régimen común para el procedimiento de inaplicación en todo el Estado, no en vano este reglamento invoca como título competencial el art. 149.1.7 CE. Así las regulaciones relativas al objeto (art. 16), ámbito de aplicación (art. 17), legitimación (art. 18), inicio del procedimiento y documentación (arts. 19 y 20), así como al contenido de la decisión o del laudo arbitral (arts. 22 y 24) constituyen un derecho o régimen común aplicable en las inaplicaciones de convenios colectivos, cualquiera que sea su ámbito de afectación.

El análisis de las regulaciones autonómicas confirma esta interpretación pues pone de manifiesto que mayoritariamente estas se limitan a regular los aspectos organizativos y de funcionamiento de los respectivos órganos autonómicos competentes para la inaplicación convencional, remitiendo en buena técnica jurídica a la regulación estatal (País Vasco) o reiterando la normativa estatal en las cuestiones procedimentales y sustantivas (Balears, Asturias, Madrid)¹¹⁹.

9.2. Decisión administrativa *versus* laudo arbitral

El art. 82.3 ET establece que la resolución de las discrepancias surgidas en las consultas, en último lugar, corresponde a la CCNCC o al órgano autonómico correspondiente, concretando además que la decisión de estos órganos podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad.

El RD 1362/2012 afirma establecer dos procedimientos de solución de las discrepancias, el procedimiento en el seno de la propia CCNCC y el procedimiento mediante la designación de un árbitro. El primero finalizará con una decisión administrativa y el segundo con un laudo arbitral. Según esta norma estatal, la elección entre uno u otro corresponderá en principio a las partes en conflicto (art. 16.3). En su defecto, será la Comisión Permanente del CCNCC la que decida sobre el procedimiento a seguir mediante acuerdo por mayoría absoluta. Si no se alcanza tal mayoría la discrepancia se resolverá en el seno de la Comisión mediante decisión administrativa (art. 19.4). Las regulaciones autonómicas, que en términos generales si incorporan una preferencia de las partes del conflicto en cuanto a la elección del procedimiento, no adoptan de forma unánime la solución del art. 19.4 del RD 1362/2012 y algunas optan por establecer el arbitraje externo, cuando no exista acuerdo sobre el procedimiento en el seno del órgano competente¹²⁰. Las regulaciones son diversas a la hora de promocionar la decisión administrativa o el laudo arbitral como instrumentos de solución del conflicto de

¹¹⁹ Aunque no faltan ejemplos también de regulaciones que se oponen a la regulación estatal, v. ampliamente, sobre este tema, J.B. Vivero Serrano, op. cit., p. 90.

¹²⁰ Es el caso del País Vasco, Cataluña, Aragón y Comunidad Valenciana, favoreciendo así el arbitraje externo como destaca J.B. Vivero Serrano, op. cit., p. 105, que analiza detenidamente las regulaciones autonómicas en relación también con los criterios de designación de los árbitros.

inaplicación y también son diversos, entre las comunidades autónomas, los criterios para la designación de árbitros.

Pues bien, uno de los temas que nos suscita el anterior marco normativo es el relativo a la existencia o no de una articulación entre una decisión administrativa por el propio órgano tripartito competente y un laudo arbitral para la resolución de las discrepancias en liza. Y a este respecto ni en la regulación estatal ni en las autonómicas se introduce una articulación funcional entre la decisión administrativa y el laudo arbitral, según que se resuelva o no el fondo del conflicto planteado. Me explico, en el examen de la aplicación práctica, a la vista de los diversos expedientes de inaplicación de convenio tramitados ante la CCNCC y ante los correspondientes órganos autonómicos, se puede apreciar que en ocasiones la resolución final inadmite o desestima la propuesta, por motivos de forma relativos a la fase de consultas, por no cumplir los requisitos legales previos exigidos¹²¹. Pues bien, esta decisión se encuentra igualmente contenida en laudos desestimatorios, que desestiman o incluso inadmiten la propuesta de inaplicación, sin entrar en el fondo por incumplimiento de las formalidades previstas por el art. 82.3 ET¹²².

A mi juicio y como después se analizará, la desestimación de la solicitud de inaplicación por defectos de forma, relativos por ejemplo a la previa fase de consultas, sin analizar el fondo de la discrepancia y sin pronunciamiento por tanto sobre el presupuesto causal, sólo será procedente si se trata de una decisión adoptada por la CCNCC o el órgano equivalente en la comunidad autónoma, pues en estos casos, nuestros tribunales viene afirmando, que cuando no se han cumplido los requisitos formales los referidos órganos carece de competencia para designar un árbitro¹²³. Así parece deducirse, por lo demás, de las últimas decisiones de la CCNCC, o de la práctica seguida en alguna Comunidad Autónoma (Castilla-La Mancha).

Como después abordaré en relación con el contenido del laudo arbitral, atendiendo a los términos en los que el encargo se formula al árbitro, que vienen definidos por el marco normativo aplicable, éste debe pronunciarse sobre el fondo de la discrepancia, la concurrencia de causa y su adecuación, pudiendo en otro caso incurrir en incongruencia *extra petita* determinante de nulidad del laudo.

¹²¹ CCNCC: Expedientes de Inaplicación 03/2016 y 09/2014, por ejemplo.

¹²² Así en el ámbito territorial del País Vasco, Laudo de 17/02/2016 y de Andalucía, Laudo de 19/12/2012.

¹²³ STS de 15 septiembre 2015 (RJ 2015\4734) (que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre (AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013); SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

10. PROCEDIMIENTO ANTE LA CCNCC U ORGANO AUTONÓMICO EQUIVALENTE

La regulación reglamentaria estatal predispone los sujetos legitimados para solicitar la actuación de la CCNCC (art. 14) regula el inicio del procedimiento identificando el contenido de la solicitud (art. 19) y el de la documentación que debe acompañarla (art. 20). Precisamente, dado que al procedimiento ante la CCNCC se acude por la no superación de la discrepancia, se exige que la solicitud determine el motivo de la misma (así se desprende del art. 19). Igualmente se regula el procedimiento mediante decisión de la Comisión y el contenido de la misma (arts.21 y 22). Finalmente, el art. 24 regula el procedimiento para la resolución de discrepancias, mediante la designación de un árbitro y el contenido del laudo arbitral. Se trata de una regulación que es derecho común de este fase de la inaplicación, salvo en relación con las cuestiones referidas a la autonomía organizativa del correspondiente órgano de la Comunidad Autónoma, como reglas de adopción de acuerdos, o de designación de los árbitros.

Pues bien, a continuación se abordarán diversas cuestiones planteadas en la aplicación práctica de esta regulación y como consecuencia fundamentalmente de lagunas de la misma. Así algunos interrogantes se han planteado en relación tanto con el plazo como con el contenido de la solicitud de intervención del órgano arbitral. También siguen siendo debatidas cuestiones relativas al contenido o la eficacia de la decisión y del laudo arbitral.

10.1. Plazo y contenido de la solicitud que inicia el procedimiento

En primer lugar, la falta de previsión normativa sobre el plazo para solicitar la inaplicación ante la CCNCC abona la posibilidad de soluciones judiciales diversas, que por el momento no han sido resueltas en unificación por el Tribunal Supremo¹²⁴.

En efecto, existen soluciones judiciales diversas pues algunas sentencias afirman que la inexistencia de un plazo en la normativa aplicable para solicitar la intervención del órgano arbitral impide apreciar la extemporaneidad de la solicitud¹²⁵. Por el contrario, también podemos encontrar alguna resolución judicial

¹²⁴ Aunque existen sentencias con soluciones diversas, al no concurrir los exigencias legales de la contradicción, pues se habría aportado como sentencia de contraste una sentencia de instancia, la cuestión aún no se ha resuelto en unificación de doctrina, v. STS 10/05/2017 (Rec. 2929/2015).

¹²⁵ STSJ Madrid de 18/05/2015 (Rec. 9/2015) considera que la empresa ha seguido todos los trámites legales que rigen el procedimiento, sin que exista un plazo concreto para interesar la decisión del órgano arbitral, por lo que la Comisión debió valorar la cuestión con los datos de que se disponía en el momento que se presentó. En suma, revoca la sentencia de instancia a fin de que la CCNCC se pronuncie sobre el fondo del asunto, pronunciamiento que no puede decirse que sea extemporáneo, por cuanto no existe plazo para ello.

que admite que el órgano arbitral pueda denegar la solicitud, atendiendo al tiempo transcurrido, en concreto, por haber transcurrido casi nueve meses desde la finalización del período de consultas hasta el sometimiento de la cuestión ante la CCNCC¹²⁶. La solución puede venir de la argumentación judicial que ha admitido la posibilidad de desestimar la solicitud dado el tiempo transcurrido, pero no motivándola en el plazo transcurrido, en su extemporaneidad, pues no existe previsión normativa al respecto, sino en la inexistencia de un periodo de consultas válido. Así se ha afirmado que dado el tiempo transcurrido se ha perdido la conexión entre las consultas y la situación existente al someter la cuestión ante la CCNCC, lo que equivale a falta de período de consultas¹²⁷.

En segundo lugar, en relación con el contenido de la solicitud, el debate ha girado y los tribunales se han pronunciado sobre a su conexión con el contenido de las consultas, en la medida en que su objeto es la discrepancia surgida en esa fase procedimental. Efectivamente, sobre la relación existente entre la solicitud empresarial presentada ante la CCNCC y lo debatido durante el periodo de consultas, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado declarando la necesaria congruencia entre los mismos¹²⁸. Por consiguiente, no sería admisible que en el momento de la solicitud ante la CCNCC la empresa alterara el debate, ni cabría paliar tal defectuoso modo de proceder mediante la audiencia de la parte social. Una alteración de ese tipo supondría, sin duda, una vulneración del deber de buena fe y dejaría sin efecto el periodo de consultas previo, necesario para que pueda iniciarse el cauce decisorio ante la CCNCC.

Como ha indicado la Audiencia Nacional, en tal caso la actuación empresarial habría instrumentado artificiosamente a la CCNCC, entre cuyas funciones no está pronunciarse sobre propuestas empresariales en general, sino sobre las discrepancias surgidas en el desarrollo del período de consultas, lo que exige necesariamente que esas discrepancias se haya producido efectivamente durante dicho período¹²⁹. Sin embargo, el TS ha aclarado que la diferencia ha de darse

¹²⁶ STSJ Islas Baleares de 17/12/2013 (AS 2014\314) estudia la impugnación de la resolución de la CCNCC sobre solicitud de inaplicación de algunas normas del convenio colectivo de limpieza de las Islas Baleares. Se denegó la solicitud por haber transcurrido casi nueve meses desde la finalización del período de consultas hasta el sometimiento de la cuestión ante la CCNCC.

¹²⁷ STSJ Islas Baleares de 17/12/2013 (AS 2014\314).

¹²⁸ STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013). Para el TS, la conformación del complejo sistema legal para el descuelgue, estructurado en sucesivas etapas a las que se llega por la falta de acuerdo en la fase anterior, exige que estemos en todo caso ante una misma pretensión empresarial, la cual, en términos generales, quedará delimitada por la causa invocada, las cláusulas del convenio colectivo cuya inaplicación se persigue y las medidas propuestas, esto es, las nuevas condiciones de trabajo aplicables y su periodo de aplicación.

¹²⁹ SAN de 19/06/2013 (AS 2013\3094) que declaró la nulidad de la resolución de la CCNCC por la que se autoriza la inaplicación de determinadas condiciones del Convenio Colectivo

respecto de las causas, las condiciones afectadas o las medidas solicitadas, y que no se aprecia alteración del contenido de lo negociado si la postura empresarial reduce sus postulados iniciales¹³⁰.

10.2. Contenido de la Decisión o del Laudo Arbitral: La resolución de diversos conflictos colectivos

De conformidad con los artículos 22 y 24 del citado RD 1362/2012, la decisión de la Comisión o el laudo deberá solucionar la discrepancia, manifestándose sobre la concurrencia de las causas alegadas y, en su caso, sobre la adecuación de la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en la solicitud, bien para aceptarlas en sus propios términos, bien para proponer que las condiciones de trabajo de que se trate se inapliquen en distinto grado de intensidad al solicitado por la empresa.

De partida, como ha señalado la Audiencia Nacional, debe tenerse en cuenta que en la decisión de la Comisión concurren aspectos reglados que, en principio, no pueden ser objeto de negociación, por ejemplo si existe causa económica o no, de aquí la importancia del Informe elaborado por los servicios técnicos de la CCNCC antes de la decisión (art 21.1 Real Decreto 1362/2012) pero la Comisión goza de un amplio margen de discrecionalidad en su decisión, pues apreciada la concurrencia de la causa, debe pronunciarse sobre la adecuación de la medida instada, siendo posible aceptarla en sus propios términos o “proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado e intensidad¹³¹”.

La decisión arbitral relativa a la inaplicación de un convenio colectivo debe de pronunciarse no solo sobre la existencia de las causas alegadas por la empresa, sino que también ha de valorar la adecuación de la inaplicación propuesta, en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. Se deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa¹³². Además, los Tribunales exigen que la causa además de real sea actual y sobreve-

de Pilotos, al haberse acreditado que en ningún momento Air Nostrum, SA negoció en el período de consultas las medidas de inaplicación del convenio, que promovió ante la CCNCC, y dicha actuación comporta una quiebra de la buena fe durante la negociación y constituye un fraude de ley.

¹³⁰ La empresa retiró de aquella comunicación primigenia algunos de los preceptos del convenio respecto de los que pretendía la inaplicación, reduciendo, asimismo y en beneficio de los trabajadores, su propuesta de rebaja salarial por lo que no hubo merma del deber de buena fe. STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) FJ 6.

¹³¹ SAN de 9/12/2013 (Rec. 339/2013) Confirmada por STS de 15/09/2015 (Rec. 218/2014).

¹³² SAN de 28/01/2013 (Rec. 316/2012) En el caso de UNIPOST, no procede aplicar la medida que se solicita puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve.

nida por lo que se valorará el tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio y el inicio del procedimiento de inaplicación¹³³, o desde que se acordó una anterior inaplicación convencional¹³⁴.

Finalmente, de superarse aquellos controles sobre la causa, en la decisión o en el laudo arbitral deberá también fijarse las nuevas condiciones de trabajo y su vigencia temporal.

De esta forma, la denominada “discrepancia” surgida en las consultas se integra por varios conflictos de diversa naturaleza, jurídica y económica, que delimitarán el alcance del control judicial sobre el contenido de la decisión o el laudo arbitral.

En efecto, pueden identificarse los siguientes conflictos colectivos, un primer conflicto jurídico relativo a la concurrencia o no de la causa económica técnica organizativa o productiva, un segundo conflicto también jurídico sobre la adecuación entre la causa y las medidas y un tercer conflicto económico o de regulación sobre las nuevas condiciones laborales y su duración¹³⁵. Si sobre la naturaleza jurídica del primer conflicto y la naturaleza económica del tercero no hay duda, la naturaleza del segundo conflicto no estaba tan clara, atendiendo a alguna decisión de la Audiencia Nacional¹³⁶, si bien la STC 119/2014 habría clarificado esta cuestión.

¹³³ STSJ de Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514), según la cual no resulta adecuada la inaplicación de parte del Convenio Colectivo de Empresa, basado en causas económicas, por el poco tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio de empresa y el inicio del procedimiento para su inaplicación parcial, por no haberse producido circunstancias sobrevenidas en dicho periodo de tiempo que justifiquen el descuelgue y por no haber quedado probada debidamente la conexión de razonabilidad entre las medidas de reducción salarial y la mejora de la situación de la empresa.

¹³⁴ La SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) declara que no es lícita nueva reducción retributiva puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras, amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve, resultando ajustada a Derecho la decisión de la CCNCC relativa a la inaplicación solicitada por la empresa UNIPOST SAU.

¹³⁵ El conflicto relativo al grado de intensidad de la inaplicación de las condiciones de trabajo y la duración del periodo de inaplicación es para la STC 119/2014 “una controversia que, en principio y dada su finalidad, participa de la naturaleza de los conflictos económicos o de intereses, que sólo pueden ser resueltos en vía extrajudicial”.

¹³⁶ SAN de 28/01/2013 (AS 2013, 1071). Para la AN el primer pronunciamiento, concurrencia de causas, es propio de un arbitraje jurídico, puesto que tendrá que constatarse si se dan los requisitos exigidos por el art. 82.3ET, mientras que el segundo pronunciamiento, conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, es más identificable con el laudo de equidad, en el que la Comisión y/o el árbitro deben tener un margen más elevado de autonomía, porque si no fuera así, las decisiones y laudos no serían propiamente decisorias, puesto que se condicionarían esencialmente a la intervención jurisdiccional posterior. Con alguna imprecisión parece así identificar como conflicto económico el relativo a la adecuación entre la inaplicación propuesta y las causas acreditadas.

Para la STC 119/2014 la discrepancia en torno a la adecuación entre la causa y la medida de inaplicación propuesta es un conflicto jurídico pues, al delimitar el alcance del control judicial sobre la decisión arbitral, afirma que estaría acotado a “aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional” y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas. Esta es además la tesis seguida, por ejemplo, en materia de despidos colectivos, donde se afirma que compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada¹³⁷.

Pues bien, finalmente, hemos de precisar que en la resolución del conflicto de intereses, la decisión o el lauto arbitral sustituyen a los sujetos negociadores fijando las nuevas condiciones de trabajo y su vigencia temporal¹³⁸. La resolución de este conflicto de intereses debe ser también motivada en términos de equidad, atendiendo a las exigencias de imparcialidad de estos órganos o de los árbitros.

Pero junto con esos conflictos colectivos que integran la discrepancia que debe resolverse por la decisión arbitral, atendiendo al marco normativo de referencia, pueden surgir otros conflictos relativos, por ejemplo, a la regularidad del procedimiento de consultas, que en muchas ocasiones es cuestionada por la parte social. La pregunta que surge inmediatamente es si dentro del contenido de la decisión y del laudo arbitral debe existir un control sobre esas fases previas del procedimiento de inaplicación.

La normativa aplicable, como puso de relieve la Audiencia Nacional, no prevé que la Comisión o el Árbitro deban pronunciarse sobre las irregularidades producidas en el período de consultas, lo que provocará, de aplicarse literalmente los preceptos aludidos, un vacío legal importante, puesto que la Comisión o el Árbitro no se pronunciarían sobre la vulneración de derechos fundamentales, que se haya producido en el período de consultas, sobre la insuficiencia de información o sobre la exigencia de buena fe durante el período de consultas, limitándose a realizar un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, lo que no parece razonable. Para la Audiencia Nacional ello no es razonable, ni puede ser esa la intención del legislador, pues, en el caso por ejemplo, de incumplimiento de las garantías del art. 41.4 ET, la resolución judicial declarararía la nulidad de la resolución o del

¹³⁷ STS de 26/03/2014. C. Sáez Lara, Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, Tirant lo Blanch, 2015, p. 260.

¹³⁸ Como señala J.B. Vivero Serrano, (op. cit., p.171) sobre esta parte de la decisión o del laudo arbitral sólo cabe un control judicial de legalidad o lesividad ex art. 163 LRJS pero no de fondo sobre el acierto o no de la regulación propuesta.

laudo, lo que constituiría se concluye una mala noticia para el funcionamiento de esta institución¹³⁹.

Esta sentencia ha determinado una gran influencia en la praxis pues numerosos laudos, tras su cita, han entrado a valorar la regularidad de las fases previas del procedimiento de inaplicación, particularmente del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Pues bien, aunque es frecuente que el laudo arbitral aborde la regularidad del periodo de consultas también lo es que se alcance la conclusión favorable, controlando después la concurrencia del presupuesto causal.

La pregunta sería si el Árbitro en este control de las fases previas considera que las mismas no se han agotado satisfactoriamente podría, sin entrar a controlar la concurrencia de la causa, desestimar por aquél motivo la solicitud de inaplicación. Como ya se señaló, existen algunos ejemplos de laudos arbitrales que adoptan esta solución aunque ciertamente haya una práctica sobre todo por la CCNCC de adoptar mediante decisión la desestimación de inaplicaciones por defectos procedimentales relativos a la fase de consultas. A mi juicio, si bien es correcto tal proceder cuando se trata de la decisión de la CCNCC o del órgano autonómico equivalente, es dudoso en el supuesto de que la resolución de la discrepancia se haya encomendado a un Árbitro.

En primer lugar, porque el régimen jurídico que delimita el “encargo” o el mandato de arbitraje no deja lugar a dudas, al referirse sólo y en términos imperativos al presupuesto causal. El Árbitro tiene un mandato de arbitraje sometido a un marco normativo que no regula esta posibilidad, por lo que resulta dudoso que este facultado para, por ejemplo, desestimar la petición por irregularidades durante las consultas, incumpliendo el “encargo” recibido¹⁴⁰. En segundo lugar, porque nuestros tribunales viene afirmando, que cuando no se han cumplido los requisitos formales de las fases previas, la CCNCC, o el órgano equivalente en la comunidad autónoma, carece de competencia para designar un árbitro. Consecuentemente la nulidad del laudo se fundamenta en la falta de competencia del órgano administrativo para designar al árbitro¹⁴¹.

¹³⁹ Porque la intervención de la CCNCC tiene por finalidad cerrar las discrepancias surgidas en el procedimiento de inaplicación de convenio, lo que no sucederá, cuando no se pronuncie sobre vulneraciones relevantes producidas durante el periodo de consultas, limitándose a constatar si concurre causa y si es adecuada o no con la medida propuesta: SAN de 19/06/2013 (AS 2013\3094).

¹⁴⁰ Ante la inexistencia de compromiso arbitral el ámbito de la actuación del árbitro quedará delimitado por el acuerdo del órgano administrativo que lo nombra que se remite frecuentemente al marco normativo de referencia. Quizás lo más recomendable sea dejar constancia de tales dudas que habrán de ser resueltas en su caso por el órgano judicial con la sanción de nulidad del laudo y cumplir el mandato legal de pronunciarse sobre las causas y su razonabilidad.

¹⁴¹ STS de 15 septiembre 2015 (RJ 2015\4734) (que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre

Finalmente, por lo que se refiere al contenido de la decisión o del laudo estimatorio del descuelgue, estos deben también determinar, en su caso, la duración temporal de la inaplicación convencional¹⁴². Al igual que vimos en relación con el acuerdo colectivo de descuelgue, la cuestión debatida ha sido la posibilidad de que el laudo o la decisión acuerden la inaplicación con efectos retroactivos. A este respecto han sido numerosas las sentencias que han declarado que el descuelgue o apartamiento del convenio colectivo sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional sin que pueda tener efectos retroactivos¹⁴³.

10.3. Plazo para emitir la decisión arbitral y eficacia del laudo

El art. 82.3 ET determina que la decisión que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos.

El incumplimiento del plazo determina la nulidad del laudo. El laudo arbitral es nulo, se confirma en sede judicial, porque no se han observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto (art 91.2 del ET) y en concreto porque el laudo se ha dictado una vez transcurrido el plazo de 25 días establecido en el párrafo 8 del art 82.3 del ET¹⁴⁴.

La nulidad del laudo es, a mi juicio, la consecuencia directa de que el mandato de arbitraje fija el ámbito material y temporal del llamado “encargo” por lo que llegado el término final del plazo de 25 días establecido cesa la capacidad del árbitro. Por ello en algunas regulaciones autonómicas el *dies a quo* viene determinado por la fecha de aceptación del árbitro, o la de subsanación de la solitud. Además debe tenerse presente que el referido plazo, a diferencia de lo que acontece en relación con los arbitrajes voluntarios, no podría ser ampliable por acuerdo de las partes del conflicto pues no ha sido la voluntad de las mismas, vía compromiso arbitral, la “fuente” del mandato arbitral, sino la decisión del órgano competente en materia de inaplicación convencional¹⁴⁵.

(AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013); SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

¹⁴² STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife) de 30/06/2015 AS 2016\286 En un supuesto de descuelgue salarial declara como efectos derivados de la temporalidad de la medida el derecho al percibo de todos los incrementos retributivos correspondientes al periodo establecido de la inaplicación o descuelgue salarial, tras la finalización de la medida temporal.

¹⁴³ STS 7/07/2015. RJ 2015\3245.

¹⁴⁴ STSJ Andalucía (Granada) de 22/09/2016 (Rec.1564/2016).

¹⁴⁵ Por ello, no se ha declarado la nulidad de un laudo si se ciñó a lo requerido en el compromiso arbitral, aunque se extralimitará en el tiempo legalmente establecido, porque se puso en cono-

En cuanto a su eficacia, dispone el art. 82.3 que tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas. El legislador no les atribuye pues la misma eficacia que a los laudos arbitrales sobre interpretación y aplicación del convenio colectivo a los que el art. 91.2ET confiere la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos estatutarios Sea cual sea la razón que haya tenido el legislador para no dotarles de igual eficacia¹⁴⁶, lo cierto es que tal y como se afirmó en relación con los acuerdos de inaplicación sería coherente que los laudos tuvieran igual eficacia jurídica que el convenio colectivo que modifican pues, en definitiva, como se argumentó una vez acordados, pasarían a integrar el contenido de aquel, estarían vinculados por su propia vigencia temporal, que no pueden sobrepasar, es decir, integrarían el bloque normativo regulador de las condiciones de trabajo en la empresa.

11. CONTROL JUDICIAL DE LA DECISIÓN O LAUDO ARBITRAL

11.1. Doctrina constitucional sobre el control judicial de fondo

Para salvar la constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, de esta intervención pública y obligatoria de la CCNCC o de los órganos autonómicos correspondientes, el TC establecería que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral (STC 119/2014, FJ 5 A). De conformidad con la doctrina constitucional, el arbitraje obligatorio sólo resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión¹⁴⁷.

Por ello, el control judicial sobre la decisión o el laudo obligatorio de inaplicación convencional no se limita a aspectos externos o procedimentales, es decir, al enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral y sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, sino que se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, es decir alcanza también a impugnaciones fundadas en la lesividad a terceros y en su ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a este último motivo impugnatorio.

cimiento de las partes, que no se opusieron a la ampliación del plazo, STSJ Galicia de 15/07/2011, (EDJ 2011, 190871).

¹⁴⁶ Se ha afirmado que el ET no les atribuye igual eficacia que un convenio colectivo lógicamente pues se trata de una decisión dirimente resultante del arbitraje obligatorio de órganos con participación de las Administraciones públicas, M.E. Casas Baamonde, op. cit..

¹⁴⁷ SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, (FJ 3); y 75/1996, de 30 de abril, (FJ 2).

Se trata de un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral, que, como aclara el TC, si estaría acotado a “aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional” y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas.

Ahora bien, el control judicial no podría alcanzar a aquellos contenidos de la decisión o laudo arbitral que resuelvan conflictos de intereses o económicos, que como señalaría la STC 119/2014 serían los relativos al grado o intensidad de la modificación de las condiciones de trabajo y la duración del período de inaplicación y que sólo pueden ser resueltos en vía extrajudicial. De esta forma, el Tribunal Constitucional distingue entre los diferentes conflictos jurídicos y económicos que ha de resolver la decisión o laudo arbitral y el correspondiente alcance del control judicial sobre la solución arbitral de los mismos.

En base a esta interpretación, el TS distingue, según se trata de arbitraje voluntario u obligatorio, de una parte, las reglas específicas delimitadoras de la *cognitio* de la jurisdicción relativas al control de los requisitos y formalidades de la actuación arbitral y a la incongruencia por exceso del laudo, en el caso de arbitraje voluntario cuando se mantiene en plenitud la intervención de la autonomía colectiva. Y de otra parte, cuando la decisión de la CCNCC actúa como último mecanismo ofrecido por el legislador para dirimir la discrepancia persistente entre las partes, que, en cambio, no supone la exclusión de la jurisdicción y, por ello, la revisión judicial en salvaguarda del derecho a la tutela puede tener unos contornos más amplios¹⁴⁸.

11.2. Impugnación judicial de la decisión o el laudo arbitral

Centrando ya nuestra atención en la regulación legal y la interpretación judicial sobre la misma, hemos de señalar que, de conformidad con el art. 82.3 ET, la decisión o el laudo sólo serán recurribles conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET. La decisión o el laudo serán pues susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS). Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (art. 91.2 ET).

El cauce adecuado para la impugnación directa por los sujetos legitimados será el de impugnación de convenios colectivos por los trámites del procedi-

¹⁴⁸ STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

miento de conflictos colectivos y el laudo podrá impugnarse por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros.

Los dos motivos, previstos específicamente para la impugnación del laudo, por el art. 91.2 ET, la infracción de los requisitos y formalidades establecidas para el procedimiento arbitral, infracción que deberá ser esencial¹⁴⁹, y que el laudo resuelva cuestiones no sometidas a su decisión, esto es, que sea “*ultra vires*” se encuentran también previstos para otros tipos de laudos arbitrales¹⁵⁰. A los anteriores se añaden los motivos previstos para la impugnación de convenios colectivos (ilegalidad y lesividad para terceros) lo que permite un control judicial de fondo tal y como han interpretado la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

La remisión que el art. 82.3 ET hace al art. 91 ET precisa de matices y debe ser integrada con la interpretación constitucional ya transcrita. Las decisiones y laudos, producidos en aplicación del art. 82.3 ET, son impugnables por ilegalidad, lesividad y por *ultra vires* y vicios procedimentales. Y, más concretamente, el TS ha declarado que nada hay de anómalo, sino todo lo contrario, en que el control judicial examine las causas del descuelgue (detectando si son novedosas o no), la concurrencia de sus presupuestos (comprobando si se ha negociado o no de buena fe), el alcance de sus medidas (valorando su pertinencia o adecuación) y el ajuste procedimental (tanto en el interior de la empresa cuanto con posterioridad)¹⁵¹. Y así, ha afirmado que es propio del control judicial de la decisión de la CCNCC el análisis de la congruencia entre el procedimiento seguido ante ella y el necesario periodo de negociación previo de cuyo fracaso trae causa su intervención¹⁵². En consecuencia, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del Laudo cuando la CCNCC nombra arbitro careciendo de competencia, por ejemplo, al haberse alcanzado un acuerdo de mediación que dejaba sin efecto un proceso de descuelgue anterior sobre igual convenio, sin que concurren nuevas causas¹⁵³, al existir un acuerdo de la comisión paritaria desestimatorio de la

¹⁴⁹ STSJ Comunidad Valenciana, de 22/01/2008 (AS 2009/369).

¹⁵⁰ La impugnación por *ultra vires* y por vicios *in procedendo* está prevista con carácter general por el art. 41.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje. Para los laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social que no tengan establecido un procedimiento especial el art. 65.4 LRJS establece que las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación se sustanciarán, a instancia de los interesados, por los trámites del procedimiento ordinario, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas. La acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo.

¹⁵¹ STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

¹⁵² STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013).

¹⁵³ STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del laudo arbitral ya que la CCNCC actuó nombrando arbitro, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados (acuerdo de mediación en el SIMA por el que se convino no aplicar las tablas salariales

inaplicación convencional, e igualmente si no han existido verdaderas consultas por faltar el deber de negociar de buena fe¹⁵⁴.

Por lo que se refiere al plazo para recurrir, la exclusión de la normativa sobre impugnación de laudos de la LRJS, en concreto del art. 65.4 impediría aplicar el plazo de caducidad de 30 días que podría ser considerado más adecuado, por lo que las tesis posibles serían aplicar el plazo de prescripción de un año que rige para la impugnación de los acuerdos de descuelgue¹⁵⁵, o afirmar que sería impugnabile durante su vigencia¹⁵⁶. A mi juicio, atendiendo que el plazo de prescripción de un año es la solución adoptada por los órganos judiciales para la impugnación de los acuerdos de descuelgue considero preferible tal solución.

En cuanto a la legitimación activa es preciso interpretar las previsiones establecidas para el procedimiento de impugnación de convenios colectivos, de conformidad con el art. 91 ET y el art. 82.3 ET. Se ha venido descartando la demanda de oficio frente a los laudos dictados para la resolución de las discrepancias ex art. 82.3 pues el presupuesto para ello es que el control administrativo se produzca *ex ante*¹⁵⁷. Si sería posible la impugnación por terceros con base en lesividad, así por ejemplo por la empresa afectada por la inaplicación. Y podrá ser impugnado por los representantes de los trabajadores¹⁵⁸ y por la empresa. En efecto, por lo que se refiere a la legitimación activa, debe permitirse a quien ostenta un interés legítimo (art. 17.1 LRJS) impugnar el laudo por vicios procedimentales y ultra vires, que escapan a los estrictos límites de legitimación activa derivados del art. 165 LRJS, por expresa mención del art. 91 ET, propiciándose así el efectivo control de estas capitales cuestiones por los órganos judiciales¹⁵⁹.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, además de los sujetos previstos en el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, la doctrina

de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas)

¹⁵⁴ STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

¹⁵⁵ J.M. Goerlich Peset, *op. cit.*, p. 122.

¹⁵⁶ Para J. B. Vivero Serrano (*op. cit.*, p. 163), no es aplicable pues el art. 65.4 de la LRJS que establece que la acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo”, y quizás tampoco el plazo de prescripción ex art. 59 ET establecido por los Tribunales para los acuerdos de descuelgue, como aclararía la SAN de 28/01/2013 (Rec. 316/2012).

¹⁵⁷ R. Bodas Martín, *op. cit.*, p. 504.

¹⁵⁸ También por la comisión ad hoc que negoció en las consultas dada la interpretación amplia en legitimación negocial de conformidad con la interpretación constitucional sobre admisión del arbitraje frente al derecho a la tutela judicial ex art. 24.1 CE

¹⁵⁹ SAN de 28/01/2013 (AS 2013\107) A.V. Sempere Navarro, y L. Meléndez Z Morillo-Velarde, El «descuelgue» y otras vías de inaplicación del convenio colectivo, «Francis Lefèbvre», 2014, p 147.

judicial ha declarado que la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente están legitimados pasivamente con la consecuencia de que ha de ser llamado a este proceso, normalmente sin responsabilidad alguna, aunque también podría tenerla, por ejemplo, en el supuesto de que la Sala anulase el arbitraje por falta de imparcialidad del árbitro que ha nombrado, en cuyo caso tendría que proceder al nombramiento de un nuevo árbitro que sí lo fuera¹⁶⁰.

Finalmente, el laudo, tal y como afirmamos del acuerdo de descuelgue, también puede ser objeto de impugnación indirecta mediante la acción individual de los trabajadores afectados por los actos de aplicación de la referida decisión o laudo arbitral, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

¹⁶⁰ TSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514) sobre la legitimación pasiva de la Comissio de Convenis Collectius del Consell de Relacions Laborals.