

Libro V

La negociación colectiva: el convenio colectivo y demás acuerdos colectivos.

El convenio colectivo de empresa y el descuelgue: remedios ante la debilidad del modelo laboral español.

Fernando Sicre Gilabert

Dr. en Economía y Dr. en Derecho

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1. Introducción: La modernización del mercado laboral pasa ineludiblemente por la determinación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa.

La negociación colectiva en España, por su especial naturaleza jurídica, se convierte en el centro de producción normativa, que podría posibilitar hacer realidad los derechos reconocidos en los artículos 35 CE y 38 CE. Lo acontecido hasta 2012, desde la época de la Dictadura, es que el marco jurídico regulador de la negociación colectiva, ha lesionado gravemente la productividad y competitividad de la economía española, por cuanto ha supuesto un freno a la creación de empleo y a la creación de empresas.

El modelo de relaciones laborales vigente, cuando se desencadena la crisis estaba más que agotado y requería su reforma inmediata. Se precisa adecuarlo, para un funcionamiento realmente eficaz y eficiente, que posibilite la consecución real del pleno empleo.

Teniendo en cuenta las fuentes aplicativas de la normativa laboral, el convenio colectivo es la norma que se encuentra en la base de la pirámide normativa, por así exigirle el cumplimiento del principio de norma mínima. De igual forma, a la hora de su aplicación, es la norma que regula en la práctica las condiciones de trabajo, por aplicación del principio de la norma más favorable.

La aplicación de los convenios colectivos en nuestro país, tiene mayor trascendencia que en otros de nuestro entorno, por una serie de circunstancias. Los convenios colectivos tienen eficacia general o “erga omnes”. Se aplican por lo tanto a todos los que conforman su ámbito objetivo de aplicación. Esto, a diferencia de lo que sucede en otros países, cuyos convenios son de eficacia limitada. Lo habitual va a ser la existencia de un sinnúmero de convenios sectoriales de ámbito provincial. Al pactarse habitualmente los convenios colectivos en España, sobre la base de que lo convenido va a tener la condición de máximo, aunque no de derecho, pero sí de facto, se limita en la práctica la posibilidad del contrato como fuente de obligaciones entre las partes contratantes, en atención a las circunstancias individuales de cada trabajador. Es decir, las condiciones que determinan la productividad del factor trabajo, aparecen y son de aplicación directa y casi de manera exclusiva, las recogidas en el convenio colectivo. La consecuencia de todo ello, es que salvo excepciones, el clausulado de los contratos de trabajo, es una constante remisión al clausulado del convenio colectivo.

La Ley 3/2012, opera una auténtica revolución en el Título III ET. Tres cuestiones capitales al respecto:

1. La prioridad aplicativa del convenio de empresa.
2. Salvo pacto en contrario, la ultra actividad del contenido normativo del convenio denunciado, se prorroga hasta un año desde la denuncia del mismo.
3. El descuelgue opera ahora en un ámbito que excede a las masas salariales, ya que se integran en su ámbito de aplicación, todas aquellas cuestiones con incidencia directa en la productividad del factor trabajo.

4. La prioridad del convenio de empresa tiene carácter indisponible, conforme a lo dispuesto en artículo 84.2 último párrafo ET, que establece al efecto que “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”. Esta prioridad aplicativa se limita a los conceptos que inciden de manera directa en la gestión de la productividad del factor de producción. De tal modo que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

1. La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
2. El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
3. El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
4. La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
5. La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
6. Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
7. Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET.

Continua diciendo el artículo, que igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias, los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1 ET.

La escasa cultura española en materia de negociación colectiva circunscrita al ámbito de las empresas, va a suponer al menos durante un tiempo, una escasa aplicación del convenio de empresa. Sólo, cuando en los diferentes sectores de la actividad, su existencia determine con claridad una posición competitiva, que difiera ostensiblemente con la del resto de empresas que no dispongan de él, será el momento en el que se generalizará. Una vez más, las condiciones del mercado van a ser determinantes, en poner en marcha definitivamente la institución.

La reforma capital del ordenamiento laboral, ha venido con la Ley 3/2012 y muy especialmente la que afecta al Título III ET. Así, la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo estatutario, se reconducen al apartado 3 del artículo 82.3 ET. En materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue, respecto del convenio colectivo en vigor, dándose prioridad al convenio

colectivo de empresa y se regula el régimen de ultra actividad de los convenios colectivos. Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

Con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia, sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Y para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultra actividad del convenio a un año. Sin embargo lo dicho, la AN en una sentencia del grupo de empresas de Hidroeléctrica del Cantábrico, admitía y utilizaba el término de la contractualización de parte del contenido del antiguo convenio, que había operado por mor de la propia negociación colectiva. Esa sentencia ha sido confirmada por el Tribunal Supremo recientemente. Dadas las circunstancias y la clara contravención del espíritu de la reforma dispuesta de manera inequívoca en la exposición de motivos, el legislador debiera limitar esa llamada “contractualización”, en la forma dispuesta en Francia, que queda circunscrita exclusivamente a la masa salarial recogida en el convenio para cada categoría profesional. Posibilitando su modificación en cualquier caso por la vía del artículo 41 del ET.

2. Concepto.

Se define el convenio colectivo como el acuerdo escrito celebrado entre el empresario o sus organizaciones patronales y la representación unitaria de los trabajadores en la empresa o las representaciones sindicales, por el que se regulan las condiciones de trabajo y de empleo, amén de cualquier otra materia que afecte al interés colectivo de las partes que lo negocian. La negociación colectiva está directamente vinculada con la institución del convenio colectivo, en cuanto que aquella es considerada el proceso por el que las partes legitimadas para negociar este, tratan de acordar una serie de estipulaciones de naturaleza laboral, llamado contenido objetivo del convenio colectivo, que conformaran el régimen jurídico aplicable en el ámbito de la representación o de los interlocutores que negocian, llamado ámbito subjetivo del convenio y durante el tiempo que se acuerde, llamado ámbito temporal del mismo.

El convenio colectivo es fuente de Derecho del trabajo, que se impone sobre las condiciones individuales pactadas por las partes del contrato, que son fuentes de obligaciones. Por virtud del principio de norma mínima, éstas no pueden contravenir las estipulaciones convencionales, que son en cualquier caso calificadas como normas de derecho objetivo.

La expresión “fuerza vinculante de los convenios colectivos”, recogido en el artículo 37 CE, supone otorgar al contenido normativo de los convenios colectivos, la consideración de norma de derecho objetivo, que se imponen al clausulado en que consiste el contrato de trabajo.

3. La negociación colectiva como derecho constitucional.

El artículo 37 CE establece que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Ese derecho constitucional a la negociación colectiva, se proyecta sobre la ordenación de las relaciones de trabajo, sin limitarse a la mera fijación de las condiciones de trabajo. El concepto de fuerza vinculante de los convenios colectivos, nos lleva a la condición de fuente del derecho del convenio colectivo, en los términos establecidos en el artículo 3 ET, en cuya virtud su contenido normativo se impone a las relaciones laborales de carácter individual, de manera automática y sin necesitar de la utilización de técnicas de contractualización para que ello opere como tal.

La negociación colectiva se configura en consecuencia como derecho constitucional, del que son titulares los representantes de los trabajadores y los empresarios y las organizaciones patronales, que planea y condiciona la ordenación de las relaciones de trabajo, que no se circunscribe a las meras condiciones de trabajo.

Dejando claro que el derecho a la negociación colectiva es un derecho constitucional, el TC en repetidas ocasiones ha resuelto, que el convenio colectivo tiene que respetar la Ley, lo contrario supondría infracción al principio de norma mínima y por ende al esquema de fuentes del Derecho del trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 ET. De ahí el Auto del TC que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Social de la AN, contra el RD-Ley 8/2010, que adopta medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Con criterios similares se ha pronunciado el TS, entre otras, en Sentencia 13-6-2012. Lo que viene a indicarnos sin género de dudas, que el contenido de los convenios colectivos deben cumplir las normas superiores en rango, considerando al efecto la pirámide que se instituye como fuentes del Derecho del trabajo, desde una perspectiva estática de las mismas y que se basan en la aplicación del principio de norma mínima. Es elocuente al efecto, lo dispuesto para la negociación colectiva de los empleados públicos sujetos al Derecho del trabajo, que se regirá por la legislación laboral de carácter general, sin perjuicio del articulado comprensivo del Capítulo IV de la Ley 7/2007, cuyo artículo 32 dispone que “...expresamente le son de aplicación”. Con posterioridad, por RD-Ley 20/2012, se introduce un segundo párrafo al referido artículo 32, que ya existía en la propia Ley 7/2007, concretamente en su artículo 38.10, para el caso de Pactos y Acuerdos de los funcionarios públicos, que manifiesta que “se garantizará el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las administraciones públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”. Esto debe conectarse con lo dispuesto en la

Disposición Adicional Segunda RD-Ley 20/2012, que determina qué situaciones deben considerarse excepcionales y cuales causas son calificadas como graves para el interés públicos, estableciendo la disposición referida al efecto que “se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas, cuando las Administraciones públicas deban adoptar medidas o planes de ajustes, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico-financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. Curiosamente la Sentencia del TS de 28-9-2011, limitó exclusivamente el ámbito aplicativo del artículo 38.10 de la Ley 7/2007, al personal sujeto a Derecho administrativo, no al personal laboral de las administraciones públicas y por ende sujetos al Derecho del trabajo. Lo cual, no casa bien con el esquema de fuentes del Derecho del trabajo y el principio de norma mínima. La disfunción ha sido finalmente resuelta en los términos antes dispuesto.

El derecho a la negociación colectiva desde la óptica de su configuración como derecho constitucional, exige hacer las siguientes apreciaciones:

1. Es un derecho constitucional en principio no tutelable por la vía del recurso de amparo, con la excepción de que la vulneración del derecho de negociación colectiva, suponga también lesión del derecho de libertad sindical.
2. El derecho a la negociación colectiva es siempre un derecho de titularidad colectiva, sindicatos y representación unitaria de los trabajadores, por una parte y organizaciones patronales incluyendo en dicho concepto al empresario como tal, que a estos efectos va a ser siempre considerado como sujeto colectivo.

4. La naturaleza jurídica del convenio colectivo: Convenio colectivo estatutario y convenio colectivo extra estatutario. Otros acuerdos colectivos.

El convenio colectivo estatutario es el regulado por el Título III ET. El convenio colectivo extra estatutario es el no regulado por el Título III ET, es decir, es el negociado entre los representantes de los trabajadores y el empresario, sin considerar las reglas de legitimación y procedimiento negociador que exige el Título III, para ser considerado convenio colectivo estatutario. Los acuerdos de empresas y otros pactos y acuerdos colectivos empresariales, se aplican en defecto de convenio colectivo.

La negociación colectiva está constitucionalmente amparada, desde luego cuando quien negocia es un sindicato, conforme al artículo 37 CE. Con independencia de que el resultado de la misma sea un convenio colectivo estatutario o que lo sea extra estatutario. Cuando es la representación unitaria de los trabajadores la que negocia en nombre de los trabajadores, el amparo constitucional se encuentra en los artículos 7 CE y 28 CE¹.

¹ STS 18 de febrero de 2003.

El convenio colectivo extra estatutario que supone un acuerdo colectivo suscrito entre representantes de los trabajadores y el empresario, tiene su marco legal directamente en el artículo 37 CE, pero no en el Título III ET. Al carecer por lo tanto de otro soporte normativo que no sea el invocado artículo 37 CE, se rige por las normas generales de la contratación dispuesta en el CC, sobre la base de serles de aplicación las reglas y principios del Derecho del Trabajo, regulador de cada una de las instituciones que incluya en su contenido². Un convenio colectivo negociado en principio siguiendo el procedimiento y régimen jurídico dispuesto en el Título III ET, pero que no ha sido objeto de depósito, registro y publicación, deber ser calificado de extra estatutario y por ende de eficacia limitada³.

Lo más sobresaliente del convenio colectivo extra estatutario es que la empresa tiene libertad para seleccionar a su interlocutor. A lo que hay que añadir, que la acción sindical de cada sindicato es una cuestión que dentro de los parámetros de la legalidad, compete en exclusiva a cada uno de ellos, que pueden establecer “motu proprio” el tipo de convenio colectivo a conformar con la otra parte, que más se adecue a las estrategias y fines sindicales, en defensa de los intereses que le son propios⁴.

4.1. Diferencias entre el convenio colectivo estatutario y el extra estatutario.

La diferencia fundamental estriba en la eficacia personal. Así, mientras el convenio colectivo estatutario tiene eficacia personal general “erga omnes”, lo que viene a decir que el convenio es de aplicación a todos los trabajadores y empresarios que constituyen su ámbito de aplicación, o lo que es lo mismo, a todos los incluidos en la correspondiente unidad de negociación. Por lo tanto, con independencia que los trabajadores estén afiliados o no a los sindicatos negociadores y los empresarios a las organizaciones patronales correspondientes. Sin embargo, el convenio colectivo extra estatutario tiene eficacia personal limitada, a los trabajadores y empresarios que en un principio formalizaron dicho convenio, debiéndose incluir en dicho ámbito de eficacia, a los que con posterioridad se adhieran al mismo, por cualquiera de los medios legales existentes⁵.

La jurisprudencia atribuye al convenio colectivo extra estatutario eficacia contractual, en los términos establecidos en el artículo 3.1.c) ET⁶, mientras que al convenio colectivo estatutario le otorga eficacia normativa conforme a lo establecido en el artículo 3.1.b) ET⁷. Todo ello nos lleva a considerar que el convenio colectivo extra estatutario o pacto colectivo, se sitúa en el mismo nivel que el contrato de trabajo, como

² STS 18 de febrero de 2003.

³ STS 24 de septiembre de 2013.

⁴ STS 8 de junio de 1999.

⁵ STS 24 de junio de 2008.

⁶ Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

⁷ Fuentes de la relación laboral. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: Por los convenios colectivos.

mera fuente de derechos y obligaciones individuales, a pesar que el ámbito subjetivo tenga naturaleza colectiva y no individual, como ocurre en el caso del contrato de trabajo.

Analizando la cuestión desde la perspectiva de las fuentes estáticas del Derecho del Trabajo, el convenio colectivo estatutario aparece como fuente del Ordenamiento jurídico, en cuanto fuente de derecho objetivo. Aplicándosele el principio de norma mínima, típico en el análisis ahora realizado y que consiste en el respeto de su clausulado a las normas que le preceden en dicha pirámide normativa, que arranca con la CE y termina antes que los convenios colectivos, con las normas de naturaleza estatal y con rango inferior a la Ley⁸. Desde la perspectiva del análisis de la teoría de las fuentes dinámicas, o sea, la que va ser aplicada al caso concreto en el mundo laboral, el convenio colectivo ofrece preeminencia sobre las demás, con la excepción de las condiciones más beneficiosas de carácter individual, incorporadas al clausulado del contrato de trabajo, que calificadas en este contexto como fuentes de obligaciones, tienen primacía en cuanto a su aplicación, siempre respetando lógicamente el principio de norma mínima, principio de capital aplicación en la teoría estática de las fuentes, que significa que la norma inferior no puede contradecir la de superior rango. Pues bien, el convenio colectivo extra estatutario hay que analizarlo ahora en los mismos términos, que el análisis practicado para el clausulado del contrato de trabajo.

Otra vía de análisis y de diferenciación entre ambos, es el de la eficacia personal “erga omnes” o general que se le atribuye al convenio colectivo estatutario, asignándosele al extra estatutario eficacia personal limitada a los afiliados a las asociaciones o sindicatos firmantes del pacto. Ello, sin perjuicio de las posibles adhesiones que se produzcan a futuro, una vez firmado el pacto o cuando el empresario “motu proprio”, decide aplicarlo a toda la plantilla, otorgándose en virtud de su propia conducta, eficacia personal general en el ámbito de la empresa.

La jurisprudencia ha ido construyendo un especial régimen jurídico de los pactos o convenios colectivos extra estatutario, que exceden de la parca regulación de las normas generales de la contratación dispuesta en el CC. La jurisprudencia se arroga como no podía ser de otra forma, amoldar dicho régimen jurídico a las reglas y principios del Derecho del Trabajo. De ahí, que es preciso resaltar al respecto lo siguiente:

1. Se considera operativa la institución del consentimiento tácito, cuando la empresa decide extender a toda la plantilla el contenido del pacto colectivo, en principio firmado entre esta y una parte de los trabajadores⁹.
2. El contenido del pacto colectivo no genera condiciones más beneficiosas más allá de su ámbito temporal de vigencia¹⁰.
3. Al no ser considerado el contenido del pacto colectivo norma de derecho objetivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 LISOS, que define las infracciones administrativas laborales, como las acciones u omisiones de los

⁸ Reales Decretos y Órdenes.

⁹ STS 30 de marzo de 1999.

¹⁰ STS 25 de febrero de 2009.

empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción socio laboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley, no es posible su fiscalización por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y en consecuencia, las posibles infracciones al clausulado de dichos pactos, no pueden suponer la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la Administración laboral. Sólo cabe iniciar al respecto el correspondiente procedimiento judicial, solicitando daños y perjuicios en virtud de los eventuales incumplimientos.

4. La demanda comunicación de oficio de la autoridad laboral se refiere exclusivamente a los convenios estatutarios y nunca a los extra estatutarios¹¹.

5. Los convenios colectivos extra estatutarios pueden ser impugnados por la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos¹².

6. El empresario en ningún momento está obligado a negociar un convenio colectivo extra estatutario¹³.

7. Tanto los convenios colectivos extra estatutarios, como los acuerdos de empresas o aquellos acuerdos fruto de la negociación informal en el marco de la empresa, no se publican generalmente. Sin embargo, la solicitud de depósito de estos está prevista en la Disposición Adicional Segunda R.D 713/2010, de 28 de mayo, de registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

4.2. Los acuerdos de empresas y otros acuerdos colectivos.

Además de los convenios colectivos estatutario y de los extra estatutarios, existen los acuerdos de empresas y otros acuerdos o pactos colectivos empresariales. Sus naturalezas jurídicas difieren de la del convenio colectivo estatutario.

Los acuerdos de empresas van a tener eficacia “erga omnes” la mayoría de las veces, ya que los legitimados para su negociación junto a la empresa, son las representaciones unitarias de los trabajadores, bien las secciones sindicales que representen la mayoría de los miembros de la representación unitaria, significando ello en estos casos que tienen eficacia respecto de todos los trabajadores.

El propio ET se encarga de remitirse a la posibilidad del acuerdo o pacto de empresa en varios de sus artículos¹⁴, referidos a la determinación del sistema de

¹¹ Artículo 90.5 ET y artículos 163 y 164 LJS.

¹² Ello es así y no podemos considerar determinante el hecho de que la redacción del artículo 163.1 LJS, haya suprimido la referencia que sí aparecía en el artículo 163.1 LPL que decía “cualquiera que sea la eficacia del convenio colectivo”.

¹³ STS 24 de febrero de 2005.

clasificación profesional en la empresa, los ascensos, los modelos de recibos de salarios, el mes de percepción de la segunda paga extraordinaria, la distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año, la distribución del tiempo de jornada diario y la acomodación del número de representantes ante las disminuciones significativas de plantillas.

Además de los supuestos mencionados y recogida su posibilidad de materialización en el propio articulado del ET, enunciamos a continuación un segundo grupo de acuerdos de esta naturaleza, referidos ahora a los acuerdos habidos como consecuencia de los procedimientos entablados de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, expedientes de regulación de empleo suspensivos del contrato de trabajo o de reducción de la jornada de trabajo y expedientes de regulación de empleo extintivos del vínculo contractual¹⁵. De igual forma y en las mismas circunstancias, se encuentran los acuerdos precisos para llevar a cabo el descuelgue salarial y demás condiciones de trabajo enumeradas en el mismo (Jornada de trabajo; Horario y distribución del tiempo de trabajo; Régimen de trabajo a turnos; Sistema de remuneración y cuantía salarial; Sistema de trabajo y rendimiento; Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39; Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social), previstas en el artículo 82.3 ET.

La jurisprudencia posibilita que en el ámbito de la empresa se formalicen “acuerdos informales”, cuyo ámbito objetivo suele consistir en la actualización de las disposiciones del convenio colectivo que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, así como reemplazar las lagunas de que adolezca el convenio que sea de aplicación. Sin embargo, escapa de la posibilidad de la utilización del acuerdo de empresa, para alterar en perjuicio de los trabajadores, de las condiciones de trabajo recogidas en un convenio

¹⁴ Artículo 22.1 ET: “Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales”.

Artículo 24.1 ET: “Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

Artículo 29.1 ET: “La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres”.

Artículo 31.1 ET: “El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores”.

Artículo 34.2 ET: “Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año”.

Artículo 34.3 ET: “El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas”.

Artículo 67.1, 5º párrafo ET: “Podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

¹⁵ Artículos 40, 41, 47, 51, todos ellos del ET.

colectivo, ya que vigente éste, sus disposiciones tienen carácter normativo¹⁶. La jurisprudencia ha señalado el otro lado del ámbito objetivo de los acuerdos de empresas, también llamados “negociación informal en el marco de la empresa”, referida ahora a actos de gestión del personal pactados colectivamente y no de regulación de condiciones de trabajo, ámbito propio de la negociación colectiva¹⁷.

Tanto los acuerdos de empresas o aquellos acuerdos fruto de la negociación informal en el marco de la empresa, no se publican generalmente. Sin embargo, la solicitud de depósito de estos, está prevista en la Disposición Adicional Segunda R.D 713/2010, de 28 de mayo.

5. El convenio colectivo extra estatutario.

El convenio colectivo extra estatutario es aquel que se negocia entre representantes de los trabajadores y empresarios al margen de las estipulaciones procedimentales establecidas en el Título III ET. La autonomía de la voluntad de las partes negociadoras que acuerdan un convenio colectivo extra estatutario se encuentra sujeto a ciertos límites. Quizás lo más relevante al respecto, es que las partes se aceptan sin más como interlocutor. Es decir, el empresario, que es considerado a todos los efectos negociadores como sujeto colectivo, goza de absoluta libertad para seleccionar su interlocutor¹⁸. Sin embargo, la opción de negociación de un convenio colectivo extra estatutario por la representación social, no puede tener por finalidad la de excluir de manera inadecuada a un sindicato de la mesa de negociación¹⁹. Pero, nada se puede achacar a la lícita estrategia diseñada de acción sindical, que pudiera considerar más conveniente, la negociación de un convenio colectivo extra estatutario, en lugar de uno estatutario, ya que la elección es parte en principio de la estrategia sindical, cuyo fin último es la defensa de los intereses que le son propios, siendo el tipo de convenio elegido el medio para la defensa de esos intereses que le son propios.

No existe procedimiento reglado de negociación para formalizar un convenio extra estatutario, como sí que existe para los estatutarios, que aparece contemplado y detallado en el Título III ET²⁰.

En cuanto a su vigencia, el convenio extra estatutario tendrá la duración que las partes acuerden. Las partes firmantes pueden denunciar el convenio extra estatutario firmado, siempre que manifiesten su voluntad inequívoca de poner fin al mismo.

Denunciado un convenio estatutario, se puede firmar un convenio extra estatutario que afecte a la misma unidad de negociación, no suponiendo ello la conculcación de las reglas de prohibición de concurrencia de convenios en un mismo ámbito de negociación, ya que esta regla sólo es referida a dos convenios estatutarios. Sí

¹⁶ STS 21 de diciembre de 2009.

¹⁷ STS 24 de mayo de 2004.

¹⁸ STS 11 de marzo de 2003.

¹⁹ STS 8 de junio de 1999.

²⁰ Artículo 90.2.3.5.6, desarrollado en el RD713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos.

algún trabajador rechaza adherirse al convenio extra estatutario, le sigue siendo de aplicación el contenido normativo del convenio estatutario que permanezca vigente conforme al principio de ultra actividad.

Con carácter general, el convenio colectivo extra estatutario tendrá eficacia entre las partes firmantes, es decir, afecta al empresario o empresarios y trabajadores representados por las partes firmantes. También es posible la utilización de la institución de la adhesión para extender su ámbito de aplicación a las partes que acuerdan adherirse. De tal modo que sí los trabajadores afiliados a un sindicato no firmante del convenio extra estatutario, decidieran adherirse a dicho convenio extra estatutario y les es impedido²¹, se contraviene el derecho de libertad sindical, como derecho individual de dichos trabajadores que lo pretenden. De tal forma que no debe aparecer por ilícita en el clausulado del convenio colectivo extra estatutario, una cláusula que limite la adhesión individual a los afiliados a un sindicato no signatario del acuerdo.

La extensión del convenio extra estatutario a partes no signatarias del mismo, no puede hacerse sin contar con el consentimiento de las partes signatarias, lo que es distinto desde luego de la adhesión voluntaria e individual de los trabajadores representados por esas partes no firmantes, que lo podrán hacer en cualquier momento en virtud del derecho de libertad sindical. La adhesión puede hacerse de manera expresa o tácita. Se considera suficiente el consentimiento como elemento que perfecciona el contrato.

No vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, cuando el empresario exige a los trabajadores no afiliado al sindicato firmante del convenio extra estatutario, que manifiesten por escrito su intención de que no le sea aplicable dicho convenio extra estatutario²².

Son supuestos usuales de negociación colectiva extra estatutaria:

1. La inexistencia de representantes legitimados para negociar un convenio colectivo estatutario.
2. Las partes pretenden que el convenio negociado tenga eficacia limitada.
3. La negociación comienza con la intención de alcanzar como resultado de la misma un convenio estatutario, pero en el transcurso negociador, se frustran las expectativas, siendo declarado ineficaz como estatutario, pudiendo conservar la validez en determinados casos como extra estatutario.
4. Deviene en extra estatutario, cuando en el ámbito de la negociación del convenio estatutario que se negociaba “ab initio”, no se guarda la necesaria correspondencia entre representatividad empresarial y ámbito de la negociación²³.

²¹ STS 11 de julio de 2012.

²² STS 10 de junio de 1998.

²³ STS 20 de junio de 2006.

5.1. Legitimados para negociar.

Sí el ámbito del convenio es superior al de la empresa, todos los sindicatos están legitimados para la negociación, incluidos los que no adquieren la condición de más representativos, ni los de mayor implantación en su ámbito de aplicación. Por el lado empresarial están legitimados para negociar, todas las asociaciones empresariales, incluidas aquellas que no reúnan los porcentajes de representatividad, para negociar un convenio estatutario en el ámbito que sea.

Cuando el convenio extra estatutario es de empresa o inferior a ella, se exige con carácter general la mayoría de los miembros que conforman la representación unitaria de los trabajadores, ya que el ET exige que el órgano de representación unitaria de los trabajadores, ya sea comité de empresa, ya estén constituidos por delegados de personal, adopte las decisiones que tome por mayoría de sus miembros.

La exclusión de un sindicato, mayoritario o minoritario en el ámbito de negociación, en la negociación de un convenio extra estatutario no supone infracción al principio de libertad sindical, permitiendo de manera clara la jurisprudencia²⁴ la no admisión en la negociación de un sindicato con carácter general.

En los convenios extra estatutarios no existe el deber de negociar, que sí existe en el ámbito de la negociación colectiva estatutaria, por no serle de aplicación a aquella el artículo 89.1 ET.

5.2. Control judicial.

Están legitimados para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, por los trámites del proceso de conflicto colectivo, determinados sujetos colectivos²⁵. La impugnación del convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, comprendiendo pues el convenio colectivo extra estatutario, se llevará a cabo por los trámites de la modalidad procesal del conflicto colectivo. Fundamentada la impugnación en la ilegalidad, la legitimación la ostentan la representación unitaria de los trabajadores, las representaciones sindicales en la empresa, los sindicatos y las asociaciones empresariales interesadas.

No siendo la vía adecuada la impugnación de oficio por la autoridad laboral del convenio colectivo extra estatutario²⁶, en cuanto que el artículo 163.1 LJS se refiere expresamente a los convenios colectivos estatutarios, contradice lo expuesto la jurisprudencia²⁷ que admite la utilización de esta modalidad procesal, para la

²⁴ STS 8 de febrero de 2012.

²⁵ Cualquier sindicato con representatividad suficiente, aunque no lo hubiere suscrito; quienes no lo suscribieron, siempre que se advierta ilegalidad o lesividad;

²⁶ STS 4 de diciembre de 2000.

²⁷ STS 26 de enero de 2010.

impugnación de pactos o acuerdos colectivos de eficacia limitada, incluyendo por ende los convenios extra estatutarios.

6. La diferente tipología de la negociación colectiva estatutaria.

6.1. Acuerdos interprofesionales, convenios y acuerdos sobre materias concretas.

Con la denominación “otros acuerdos o pactos colectivos”, calificados como convenios colectivos estatutarios, señalamos los acuerdos interprofesionales, los convenios sectoriales estatales o autonómicos²⁸ y los acuerdos sobre materias concretas²⁹. Todos ellos deberán ser suscritos por sindicatos y organizaciones patronales más representativas o en su caso aquellos que en su ámbito cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en el ET. El acuerdo interprofesional es un instrumento colectivo, cuya base justificativa reside en la autonomía de la voluntad colectiva y que difiere del convenio colectivo ordinario por su función y contenido. Es un especial tipo de convenio cuya finalidad es articular la futura negociación colectiva ordinaria en sus diferentes ámbitos³⁰, es decir, articular las condiciones para la ulterior negociación colectiva ordinaria, por lo que sus previsiones tienen naturaleza formal y no sustantiva.

Estamos hablando en primer lugar de los acuerdos interprofesionales, recogidos en el artículo 83.2 ET, también llamados acuerdos o convenios marcos, que tienen por finalidad el establecimiento de reglas sobre la estructura de la negociación colectiva en el ámbito interprofesional o sectorial, bien la determinación del propio contenido de los convenios colectivos negociados en ámbitos inferiores. De tal forma que el convenio marco se caracteriza por la amplitud de la unidad de negociación, ya sea desde el punto de vista de territorial como funcional, ya sea por su finalidad, referido fundamentalmente al establecimiento de reglas y normas conformadoras de la estructura de la negociación colectiva ordinaria ulterior³¹.

Entre los segundos (acuerdos sobre materias concretas, recogidos en el artículo 83.3 ET), tienen por finalidad el establecimiento de forma directa de una determinada

²⁸ Artículo 83.2 ET: “Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en la presente Ley”.

²⁹ Artículo 83.3. ET: “Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos”.

³⁰ STS Justicia de Galicia 16 de marzo de 1995.

³¹ STS 22 de octubre de 2013.

regulación, que se impone sin más en un convenio colectivo posterior de ámbito inferior³².

Tanto los acuerdos marcos, los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales estatales y autonómicos, así como los acuerdos sobre materia concretas han de ser objeto de inscripción en los registros que correspondan³³. Si bien se especula con la posibilidad de que dichos acuerdos, sean formalizados no solo con los sindicatos y organizaciones patronales más representativas en los niveles estatales o autonómicos, sino también con por quienes estén legitimado para negociar sectorialmente.

En cualquier caso, hay que hacer la siguiente precisión. Determinar la estructura de la negociación colectiva y su adecuación en los ámbitos inferiores, solo es válida cuando el acuerdo lo suscriban las asociaciones patronales o sindicales más representativas³⁴.

El laudo arbitral y los acuerdos habidos consecuencia de la mediación, expresamente contempladas ambos en el artículo 91 ET³⁵, tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en el Título III ET, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral, tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto un convenio colectivo estatutario. Han de ser objeto de inscripción en los registros que correspondan³⁶.

El acuerdo que pone fin a una huelga tiene la eficacia de lo acordado en convenio colectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 RDLRT. Han de ser objeto de inscripción en los registros que correspondan³⁷.

Los acuerdos adoptados como consecuencia de la utilización del procedimiento de solución extrajudicial de conflictos, tendrán eficacia de convenio colectivo estatutario, siempre que concurren los requisitos de legitimación previstos en el Título III ET y artículos 154 y 156 LJS. Cuando no se cumplan estos requisitos de legitimación, los acuerdos alcanzados sólo surtirán efectos entre los trabajadores o empresas directamente representados por los sindicatos, organizaciones empresariales o empresas promotoras del conflicto³⁸. Han de ser objeto de inscripción en los registros que correspondan³⁹.

³² STS 16 de noviembre de 1989.

³³ Artículo 2.1.b) RD 713/2010, de 28 de mayo.

³⁴ STS 26 de enero de 2012.

³⁵ El artículo 91.2 ET establece a este respecto que “en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta Ley, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta Ley”.

³⁶ Artículo 2.1.h) RD 713/2010, de 28 de mayo.

³⁷ Artículo 2.1.d) RD 713/2010, de 28 de mayo

³⁸ Artículo 11 ASEC-IV.

³⁹ Artículo 2.1.d) RD 713/2010, de 28 de mayo

Los acuerdos colectivos europeos mencionados en los artículos 154 y 155 TFUE. Señalar a este respecto los acuerdos marcos europeos sobre teletrabajo⁴⁰, sobre el estrés laboral⁴¹ y sobre el acoso y violencia en el trabajo⁴². Estos acuerdos se han incorporado al Derecho español como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 (caso del teletrabajo), Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2005 (caso del estrés laboral) y Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2008 (caso del acoso y la violencia en el trabajo). Todas estos acuerdos se integran en los llamados acuerdos interprofesionales, que ya hemos referenciado a ellos y que son calificados como convenios colectivos estatutarios en todo lo concerniente a su eficacia.

7. Legitimación para negociar el convenio colectivo estatutario.

7.1 Capacidad negociadora.

La aptitud para ser parte en la negociación de un convenio colectivo estatutario exigen la concurrencia en un mismo sujeto de dos atributos: la capacidad negociadora y la legitimación convencional. La primera se refiere a la aptitud genérica para participar en la negociación colectiva en abstracto. La legitimación negocial exige al sujeto que negocia de una aptitud específica para negociar un convenio colectivo determinado.

Tienen capacidad negociadora desde el prisma de los trabajadores, en los convenios de empresas o de ámbito inferior, los comités de empresas y los delegados de personal, así como las secciones sindicales si existieran. En los convenios supra empresariales, los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales.

Desde el lado empresarial, en los convenios colectivos de empresas o de ámbito infra empresarial, el propio empresario o las personas que este apodera para ello. Mientras que en los convenios de ámbito supra empresarial, las asociaciones empresariales, federaciones y confederaciones empresariales.

7.2. Legitimación convencional.

Se exige una triple legitimación, quedando regulado ello en los artículos 87, 88.1 y 89.3 ET.

En primer lugar se exige la llamada legitimación inicial (artículo 87 ET), que otorga el derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo.

⁴⁰ Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, de 16 de julio de 2004.

⁴¹ Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, de 8 de octubre de 2004.

⁴² Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, de 26 de marzo de 2004.

En segundo lugar la legitimación plena (artículo 88.1 ET), que supone correctamente constituida la comisión negociadora o la mesa negociadora de un convenio colectivo.

En tercer lugar la llamada comisión decisoria (artículo 89.3 ET), que posibilita aprobar el convenio como tal, finalizadas las deliberaciones. Asegura en el seno de la comisión negociadora un posible acuerdo, que exigirá en cualquier caso la mayoría de cada una de las dos representaciones.

Los artículos 87, 88 y 89 ET determinan reglas⁴³ de legitimación inicial y plena distintas, en función del ámbito del convenio, de empresa o inferior o en su caso supra empresarial.

En el caso de convenios sectoriales, la legitimación inicial exige que cada asociación empresarial⁴⁴, cumpla las exigencias legalmente previstas en el artículo 87.3.c) ET, a saber, que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios, siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados. En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector, las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta, con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.

7.3. La triple legitimación en el convenio de empresa o de centro de trabajo.

7.3.1. Legitimación inicial.

Por el empresario está legitimado el propio empresario⁴⁵. Esta facultad la puede ejercitar el empresario directamente, bien a través de sus representantes.

En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden⁴⁶, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal⁴⁷.

⁴³ Estas reglas son consideradas normas de derecho necesario (STC 73/1984)

⁴⁴ Se considera nulo el convenio negociado por una asociación empresarial que carezca de legitimidad para ello.

⁴⁵ Artículo 87.3.a) ET.

⁴⁶ La intervención en la negociación colectiva corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de

Las sesiones sindicales aparecen recogidas en el artículo 8.2 LOLS y en lo concerniente a la negociación colectiva, menciona el referido precepto que “las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa, tienen derecho a la negociación colectiva”. Es posible la negociación directa por el propio sindicato y no por la sección sindical, atribuyendo la jurisprudencia⁴⁸ que la decisión es una mera cuestión interna del propio sindicato.

El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora, se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 87 ET y en proporción a su representatividad⁴⁹.

Sí la empresa cuenta con varios centros de trabajo, es preciso constituir una comisión negociadora compuesta por una representación proporcional de los distintos comités de empresas o en su caso delegados de personal de los distintos centros de trabajo, debiendo someterse a acuerdo dicha constitución, que deberá ser ratificada por todos los representantes. En el caso de que existiere un comité intercentros, está facultado para negociar el convenio colectivo, siempre que ello esté previsto en el convenio colectivo por el que se acuerda su creación⁵⁰. Su actuación queda en cualquier caso circunscrita al ámbito de la empresa, no siendo posible su intervención en comisión negociadora en convenios de ámbito supra empresarial.

7.3.2. Legitimación plena, que determina la validez constitución de la comisión negociadora.

Por el lado del empresario se constituye por el propio empresario.

Por el lado de los trabajadores tienen legitimación la representación unitaria de los trabajadores (comités de empresa y delegados de personal) o las secciones sindicales sí las hubiere, que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité. En cualquier caso corresponderán a éstas cuando así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal⁵¹.

personal, desde la promulgación del RD-Ley 7/2011, de 10 de junio. Esta prioridad de intervención de las secciones sindicales sobre la representación unitaria de los trabajadores, se determina no solo en relación con la negociación colectiva en el ámbito empresarial o inferior, sino que se establece de igual forma para la negociación de los períodos de consultas en los procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, despidos colectivos y descuelgue de condiciones de trabajo. Afectando la modificación a los artículos 40.2, 41.5, 51.2 y 82.3 ET. éste último considerando la remisión que el mismo hace al artículo 41.4 ET.

⁴⁷ Artículo 87.1 ET.

⁴⁸ STS 16 de septiembre de 2004.

⁴⁹ Artículo 88.1 ET.

⁵⁰ Artículo 63.3 ET.

⁵¹ Artículo 87.1 2º párrafo ET.

El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora, se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados y en proporción a su representatividad⁵².

La designación de los componentes de la comisión negociadora corresponde a las propias partes negociadoras. Para garantizar que los órganos de representación unitaria de los trabajadores se encuentran adecuadamente representados en la comisión negociadora, se debe llevar a cabo un reparto proporcional de los miembros de la representación unitaria en dicha unidad negociadora.

En los convenios de empresas y de ámbito inferior, la comisión no puede estar constituida por más de trece miembros. El ET remite a la autonomía de la voluntad de las partes la determinación del número de miembros, siempre que no rebase el referido de trece, con la excepción de la voluntad manifiesta de excluir de su integración en la comisión negociadora a un sindicato de manera deliberada, lo que lleva a la reducción del número con un claro propósito excluyente⁵³. Sin embargo, es lícito la exclusión de un sindicato con representación en el comité de empresa, que por aplicación del principio de proporcionalidad, quedó excluido de la comisión negociadora. Y en lo que respecta a las candidaturas de trabajadores “independientes” a los órganos de representación unitaria, deben considerarse todas ellas en su conjunto⁵⁴, a la hora de conformar la comisión negociadora, ya que en caso contrario sería prácticamente imposible su presencia en las mismas.

Constitución de la comisión negociadora por las secciones sindicales. El ET les otorga legitimación inicial para negociar un convenio colectivo de ámbito empresarial o inferior. Se exige en cualquier caso, que tales secciones sindicales en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa. Determinando de esta forma la regla de la legitimación plena⁵⁵. Y ello es así, en cuanto que el convenio colectivo afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

El reparto de miembros de las secciones sindicales en el seno de la comisión negociadora, se llevará a cabo conforme a las reglas de la proporcionalidad. Que para el caso que ahora nos ocupa significa que el número de miembros de las secciones sindicales integrantes en la comisión, será proporcional al número de representantes que cada sección sindical tenga en los órganos de representación unitaria de los trabajadores en el seno de la empresa. Dicho de otra manera, los sindicatos tendrán una representatividad en la mesa de negociación, proporcional al número de miembros del comité de empresa o delegados de personal, surgidos en las elecciones a órganos de la representación unitaria de los trabajadores en la empresa⁵⁶.

⁵² Artículo 88.1 ET.

⁵³ STC 137/1997.

⁵⁴ Todas las candidaturas independientes electas, son agrupadas a los efectos de la constitución de la comisión negociadora (STS 30 de octubre de 1995).

⁵⁵ Significa ello, que sí las secciones sindicales no suman la mayoría de los miembros de la representación unitaria de los trabajadores, no pueden designar la comisión negociadora. A contrario, las secciones sindicales legitimadas, o sea, las que suman la mayoría de los miembros del comité de empresa y en su caso de los delegados de personal, les corresponden la selección de los miembros de la comisión negociadora, en representación del lado de los trabajadores, siempre con el límite de trece miembros.

⁵⁶ Artículo 88.1 ET.

Las secciones sindicales de los sindicatos más representativos, ostenta legitimación inicial, pero no por ello sin más ostentan legitimación plena y por ende tener presencia en la comisión negociadora. En caso contrario conculcaría el principio expuesto de la representación proporcional, que debe ser conectado con el de miembros en el órgano de representación unitaria de los trabajadores⁵⁷.

Para realizar los cálculos correspondientes y hacer realidad el principio de representación proporcional⁵⁸, se procede a dividir el número total de representantes integrantes de la representación unitaria de los trabajadores, entre el número de plazas que haya que cubrir por el lado de los trabajadores en la comisión o mesa de negociación, obteniéndose de esta forma los puestos que son otorgados en la mesa de negociación a cada sección sindical. Primero se otorgan los números enteros resultante de la división, adjudicando de esta forma las plazas en la comisión, procediendo posteriormente con los restos decimales procedentes de la división, otorgándolos de mayor a menor.

El sindicato presente en la mesa de negociación a través de las secciones sindicales, tiene libertad plena para decidir quién lo representa en la misma, de tal forma que no es exigible al mismo, la presencia de ningún miembro de la representación unitaria en la comisión negociadora⁵⁹.

7.3.3. La legitimación decisoria.

El artículo 89.3 ET determina que “los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones”. El cómputo de los votos deberá hacerse a través del sistema proporcional⁶⁰ y no por personas integrantes de la comisión, por cada una de las partes negociadoras.

Cuando dichos convenios son negociados por la representación unitaria de los trabajadores en el seno de la empresa, el sistema de cómputo de la mayoría se lleva a cabo sobre las personas integrantes de la comisión. Sí en la negociación intervienen las secciones sindicales y sus miembros integran la comisión negociadora en proporción a la importancia representativa de cada una de las secciones sindicales integrantes de la comisión negociadora, la jurisprudencia opta por el voto personal. Pero cuando no sucede esto, o sea, la composición de la comisión negociadora por los integrantes de las secciones sindicales, no va referida de manera proporcional a su representatividad en los órganos de la representación unitaria de los trabajadores, se emplea el voto proporcional, representando la mayoría de los integrantes de la comisión negociadora, la

⁵⁷ STS 20 de diciembre de 1995.

⁵⁸ STS 7 de marzo de 2002 y STS 19 de noviembre de 2010.

⁵⁹ STS 25 de mayo de 2010.

⁶⁰ Es posible que la representación en el comité de empresa o de los delegados de personal, no coincida con exactitud con el de miembros que integran la comisión negociadora, de tal forma que siguiendo el sistema de cómputo proporcional, cada miembro de la comisión negociadora, lleva aparejado el respaldo del número de integrantes en el órgano de la representación unitaria.

mitad más uno de la audiencia electoral, reflejada en los integrantes a su vez de los órganos de la representación unitaria de los trabajadores en el seno de la empresa⁶¹.

7.4. El convenio franja.

7.4.1. Legitimación inicial.

Se define el convenio franja como aquel convenio colectivo que se aplica a un específico grupo o colectivo de trabajadores, agrupados en torno a un determinado y concreto perfil profesional. No se aplica por lo tanto a todos los trabajadores de la empresa, sino solo a los que se integran en dichos colectivos de trabajadores.

En los convenios colectivos franja disponen de legitimación inicial para su negociación, las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta⁶².

7.4.2. Legitimación plena.

Por la parte de los trabajadores, la comisión negociadora estará constituida por las secciones sindicales que hayan sido designados mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta. Por el lado de la empresa, el propio empresario o sus representantes.

La forma de designar mayoritariamente a las secciones sindicales por sus representados, se llevará a cabo mediante votación, que no requiere la constitución de la asamblea de trabajadores, bastando la votación mediante la convocatoria de un referéndum.

Hay que entender que el artículo 87.1 ET no priva a la representación unitaria de los trabajadores en la empresa, la facultad de negociar convenios franja⁶³.

⁶¹ STS 22 de septiembre de 2010.

⁶² Artículo 87.1 ET. La jurisprudencia constitucional admite el convenio colectivo franja en STC 136/1987, justificándolo, diciendo que “el principio de igualdad no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuente con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses”.

⁶³ STS 4 de mayo de 1998.

7.4.3. Legitimación decisoria.

El artículo 89.3 ET determina que “los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones”. El cómputo de los votos deberá hacerse a través del sistema proporcional⁶⁴ y no por personas integrantes de la comisión por cada una de las partes negociadoras.

7.5. Convenios sectoriales.

7.5.1. Legitimación inicial.

Por el lado de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios colectivos sectoriales⁶⁵:

- a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal⁶⁶, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma⁶⁷ respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio⁶⁸.
- d) Así mismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal, los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más

⁶⁴ Es posible que la representación en el comité de empresa o de los delegados de personal, no coincida con exactitud con el de miembros que integran la comisión negociadora, de tal forma que siguiendo el sistema de cómputo proporcional, cada miembro de la comisión negociadora, lleva aparejado el respaldo del número de integrantes en el órgano de la representación unitaria.

⁶⁵ STS 1 de marzo de 2010: “La legitimación deberá acreditarse en el momento de la constitución de la comisión negociadora”.

⁶⁶ Estos sindicatos son los que reúnen los requisitos exigidos en el artículo 6.2.a) LOLS y que en la actualidad lo ostentan CC.OO y UGT. De igual forma, los entes afiliados, federados o confederados a estos sindicatos caracterizados como más representativos, también adquieren la condición de más representativos por irradiación, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2.b) LOLS.

⁶⁷ Los sindicatos más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma son los que reúnen los requisitos exigidos por el artículo 7.1.a) LISOS. En la actualidad ostenta dicha consideración los sindicatos ELA-STV y LAB, ambos en el País Vasco y el sindicato CIGA, en Galicia. Los entes afiliados, federados o confederados a estos sindicatos, también adquieren la consideración de más representativos por irradiación, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.b) LOLS.

⁶⁸ Son los denominados sindicatos representativos o suficientemente representativos, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2. LOLS.

representativos conforme a lo previsto en el artículo 7.1 LOLS y artículo 87.4 ET.

Por el lado de los empresarios⁶⁹ estarán legitimados para negociar⁷⁰:

a) En los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 10 por ciento de los trabajadores afectados. Se deben cumplir ambos requisitos al unísono. Es nulo el convenio negociado con infracción de dichos requisitos⁷¹.

b) En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector, las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores. En este caso, las asociaciones empresariales no tienen que acreditar los dos criterios de afiliación y de número de trabajadores de manera cumulativa o al unísono.

c) Asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal, las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la Disposición Adicional Sexta ET⁷².

d) Dadas las especiales dificultades existentes en no pocos casos, para poder acreditar fehacientemente datos objetivos y existentes en los archivos y depósitos de naturaleza pública, que permitan acreditar la representatividad de las asociaciones empresariales, acude la jurisprudencia a la técnica de la presunción de la representatividad de las mismas, cuando la otra parte que

⁶⁹ La referencia que hace el artículo 87.3 ET al artículo 1.2 ET, requiere en cualquier caso que se trate de empresarios que empleen a trabajadores.

⁷⁰ STS 1 de marzo de 2010: “La legitimación deberá acreditarse en el momento de la constitución de la comisión negociadora”.

⁷¹ STS 11 de noviembre de 2009.

⁷² Representación institucional de los empresarios:

A efectos de ostentar representación institucional en defensa de intereses generales de los empresarios ante las Administraciones Públicas y otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista, se entenderá que gozan de esta capacidad representativa las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal.

Asimismo, podrán también estar representadas las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores. No estarán comprendidas en este supuesto las asociaciones empresariales que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal.

Las organizaciones empresariales que tengan la condición de más representativas con arreglo a esta disposición adicional, gozarán de capacidad para obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.

negocia un convenio colectivo, reconocen como interlocutor a los efectos negociadores. O lo que es lo mismo, se reconocen recíprocamente. En este caso se invierte la carga de la prueba, debiendo demostrar quien niegue algunas de las cualidades relacionadas con la representatividad exigida a las asociaciones empresariales manifestadas en los números anteriores, que efectivamente no disponen de dichas cualidades⁷³. La presunción se extiende a las representaciones patronales que negociaron el convenio anterior, habiendo superado el control de legalidad que se lleva a cabo ante la autoridad laboral⁷⁴.

e) los ámbitos territoriales y funcionales del convenio que se negocia, deben coincidir con el ámbito territorial y funcional de las representaciones sindicales y patronales.

7.5.2. Legitimación plena.

Por el lado de los trabajadores, se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora, se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados⁷⁵ y en proporción a su representatividad⁷⁶.
- b) La comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones⁷⁷ representen como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal⁷⁸.
- c) En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora, cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma⁷⁹.

Por el lado empresarial se exigen los siguientes requisitos:

⁷³ STS 3 de noviembre de 2004.

⁷⁴ STS 29 de noviembre de 2010.

⁷⁵ Legitimación inicial.

⁷⁶ Artículo 88.1 ET.

⁷⁷ Legitimación inicial.

⁷⁸ Artículo 88.2, párrafo primero ET.

⁷⁹ Artículo 88.2, cuarto párrafo ET.

- a) El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora, se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados y en proporción a su representatividad⁸⁰.
- b) La comisión negociadora quedará válidamente constituida, cuando las asociaciones empresariales con legitimación inicial representen como mínimo, a los empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio^{81y82}.
- c) En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora, cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas que cuenten, respectivamente, con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, o con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores en el ámbito de la comunidad autónoma^{83y84}.

Para la válida constitución de la comisión negociadora, que no podrá exceder de 15 miembros, por cada parte en los convenios de ámbito supra empresarial, es preciso que todo sindicato y asociación empresarial con legitimación inicial, deben tener presencia en dicha comisión negociadora. De tal forma que cualquier decisión que consista arbitrariamente en rechazar la participación de un sindicato legitimado para ello, se considerará contrario al derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical. El mismo efecto tendrá cuando se minusvalora su representatividad, lo que conlleva reducir su capacidad negociadora⁸⁵. De igual forma se infringe la libertad sindical cuando arbitrariamente se incrementa la posición negociadora de los demás.

7.5.3. Legitimación decisoria.

⁸⁰ En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector, las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores. En este caso las asociaciones empresariales no tienen que acreditar los dos criterios de afiliación y de número de trabajadores de manera cumulativa o al unísono.

⁸¹ Artículo 88.1, segundo párrafo ET.

⁸² STS 11 de noviembre de 2010.

⁸³ Artículo 88.2, párrafo tercero ET.

⁸⁴ En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector, las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores. En este caso las asociaciones empresariales no tienen que acreditar los dos criterios de afiliación y de número de trabajadores de manera cumulativa o al unísono.

⁸⁵ STC 184/1991.

El artículo 89.3 ET determina que “los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones”. El cómputo de los votos deberá hacerse a través del sistema proporcional⁸⁶ y no por personas integrantes de la comisión por cada una de las partes negociadoras.

El voto favorable de la mayoría debe entenderse como la mayoría absoluta de cada una de las representaciones integrantes de la comisión negociadora. Dichas mayorías se exigen de cada lado, social y empresarial.

En dicho ámbito supra empresarial la jurisprudencia opta para la adopción de acuerdos por la comisión negociadora, por un sistema o voto proporcional. Lo que significa que la mayoría exigida en el artículo 89.3 ET se refiere a la mayoría representada en la mesa de negociación y no considerando el número de los componentes de cada una de las partes que componen la mesa de negociación⁸⁷. Es decir, el voto está directamente relacionado y por lo tanto se calcula en atención a los niveles de representatividad que tienen los diferentes integrantes de la comisión negociadora, o sea, el cómputo se lleva a cabo en función de los porcentajes representativos.

7.6 Convenios de grupos de empresas.

7.6.1. Legitimación inicial.

Del lado de los trabajadores se aplican las reglas de legitimación de los convenios de ámbito sectorial⁸⁸ (apartado 7.5.1).

Del lado empresarial, se aplican las reglas de legitimación de los convenios de empresas⁸⁹ (apartado 7.3.1).

7.6.2. Legitimación plena.

Por el lado de los trabajadores la comisión negociadora quedará válidamente constituida, cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones representen como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados

⁸⁶ Es posible que la representación en el comité de empresa o de los delegados de personal, no coincida con exactitud con el de miembros que integran la comisión negociadora, de tal forma que siguiendo el sistema de cómputo proporcional, cada miembro de la comisión negociadora, lleva aparejado el respaldo del número de integrantes en el órgano de la representación unitaria.

⁸⁷ STS 28 de mayo de 2008.

⁸⁸ Artículo 87.3. b) ET.

⁸⁹ Artículo 87.1, párrafo tercero ET.

de personal. El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad⁹⁰.

Por el lado empresarial la comisión negociadora se constituye por el propio empresario.

7.6.3. La legitimación decisoria.

El artículo 89.3 ET determina que “los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones”. El cómputo de los votos deberá hacerse a través del sistema proporcional⁹¹ y no por personas integrantes de la comisión por cada una de las partes negociadoras.

7.7. Convenios de empresas contratistas y subcontratistas que prestan servicios para una empresa principal.

Son las llamadas unidades transversales de negociación colectiva. Básicamente referidas a un conjunto de empresas contratistas y subcontratistas, con actividades diversas, cuyo punto de unión es la prestación de servicios todas ellas, para una misma empresa principal. No hay duda de su posibilidad a pesar de no venir recogido expresamente en el ET. La cuestión queda resuelta, asimilando dicha negociación a una de carácter supra empresarial⁹².

8. Procedimiento de negociación: normas sobre elaboración del convenio colectivo.

La iniciativa para promover la negociación colectiva corresponde a la representación de los trabajadores o de los empresarios, que estén legitimados para negociar conforme a las reglas de legitimación dispuestas en los artículos 87 y 8 ET. La

⁹⁰ Artículo 88. 1 y 2 ET.

⁹¹ Es posible que la representación en el comité de empresa o de los delegados de personal, no coincida con exactitud con el de miembros que integran la comisión negociadora, de tal forma que siguiendo el sistema de cómputo proporcional, cada miembro de la comisión negociadora, lleva aparejado el respaldo del número de integrantes en el órgano de la representación unitaria.

⁹² Se aplican en este caso las reglas de legitimación negocial que el ET prevé para los convenios colectivos de ámbito superior al de la empresa o supra empresariales.

parte que decida promoverla, lo comunicará a la otra parte, lo que se hará por escrito, en el que constará, la legitimación que ostenta, los ámbitos territorial, funcional, temporal y personal del convenio y las materias objeto de negociación. De esta comunicación se procederá por la parte que toma la iniciativa negociadora, a enviar una copia a la autoridad laboral competente en el ámbito territorial del convenio para su registro⁹³.

Cuando se denuncia un convenio colectivo y se promueve otro, la comunicación se llevará a cabo en el mismo momento que la denuncia. El escrito de denuncia y el de comunicación son diferentes, aunque puedan coincidir en el tiempo, tal y como ocurre con frecuencia. Cuando esto último ocurre, ambos actos (denuncia y comunicación) pueden formalizarse al unísono y en un mismo escrito⁹⁴.

La comunicación⁹⁵ deberá motivarse adecuadamente por quien la formaliza. El hecho de no estar debidamente motivada no determina la nulidad del convenio colectivo. Sin embargo, se declara la nulidad cuando la mesa negociadora contradice aspectos relevantes de la comunicación, fundamentalmente los referidos a los ámbitos territorial, funcional, personal y temporal del convenio colectivo.

En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación⁹⁶.

La parte destinataria de la comunicación, está obligada a contestar en el plazo máximo de un mes desde que le es notificada, por escrito y de forma motivada, entendiéndose que asiste a ésta parte la obligación de iniciar la negociación colectiva. Sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido.

Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe⁹⁷. Sin embargo, existen ciertas excepciones relacionadas con la obligación de negociar en relación con la parte receptora de la comunicación. Estas excepciones son:

1. Existencia de causa legal. La negociación infringe el ordenamiento jurídico: bien por ausencia de legitimación para negociar⁹⁸ por el que la promueve, por concurrencia prohibida o por los contenidos propuestos en la comunicación que serán objeto de negociación.
2. Existencia de causa convencional. Por conculcación de lo establecido en el convenio anterior o por infracción de lo prevenido en acuerdos interprofesionales o convenios de ámbito estatal o autonómico, que estructuran la negociación colectiva en los ámbitos inferiores.

⁹³ Artículo 2.2. RD 713/2010, de 28 de mayo.

⁹⁴ STS 1 de junio de 1990.

⁹⁵ No se considera requisito constitutivo, por lo que su inobservancia no determina la nulidad del convenio, en cuanto que es considerado un mero requisito administrativo, que ha sido dispuesto a los meros efectos registrales, conforme a lo prevenido en la STS 15 de mayo de 2000.

⁹⁶ Artículo 89.1 ET.

⁹⁷ Artículo 89.1, segundo y tercer párrafo ET.

⁹⁸ El momento en el que ha de probarse la legitimación para negociar es el del inicio de las negociaciones, que coincide con el de la constitución de la mesa de negociación.

3. Existencia de un convenio colectivo estatutario en vigor⁹⁹. Con carácter general se entiende que no existe obligación de negociar, cuando en el ámbito de negociación en el que se pretenda negociar exista un convenio colectivo en vigor^{100y101}. Ahora bien, cuando se pretende negociar un convenio de ámbito superior, no existe causa convencional que justifique la negativa de negociación por cualquiera de las unidades de negociación de un convenio de ámbito inferior vigente en ese momento. Se justifica ello, en que el convenio de ámbito inferior no agota el espacio de negociación en la unidad superior, que habitualmente viene a cubrir vacíos dejados por el convenio en vigor de ámbito inferior¹⁰². Denunciado un convenio colectivo, pese al mantenimiento de la vigencia del clausulado normativo del mismo, nace la obligación de negociar a partir de ese momento de la denuncia, que suele coincidir con la comunicación de negociación por la misma parte que formaliza la denuncia.

Cuando se incumpla por la parte receptora de la comunicación, la obligación de negociación, la otra parte puede iniciar un proceso de conflicto colectivo¹⁰³, bien iniciar un procedimiento haciendo uso de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical¹⁰⁴. Todo ello sin perjuicio del ejercicio del derecho de huelga. No obstante, la obligación de negociar no exige acordar, ni tampoco mantener en el tiempo una negociación “sine die”.

8.1. La determinación del ámbito del convenio colectivo.

Los sujetos con capacidad negocial deben determinar el ámbito de la negociación o lo que es lo mismo, el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Siendo lo habitual el mantenimiento de la unidad de negociación preexistente, ello no obsta a que se establezca una unidad de negociación distinta. La libertad de elección del ámbito, exige en cualquier caso que la unidad de negociación está constreñida por su propia unidad natural¹⁰⁵, cuya determinación es ajena a la voluntad de los negociadores. Si bien es posible la creación de un ámbito artificial de negociación, creado “ex profeso” por las partes negociadoras con capacidad negocial. Pero, en estos casos, una

⁹⁹ STS 30 de septiembre de 1999: Sí en el curso de la negociación colectiva estatutaria se acuerda un convenio colectivo extra estatutario, ello no puede considerarse un impedimento para entenderse mantenido el deber de negociar.

¹⁰⁰ STS 3 de mayo de 2000: Hay obligación de negociar cuando se pretende negociar un convenio sectorial, existiendo en dicho fundamentalmente convenios de empresas, con importantes vacíos de regulación.

¹⁰¹ La existencia de un convenio extra estatutario, no exonera de la obligación de negociar un convenio estatutario.

¹⁰² STS 3 de mayo de 2000.

¹⁰³ Artículo 153 y siguientes LJS.

¹⁰⁴ Artículo 177 y siguientes LJS.

¹⁰⁵ La voluntad de las partes negociadoras no crean el ámbito de negociación que es preexistente. Es decir las partes negociadoras ni crean la empresa, ni el sector.

vez vencido el convenio colectivo que se acordó en ese ámbito de aplicación artificialmente creado por las partes, sí uno de los integrantes de cada parte decide la separación del grupo o antigua unidad de negociación en el momento de la conclusión de la vigencia del convenio colectivo, desde ese mismo momento la unidad de negociación artificialmente creada se rompe y desaparece la base sobre la que se asentaba dicho convenio. Los integrantes de la unidad de negociación que se separa del grupo, desde el momento que lo hacen constar como tal, una vez denunciado el convenio colectivo por finalización de su vigencia, no se encuentra sometidos al deber de negociar el nuevo convenio colectivo que sustituye al anterior¹⁰⁶.

Determinado el ámbito de la unidad de negociación, se inicia el procedimiento negocial propiamente dicho, que comienza con la comunicación por la parte promotora a la otra, que será la receptora de la comunicación.

8.2. Constitución y composición de la unidad negociadora.

La comisión negociadora deberá constituirse en el plazo máximo de un mes¹⁰⁷, a partir de la recepción de la comunicación por la otra parte. Ésta deberá responder a la propuesta de negociación hecha por la parte promotora y entre ambas fijaran un calendario de negociación.

Una vez constituida la comisión negociadora, se puede nombrar por mutuo acuerdo de las dos partes, un presidente con voz pero sin voto, sí es que es ajeno a las partes que constituyen la comisión. Sí es nombrado un miembro de la propia comisión, tiene voz y voto. Son funciones del presidente con carácter general, las de moderar las sesiones y buscar soluciones a cuantos problemas de orden técnico se vayan presentando en la dinámica de negociación. La ausencia de presidente en la comisión, exige determinar en el acta de la sesión constitutiva, los procedimientos susceptibles de ser usados para moderar las sesiones. Además, en dicha sesión constitutiva se exige nombrar a un integrante de cada una de las partes, encargados de la firma de las actas de las sesiones. Por último se nombrará un secretario¹⁰⁸, que tiene por principal misión la confección de las actas de las sesiones negociadoras. No es necesario que su elección recaiga sobre alguien perteneciente a la comisión negociadora. La designación de asesores que voluntariamente decidan nombrar las partes de la comisión, es voluntaria y su intervención en la mesa es con voz, pero sin voto.

Se impone un número máximo de miembros de la comisión negociadora, en función del ámbito del convenio. Sí no es sectorial, ninguna de las partes integrantes de la comisión negociadora superará el número de 13 miembros. Sí el ámbito es de sector, su número no superará el de 15¹⁰⁹.

¹⁰⁶ STS 20 de octubre de 1997.

¹⁰⁷ Constituida la comisión transcurrido el plazo de un mes, no puede considerarse nula su constitución.

¹⁰⁸ Su nombramiento es obligatorio, pero su ausencia no determina la nulidad de las actuaciones.

¹⁰⁹ Artículo 88.4 ET.

8.3. La obligación legal de negociar de buena fe.

La negociación como tal se desarrolla en el seno de la comisión negociadora. Ésta no se encuentra constreñida a trámites y formalidades previas, que no sean las dos reglas que de manera expresa aparecen contenidas en el ET:

- a) La obligación de negociar de buena fe¹¹⁰.
- b) Requisitos para acordar acuerdos que sean válidos.

Las partes están obligadas a negociar de buena fe. Sí se produjera violencia sobre las personas o sobre los bienes, la negociación en curso queda suspendida. A pesar de que la norma exige que ambas partes constaten la existencia de violencia, basta con que la parte afectada suspenda el procedimiento, justificándose la medida unilateral por la parte afectada, sobre la base y fundamento de que la otra incumple su obligación legal de negociar de buena fe.

Es usual aunque no deseable, la ausencia de reglas internas que regulen el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Amparándose el legislador español en el respeto a la autonomía de la voluntad colectiva de las partes, ha dejado en los negociadores la determinación de los trámites y formalidades que consideren oportunas para llevar a buen fin la negociación colectiva. Sin embargo, ante el desconcierto que supone el vacío existente, los Acuerdos Interconfederales sobre la Negociación Colectiva, desde siempre vienen estableciendo ciertas recomendaciones, que además viabilizan la puesta en práctica del principio de la buena fe¹¹¹.

La forma habitual de acreditar la buena fe negocial, se hace acreditando que se han hecho ofertas y contraofertas racionales y fundamentadas^{112y113}. En caso contrario, podría entenderse infringido la obligación legal de negociar de buena fe^{114y115}.

¹¹⁰ STS 26 de mayo de 2009: Ésta no presupone la obligación de alcanzar acuerdos.

¹¹¹ Entre otros: Inicio de la negociación de manera inmediata una vez se ha denunciado el convenio colectivo; Mantener la dinámica negociadora hasta que se constate la imposibilidad manifiesta de continuar la negociación; Acudir a los sistema de autocomposición de conflictos cuando queda bloqueada la negociación por diferencias sustanciales que imposibilita la negociación.

¹¹² El principio de buena fe en la negociación colectiva, obliga a las partes a la coherencia en la dinámica negociadora con sus posturas o posiciones, lo que sería contrario a ello su alteración sustancial de un día para otro. Es decir, se exige coherencia en la línea argumental de cada posición de parte (STS 3 de febrero de 1999). Ahora bien, el deber de negociar no puede ser confundido con la obligación de acordar en cualquier caso. Tampoco con mantener indefinidamente una negociación que termina por no conducir a ningún fin (STS 22 de mayo de 2006).

¹¹³ El artículo 89 ET obliga a la actividad negociadora bajo los auspicio de la buena fe, actividad que es de medios y no de resultados, ya que si se exigiere el resultado, éste no dependería de la libre voluntad de las partes negociadoras, sino de algún tipo de imposición.

¹¹⁴ El ET no determina los efectos del incumplimiento de la buena fe negocial, si bien la representación social en ese caso podrá acudir a la modalidad procesal de conflicto colectivo y por supuesto ejercer la acción sindical en forma de huelga.

8.4. La adopción de acuerdos.

Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones¹¹⁶. El cómputo para determinar ese voto favorable de cada parte de la unidad de negociación, ha de hacerse en función de la representatividad de los integrantes de la comisión¹¹⁷, o sea, se exige el sistema proporcional y no el sistema personal o voto por cabeza de los integrantes de cada una de las partes de la comisión. Ese nivel de representatividad referido, es el que se ostenta en el momento de la constitución de la comisión negociadora y no en el momento en el que se vota para la adopción de acuerdos en la comisión. La conclusión y firma del convenio colectivo por la comisión, exige acordar la totalidad del contenido del mismo, en su redacción definitiva, sin que prevalezcan sobre dicho acuerdo de totalidad del contenido, los acuerdos parciales o preacuerdos¹¹⁸ que se hayan ido acordando en el transcurso de la negociación¹¹⁹.

El convenio colectivo lo acuerda la comisión negociadora. El refrendo que suele plantearse ante la asamblea de trabajadores afectos al ámbito del convenio, no supone ningún tipo de exigencia legal, ni es vinculante para la comisión, con la excepción que dicha cuestión del refrendo haya sido establecida expresamente ante la comisión a modo de condición suspensiva de la votación favorable por la parte de la comisión representativa de los trabajadores¹²⁰.

8.5. Las demás formalidades del convenio colectivo.

Los convenios colectivos a que se refiere esta ley han de formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad¹²¹.

Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, el convenio será remitido al órgano público competente para su depósito¹²².

¹¹⁵ Las consecuencias de la obstaculización del ejercicio de la facultad negociadora por los sindicatos, debe considerarse infracción del derecho de negociación colectiva y de la, fuerza vinculante de los convenios colectivos (artículo 37 CE) e infracción del derecho de libertad sindical (artículo 28 CE).

¹¹⁶ Artículo 89.3 ET.

¹¹⁷ STS Unificación de doctrina 3 de junio de 2008.

¹¹⁸ STS 14 de junio de 1995.

¹¹⁹ STS 20 de diciembre de 2011.

¹²⁰ STS 30 de octubre de 2007.

¹²¹ Artículo 90.1 ET.

¹²² Artículo 90.2 ET y 6.1 RD 713/2010, de 28 de mayo.

El solicitante de la inscripción será la persona designada por la comisión negociadora¹²³.

Hay que cumplimentar los datos estadísticos conforme a los modelos oficiales recogidos en el Anexo II RD 713/2010, de 28 de mayo¹²⁴.

Hay que presentar junto a la solicitud de inscripción a través de medios electrónicos la siguiente documentación: a) Texto original del convenio firmado por los componentes de la comisión negociadora y las actas de las distintas sesiones celebradas, incluyendo las referentes a las de constitución de la comisión negociadora y de firma del convenio, con expresión de las partes que lo suscriban.

Una vez constatado que el clausulado del convenio colectivo no vulnera la legalidad ni lesiona el interés de tercero, la autoridad laboral procede a dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el boletín que corresponda¹²⁵. Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la LJS¹²⁶. Este control a practicar por la autoridad laboral comprende fundamentalmente los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87.3 y 88.1 ET.

Si la autoridad laboral estimase que el convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social (comunicación demanda de oficio), sin que se ordene la práctica de la publicación del convenio colectivo. Se hará constar tal hecho en el correspondiente asiento electrónico y se hará mención expresa de las normas que se estimen conculcadas o los intereses de terceros presuntamente lesionados, debiendo constar estas circunstancias asimismo en la notificación que se practique a la comisión negociadora. En lo referente al registro definitivo y publicación del convenio o acuerdo colectivo, se estará a lo que disponga la sentencia del órgano judicial, cuyo contenido se reflejará asimismo en el registro¹²⁷.

La autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. A tales efectos, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades o de los organismos de igualdad de las comunidades autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cuando la autoridad laboral se haya

¹²³ Artículo 6.1. RD 713/2010, de 28 de mayo: “se deberán facilitar todos aquellos datos relativos a las partes firmantes del acuerdo o acto para el que se solicita la inscripción y la fecha de la firma, así como, en su caso, los relativos a su ámbito personal, funcional, territorial y temporal y la actividad o actividades económicas cubiertas por los mismos, conforme se establece en el Anexo 1 de este Real Decreto”, sobre los datos a facilitar para el registro de convenios y acuerdos colectivos: I. Datos identificativos del Convenio, a inscribir o depositar; II. Ámbitos del convenio, a inscribir o depositar; III. Firmantes del convenio, a inscribir o depositar.

¹²⁴ Artículo 6.3 RD 713/2010, de 28 de mayo.

¹²⁵ Artículo 90 ET y artículo 8.3 RD 713/2010, de 28 de mayo: Comprobado que el convenio o acuerdo colectivo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros, la autoridad laboral competente, procederá a dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el boletín oficial correspondiente.

¹²⁶ Artículo 90.5 ET.

¹²⁷ Artículo 11 RD 713/2010, de 28 de mayo.

dirigido a la jurisdicción social por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades o de los organismos de igualdad de las comunidades autónomas, según su ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95.3 de la LJS¹²⁸.

8.5.1 Contenido mínimo del convenio y los efectos de su omisión.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.3 ET, el convenio colectivo deberá contener el siguiente contenido mínimo:

- a) Determinación de las partes que los conciertan.
- b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.
- c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 ET, 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.
- d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia.
- e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos, establecidos mediante acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 ET.

Solamente se podrá mantener la ineficacia del convenio colectivo cuando la omisión referida a su contenido mínimo, se concrete en las previsiones que posibilita identificar el ámbito general en el que se desenvuelve el propio convenio colectivo. Ésta son: las partes negociadoras y los ámbitos del convenio (personal, funcional, territorial).

8.5.2. La presunción de legalidad del convenio y su publicación.

La publicación del convenio colectivo determina la presunción de legalidad del mismo: se erige en norma jurídica exigible. Dicha presunción puede ser destruida conforme al correspondiente proceso judicial, tendente a la declaración de su nulidad o

¹²⁸ Artículo 90.6 ET.

en su caso su eficacia. De tal forma que en tanto no sea declarada la nulidad, el convenio colectivo desplegará todos sus efectos¹²⁹.

Hay que aclarar que la intervención de la autoridad laboral en el trámite de registro, depósito y publicación, no significa que su intervención dota de eficacia al convenio colectivo. Remarcar que el convenio colectivo tiene su origen y razón de ser en la autonomía colectiva de empresarios y trabajadores, y no en una norma jurídica que emana de los poderes públicos. Si bien es cierto que su falta de publicación, priva al convenio colectivo de fuerza normativa general.

8.6. El contenido del convenio colectivo.

El contenido del convenio colectivo está formado por el clausulado acordado por las partes que lo negocian, que regulan de esta forma las relaciones individuales y colectivas de trabajo en su ámbito propio de negociación.

8.6.1. El principio de norma mínima: el respeto a la ley.

La norma estatal¹³⁰ adquiere la condición de norma mínima¹³¹ para el convenio colectivo. En este caso la ley establece un mínimo indisponible en la determinación de las condiciones de trabajo, que el convenio sí puede mejorar^{132y133}. En la relación entre ley y convenio colectivo no tiene aplicación el principio de la norma más favorable, sino el de primacía del derecho necesario¹³⁴.

En otros casos, la relación de la ley y el convenio colectivo tiene otra consideración, en cuanto que se parte de la remisión de aquella a este. Es decir, la ley regula las bases mínimas de la cuestión, remitiéndose a la negociación colectiva su desarrollo puntual¹³⁵. Es la llamada relación de complementariedad, que se produce entre la ley y el convenio colectivo, cuando la ley fija las bases generales de la

¹²⁹ STS 27 de abril de 2000 y STS 1 de marzo de 2010.

¹³⁰ No solo se configura como norma mínima la norma legal, sino que también lo hace la norma reglamentaria (STS 29 de noviembre de 2000).

¹³¹ Derecho necesario relativo (STS 25 de enero de 2011).

¹³² El artículo 34.1, 2º párrafo ET debe ser considerado como norma mínima, que solo puede ser mejorado en su caso: “La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”.

¹³³ Es la llamada relación de complementariedad entre la ley y el convenio colectivo: el convenio colectivo entra a regular una determinada materia, sobre la base del respeto del mínimo legal, el convenio puede mejorar el mismo. Imposibilitando una regulación convencional que rebaje el mínimo legal.

¹³⁴ STS 2 de octubre de 1995.

¹³⁵ El artículo 34.1 ET establece una expresa remisión a la negociación colectiva: “La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”.

regulación y remite al convenio su desarrollo¹³⁶. No significa ello que sea preciso, que la norma estatal necesariamente efectúe una remisión a la negociación colectiva, para que por ésta pueda regularse dichas cuestiones. Ya que el convenio colectivo en principio puede regular como parte de su clausulado, cualquier cuestión que afecte al ámbito de la prestación del trabajo directa o indirectamente. Cuando el legislador practica los referidos reenvíos, como son los casos dispuestos por ejemplo en los artículos 23 y 25 ET referidos, se transmite el deseo del legislador de dejar a la negociación colectiva el desarrollo pormenorizado en el ámbito correspondiente de dichas cuestiones. No es por tanto producto de una insuficiente visión del legislador estatal sobre la cuestión, en su caso una defectuosa técnica legislativa.

En otros casos la norma estatal aparece como norma dispositiva, es decir, las partes en la negociación colectiva pueden modificar las iniciales previsiones legales¹³⁷.

Y por último, la norma estatal adquiere la condición de máximo de derecho necesario¹³⁸, no susceptible de mejora por la negociación colectiva¹³⁹. En estos casos se restringe la negociación colectiva, por lo que se exige en los mismos una sólida justificación¹⁴⁰. Es la llamada relación de insuperabilidad, que no podemos confundir

¹³⁶ Las normas laborales estatales que establecen una relación de complementariedad con los convenios colectivos son de muy diferentes formas, que producen efectos distintos. De tal modo que se incluyen supuestos de normas estatales en blanco, las cuales remiten en bloque una determinada regulación al convenio colectivo, de tal forma que es el convenio y solo él, el que posibilita su regulación. Así hemos de distinguir dos supuestos claros al respecto y que aparecen recogidos en los artículos 23 y 25 ET. El artículo 23 ET regula la promoción y formación profesional en el trabajo, en los siguientes términos: a) al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional; b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional; c) A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. d) A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo. Y a continuación el artículo 23.2 ET dispone que “en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo”. Es decir, se trata de un derecho imperfecto que permite cierto grado de reclamación para el caso de no venir la cuestión recogida en el convenio colectivo. Lo que es diferente, del supuesto contemplado en el artículo 25.1 ET sobre promoción económica, que dispone que “el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual”, que si guarda silencio el convenio al respecto, el trabajador no podrá practicar reclamación alguna.

¹³⁷ El artículo 34.3, segundo párrafo ET posibilita sin más modificar la previsión legal, bien recogiendo en el convenio colectivo o mediante acuerdo entre empresario y representación unitaria de los trabajadores: “El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas”.

¹³⁸ Derecho necesario absoluto (STC 58/1985 y STS 28 de junio de 2013).

¹³⁹ El artículo 26.4 ET prohíbe al empresario asumir las cargas fiscales y de seguridad social que obligan legalmente al trabajador, como contribuyente o sujeto obligado al pago de las cotizaciones sociales: “Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario”.

¹⁴⁰ STC 96/1990: Cuando las Leyes de Presupuestos impusieron máximos salariales a los empleados públicos, la justificación se basaba en la competencia del Estado en la dirección de la actividad económica general y en la política de contención de la inflación, no entendiéndose infringido en el caso que nos ocupa los artículos 14 y 37 CE...disponiendo a su vez que “se permite modular el derecho a la

con la llamada relación de exclusión entre la ley y el convenio colectivo, que tiene lugar cuando la ley prohíbe la intervención del convenio colectivo en una determinada cuestión¹⁴¹. En este caso, la regulación estatal se configura como norma de derecho necesario absoluto, que además tratan materias de orden público, que por lo tanto exceden por naturaleza el ámbito de actuación de la negociación colectiva¹⁴², por afectar a intereses generales o reguladores de materias que desbordan el objeto propio del Derecho del Trabajo.

De lo expuesto hay que decir, que las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo no siempre se configuran como norma mínima aquella de este. Por lo que las relaciones entre ambos exceden de la mera consideración de dos principios básico de Derecho del Trabajo: el principio de norma mínima^{143y144} y el principio de norma más favorable¹⁴⁵.

Que el convenio colectivo debe respetar la ley es una evidencia¹⁴⁶, lo que se deduce entre otros de los artículos 37 CE y 85.1 ET. Además, dicho artículo 37 CE debe ser puesto en relación con el artículo 7 CE, que condiciona la libre actividad de los sindicatos y asociaciones patronales, elementos determinantes en la negociación colectiva, al respeto a la ley. De igual forma hay que decir, que es la propia ley la que a su vez exige respeto por ella misma al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, amén de garantizar dicho derecho. De ahí, que la ley no regule de manera exhaustiva las relaciones laborales y condiciones de trabajo, ya que en caso contrario, vaciaría de contenido dicho derecho a la negociación colectiva.

Se plantea el siguiente dilema: vigente un convenio colectivo, se modifica la ley. Aquel debe seguir lógicamente respetando la ley. Ahora bien, si como consecuencia del cambio legislativo, se rompe la situación de partida existente en el momento en el que se negoció el convenio colectivo, o sea, la situación de equilibrio existente entre las partes, se ve afectada de tal modo, que pudiera ser que el desequilibrio que ahora se

negociación colectiva típica de la empresa privada, habida cuenta de los evidentes rasgos diferenciadores que existen entre una Administración pública o una empresa pública frente a una empresa privada”.

¹⁴¹ Lo que ocurre en el artículo 26.4 ET: “todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario”.

¹⁴² Un convenio colectivo no puede establecer prestaciones de seguridad Social o establecer y definir conceptos extra salariales que realmente no son y así excluirlos de la base de cotización dichas cantidades.

¹⁴³ También llamado de jerarquía normativa, que supone que las normas de rango inferior no pueden contradecir no pueden contradecir las de superior rango. La norma estatal está por encima en el orden jerárquico de las fuentes del Derecho del Trabajo, que arranca con la CE, Tratados y Convenios Internacionales, disposiciones legales, disposiciones reglamentarias, convenios colectivos, contrato de trabajo, usos y costumbres profesionales y principios generales del derecho.

¹⁴⁴ El sistema de negociación colectiva supone la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la individual de los trabajadores incluidos en un determinado ámbito de negociación.

¹⁴⁵ El artículo 3.3. ET establece que “los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”. Lo que supone que el conflicto entre dos o más normas laborales, estatales o pactadas colectivamente, se resuelve aplicando la que sea más favorable para el trabajador, apreciando al efecto los conceptos cuantificables en su conjunto y cómputo anual. Su aplicación tiene la consideración de principio subsidiario en relación con los principios de jerarquía y prevalencia temporal (STS 5 de mayo de 2001).

¹⁴⁶ STC 92/1994 y STS 12 de febrero de 2013.

produce permita a una de las partes denunciar, modificar o intentar no aplicar algún extremo del clausulado del convenio¹⁴⁷. Estamos ante la posibilidad de la invocación de la regla “rebus sic stantibus”¹⁴⁸, lo que implicaría de probarse, anticipar la pérdida de vigencia. Aunque antes cabe la revisión parcial, por los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación para negociar su revisión.

8.6.2. La determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, que tiene que coincidir con la real representación de las partes negociadoras.

El artículo 83.1 ET dice que “Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. Sin embargo la libertad de elección por los negociadores del ámbito de aplicación del convenio, necesariamente debe estar constreñida por la real representatividad de las partes negociadoras¹⁴⁹. Declara la jurisprudencia que la libertad de negociación recogida en el artículo 82.1 y 2 ET, está sometida a determinadas limitaciones, que se relacionan con exigencias de objetividad¹⁵⁰ y estabilidad¹⁵¹, amén con la de la propia representatividad de las organizaciones pactantes¹⁵² y con las que se deriven de las previsiones existentes sobre articulación de la negociación colectiva¹⁵³.

8.6.3. El convenio colectivo no puede afectar a terceros ajenos al ámbito natural del convenio colectivo.

¹⁴⁷ Especial trascendencia a estos efectos tuvo la modificación legal que supuso al empresario hacerse cargo de las prestaciones de IT por contingencias comunes desde el día 4º hasta el día 15º, ambos inclusive. Ello determinó que en muchos convenios colectivos en los que el empresario había asumido algún tipo de complemento sobre la prestación de IT a cargo de la Seguridad Social, supusiera una situación excesivamente gravosa, que de conocerse cuando se negoció el convenio colectivo, no se hubiesen pactado dichos complementos en los términos en los que se fijaron en muchos de ellos. A tal efecto y por invocación de la cláusula “rebus sic stantibus”, se permitió la supresión unilateral por el empresario de la mejora de Seguridad Social (STS 27 de febrero de 1995).

¹⁴⁸ STS 30 de junio de 1998.

¹⁴⁹ No se puede incluir en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo a un sector de la actividad económica en el que las partes negociadoras no tienen real representatividad, ostentando las mismas otras organizaciones que no se encuentran representadas en dichas unidades de negociación.

¹⁵⁰ Debe tratarse de actividades productivas afines, de tal modo que el ámbito elegido responda a criterios de objetividad y estabilidad. Es decir se exige que el ámbito elegido pueda caracterizarse como ámbito natural.

¹⁵¹ STS 20 de septiembre de 1993.

¹⁵² STS 23 de junio de 1994.

¹⁵³ El artículo 83. 2 ET dispone que “las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva”.

El convenio colectivo no puede afectar a terceros, que no son partes y son ajenos al ámbito propio del convenio. Éste no puede afectar a quienes no son parte en la negociación, ni establecer condiciones de trabajo a los trabajadores de las empresas que no estén incluidas en su ámbito de aplicación. El caso más paradigmático al respecto es aquel en cuya virtud, un convenio colectivo de empresa exigía el deber de subrogación convencional a otras empresas futuras o potenciales concesionarias¹⁵⁴. Es decir, se pretendía imponer de futuro a un nuevo y potencial concesionario, el convenio de empresa que había negociado el empresario que lo era en el momento de la negociación.

8.6.4. La prohibición de discriminación y las medidas de igualdad convencional por razón de género.

Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral¹⁵⁵.

Desde la promulgación de la LO 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, existe un deber de negociar en el contexto de la negociación colectiva, en aras a promover la igualdad de trato y oportunidades entre sexos. El ET manifiesta que “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo...sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el Capítulo III, LO 3/2007”¹⁵⁶.

Reconociendo con carácter general la libertad de contratación a las partes del contrato de trabajo, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, con las siguientes especificidades que vienen marcadas por el ámbito del convenio colectivo: a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios; b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para

¹⁵⁴ STS 28 de octubre de 1996: “El convenio colectivo no puede disponer de cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son partes en la negociación, ni tampoco puede disponer de cláusulas normativas en las que se fijan las condiciones de trabajo en aquellas empresas que no son partes en su ámbito de aplicación”.

¹⁵⁵ Artículo 45.1 LO 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

¹⁵⁶ Artículo 85.1 ET.

cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad¹⁵⁷.

Muchas de las materias que conforman el contenido ordinario de los convenios colectivos, pueden verse afectadas por las exigencias legales derivadas de la consecución de los objetivos propuestos en los planes de igualdad, debiendo contemplar estos entre otras medidas: las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo¹⁵⁸.

Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador, la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo¹⁵⁹. Las sanciones accesorias por responsabilidad empresarial específica¹⁶⁰, podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente, previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

Los acuerdos sectoriales que establezcan los términos y condiciones que han de seguir los planes de igualdad en las empresas, los acuerdos que aprueben planes de igualdad en las empresas afectadas por la negociación colectiva sectorial, así como los acuerdos que aprueben planes de igualdad derivados del convenio colectivo de empresa, deberán ser objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo¹⁶¹.

¹⁵⁷ Artículo 85.2 ET y artículo 45.2y3 LO 3/2007, 22 de marzo: En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad. Sin perjuicio de lo dicho, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

¹⁵⁸ Artículo 46.2 LO 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁵⁹ Artículo 45.4 LO 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en relación con el artículo 46.bis.2 LISOS.

¹⁶⁰ Artículo 46.bis.1 LISOS: “Los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias: a) Perderán, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción de forma motivada; b) Podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un período de seis meses a dos años en los supuestos contemplados en el apartado anterior, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

¹⁶¹ Artículo 2.1.f RD 713/2010, 28 de mayo, de registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

8.6.5. Clausulas normativas y clausulas obligacionales.

La redacción actual del artículo 86.3 ET¹⁶² ha eliminado la distinción entre clausulas normativas y obligacionales que siempre ha existido. A pesar de ello, la distinción entre ambas sigue siendo relevante a los efectos prácticos.

Una aproximación conceptual de ambas atiende a los fines y a los sujetos obligados por las mismas. De tal manera que las normativas se proyectan sobre los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación y las obligacionales obligan a quienes suscribieron el convenio colectivo¹⁶³.

8.6.5.1. Las clausulas normativas.

Las clausulas normativas del convenio colectivo integran el contenido normativo del convenio colectivo. Tiene por finalidad la regulación general de las relaciones de trabajo, obligando a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Ahora bien, las cláusulas normativas no se limitan a la fijación de las condiciones de trabajo, sino que también deben considerarse como tales aquellas que regulan los derechos colectivos o sindicales, la acción social y los beneficios sociales entre otros. En ocasiones se ha especulado con la condición o no a los efectos de su clasificación de cláusulas normativas u obligacionales, habiendo calificado las mismas la jurisprudencia¹⁶⁴.

Las clausulas normativas tienen el carácter de fuente de derecho y su cumplimiento obligatorio, en cuanto generador de derechos cuyo ejercicio se lleva a cabo directamente¹⁶⁵.

¹⁶² Redacción dada por RD-Ley 7/2011, 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

¹⁶³ STS 2 de julio de 2009.

¹⁶⁴ 1º. Las cláusulas del convenio colectivo que regulan las condiciones económicas, son cláusula económica (SAN 13 de abril de 2001);

2º. Es normativa la cláusula convencional en cuya virtud la empresa se comprometía a reestructurar la relación de puestos de trabajo, que permitiesen la promoción profesional de parte de la plantilla mediante ascensos (STS 26 de abril de 2007);

3º. Compromiso convencional de equiparación de puestos de trabajo, son calificadas de cláusulas normativas (STSJ de Cantabria 1 de octubre de 2001);

4º. Son normativas las cláusulas convencionales definidoras de los ámbitos del convenio (STS 26 de abril de 2007);

5º. La creación y funcionamiento de una comisión de seguridad y salud, es calificada como cláusula normativa, residiendo la justificación jurisprudencial de dicha calificación en la intención de las partes negociadoras de dar estructuras estables en la empresa con cometidos en materia de prevención de riesgos laborales (STS 11 de diciembre de 2003).

¹⁶⁵ Artículo 37.1 CE y artículo 3.1.b. ET.

El incumplimiento del clausulado normativo del convenio colectivo constituye infracción administrativa, que lleva aparejada la correspondiente sanción. A estos efectos es importante reseñar el contenido del artículo 5 LISOS, que define las infracciones laborales y de prevención de riesgos laborales, invocando en la definición de ambas, las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional y de trabajo temporal, así como las de prevención de riesgos laborales tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente Ley.

Con anterioridad a la vigencia del RD-Ley 7/2011, 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva y a colación con la vigencia del clausulado del convenio colectivo una vez denunciado el mismo y hasta tanto no se lograra un nuevo convenio colectivo, perdían su vigencia sus cláusulas obligacionales¹⁶⁶, manteniéndose vigente el contenido normativo del convenio colectivo, conformado por sus cláusulas normativas, siempre en defecto de pacto en contrario¹⁶⁷. Desde la entrada en vigor de la referida norma en 2011, la redacción del artículo 86.3 ET sólo hace mención de manera expresa a las “cláusulas convencionales”¹⁶⁸. Y además hay que resaltar, que el contenido actual del artículo 86.3 ET recoge de manera expresa “a aquellas clausulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio colectivo decaerán a partir de su denuncia”. Es decir, el legislador ha pretendido homogeneizar el contenido del convenio, suprimiendo la antigua diferencia entre cláusulas normativas y obligacionales, calificando las cláusulas que componen el contenido del convenio como cláusulas convencionales. Sin embargo, ha querido mantener para aquellas que recogen el deber de paz, los mismos efectos que anteriormente, cuando integraban las llamadas cláusulas obligacionales.

Desde la promulgación del RD-Ley 7/2011, una vez concluido la vigencia pactada del convenio colectivo, el mantenimiento de la vigencia de las cláusulas normativas del mismo, dependerá de lo pactado en el propio convenio colectivo y sólo ante la ausencia de pacto, la norma dispuso la vigencia de dicho clausulado normativo. Estamos ante la llamada “ultra actividad” de las cláusulas normativas. Ultra actividad que ha sido limitada en el tiempo, a diferencia de la situación anterior, que persistía hasta que era aprobado un nuevo convenio colectivo. Desde la promulgación de la Ley 3/2012, dice el artículo 86.3, párrafo 3º ET, que “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo, sin que se haya acordado un nuevo convenio colectivo o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación”.

¹⁶⁶ La redacción originaria del ET por Ley de 1980 pretendió de manera inequívoca que perdieran vigencia una vez denunciado un convenio colectivo, aquellas cláusulas que pudieran entorpecer de alguna manera la futura negociación del nuevo convenio y de entre todas ellas lógicamente se veían fundamentalmente afectadas las llamadas cláusulas de paz. El legislador optó por equiparar en cuanto a los efectos las clausulas obligacionales (género) con las denominadas cláusulas del deber de paz (especie)

¹⁶⁷ La distinción entre cláusulas normativas y obligacionales en nuestro Derecho tiene por origen la redacción del ET de 1980.

¹⁶⁸ Artículo 86.3 ET “...si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia”.

8.6.5.2. Las cláusulas obligacionales.

La redacción actual del artículo 86.3 ET solo menciona “las cláusulas convencionales por las que se hubiere renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio colectivo”. De tal forma que en la actual redacción desaparece la distinción entre cláusulas normativas y obligacionales. Sin embargo, decíamos en el epígrafe anterior que la distinta naturaleza jurídica asignada a cada tipo de cláusula, sigue teniendo importancia, porque en ciertos pasajes del ordenamiento se le asignan efectos distintos, en función de su calificación como normativas u obligacionales¹⁶⁹.

Hemos dicho que la mención genérica a las cláusulas obligacionales, se efectúa ahora por mor de lo dispuesto en el artículo 86.3 ET, a las cláusulas convencionales reguladoras del deber de paz. Sin embargo siguen existiendo otras cláusulas convencionales que seguirán teniendo esta consideración, como son las cláusulas de revisión salarial¹⁷⁰.

Las cláusulas obligacionales van dirigidas a las propias partes negociadoras del convenio colectivo, generando derechos y obligaciones entre ellas. A pesar de que sus destinatarios mediatos o indirectos sean los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Lo habitual es que las cláusulas obligacionales supongan la asunción de compromisos por las partes negociadoras en evitación de situaciones conflictivas¹⁷¹, o bien caracterizándolas como mecanismos de naturaleza instrumental, en aras a facilitar la aplicación del propio convenio colectivo¹⁷².

El deber de paz, expresión omnicomprendensiva de las cláusulas convencionales por las que se hubiere renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio colectivo, puede tener carácter absoluto o relativo. Es absoluto cuando las partes negociadoras proscriben la huelga durante la vigencia del convenio colectivo, en relación con cualquier materia, sea o no objeto de regulación convencional. Será relativa, cuando el deber de paz queda circunscrito a las estipulaciones convencionales.

El acuerdo de paz laboral no infringe el artículo 28.2 CE, ya que dicho deber de paz que se pacta en el ámbito de la negociación colectiva, no limita el derecho fundamental a la huelga¹⁷³, en cuanto que se trata de una renuncia temporal y transitoria,

¹⁶⁹ El incumplimiento por el empresario de las cláusulas normativas, suponen infracción, que acarrearán la correspondiente sanción, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 LISOS.

¹⁷⁰ STS 25 de enero de 2007. Sin embargo la STS 10 de junio de 2009, llega a una solución contraria a la anterior, pero fundamentando la supuesta contradicción en la propia redacción de cada cláusula, que lleva a calificaciones distintas.

¹⁷¹ La paz laboral, como genuina expresión de cláusula obligacional.

¹⁷² La creación y funcionamiento de comisiones de estudios y evaluación del sector, cuya finalidad está dirigida a la solicitud de subvenciones que permitan financiar los informes a realizar por las mismas sobre las tareas realizadas por la empresa y someterlas a la aprobación de la comisión paritaria correspondiente (STS 11 de diciembre de 2003).

¹⁷³ STC 11/1981.

no afectando al derecho en sí, sino a su ejercicio. Lo que se produce consecuencia del deber de paz, es un compromiso de no ejercitar el derecho de huelga en tanto persiste el ámbito temporal del convenio colectivo. La jurisprudencia admite la penalización prevista en el propio clausulado del convenio colectivo, para el caso de incumplimiento, asignándole naturaleza disuasoria¹⁷⁴.

El deber de paz relativo aparece definido en el artículo 11.c) RD-Ley 17/1977, 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, que considera “ilegal la huelga que tenga por objeto alterar, durante su vigencia lo pactado en convenio colectivo”. Conforme a ella, se permite la huelga durante el período de vigencia del convenio colectivo, cuando su finalidad no sea alterar el contenido del convenio colectivo, sino exigir reivindicaciones que no impliquen la modificación del mismo. Hay que considerar integrado en dicha permisividad de acudir por lo tanto a la huelga, cuando lo que se pretende es reclamar la interpretación o aplicación del convenio colectivo como tal¹⁷⁵. De igual forma, es lícita la huelga declarada por los incumplimientos empresariales de naturaleza convencional¹⁷⁶. El ejercicio del derecho de huelga es admisible a pesar de existir una cláusula de paz laboral, cuando procede la invocación del aforismo “rebus sic stantibus”, justificada esta cuando se ha producido un cambio radical de circunstancias existentes en la negociación que originó el nacimiento del convenio colectivo¹⁷⁷.

8.7. Las materias propias que integran su contenido: las llamadas materias laborales.

Comienza diciendo el artículo 37.1 CE que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Asimismo la jurisprudencia limita el contenido del convenio colectivo a que tenga carácter laboral. El artículo 82.2 ET indica cuales son las materias propias comprensivas del contenido de la negociación colectiva: las condiciones de trabajo y de productividad y en su caso las normas reguladoras de la paz laboral. Por último y a este respecto hay que hacer constar lo dispuesto en el artículo 85.1 ET que dispone el preceptivo respeto a las leyes por el convenio colectivo, los cuales podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET.

Desde la óptica internacional, el artículo 2 Convenio 154 OIT, sobre fomento de la contratación colectiva, dispone que: “la negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tiene lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una

¹⁷⁴ STSJ Sevilla 3 de febrero de 1998: La penalización en caso de incumplimiento ascendía al 10% del incremento salarial pactado.

¹⁷⁵ STC 11/1981.

¹⁷⁶ STC 11/1981.

¹⁷⁷ STC 11/1981.

organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo o empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

Existen una serie de materias sobre las que el TC o en su caso la jurisprudencia han dejado su impronta:

a) Seguridad Social y previsión social: escaso papel de la negociación colectiva en los ámbitos propios de la Seguridad Social, que no sea el de las mejoras voluntarias. A tal efecto el artículo 43.2 LGSS dispone que “sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias¹⁷⁸, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”. Distinto de lo anterior y por lo tanto con amplios cometidos reguladores al respecto por la negociación colectiva, se encuentran los compromisos por pensiones y la protección social complementaria, que devienen en ser regulados casi exclusivamente, aunque no necesariamente por la negociación colectiva.

b) Seguridad e higiene en el trabajo o seguridad y salud laboral. Con carácter general las normas reguladoras sobre prevención de riesgos laborales, tienen la consideración de normas de derecho necesario relativo, lo que posibilita que las normas contenidas en el convenio colectivo mejoren la regulación legal.

c) la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa. La Disposición Adicional 10ª ET¹⁷⁹, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, dispone que “se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”. La jubilación del trabajador es un acto voluntario del mismo, exigiéndose para causar derecho a la misma, cumplir los requisitos que la Ley establece al respecto. Por lo tanto, no puede contemplarse en principio como un acto de imposición. Sin embargo ha sido algo frecuente la articulación de la jubilación forzosa del trabajador en el contexto de la negociación colectiva¹⁸⁰. Deviniendo entonces de voluntaria a obligatoria, para el trabajador comprendido en el ámbito de la norma que lo regulaba.

¹⁷⁸ Artículo 43.1 LGSS: “La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”.

¹⁷⁹ La redacción actual de dicho precepto lo es por Ley 3/2012, que modificó la anterior redacción. Hasta entonces, era posible que los convenios colectivos impusieran la jubilación obligatoria por cumplimiento de la edad ordinaria que para la prestación de jubilación determinaba la LGSS.

¹⁸⁰ Arranca la cuestión de la permisividad, con la Disposición Adicional 5ª ET (redacción originaria por Ley 8/1980, de 10 de marzo). Dicha Disposición fue reintroducida por la Disposición Adicional 10ª Ley 14/2005, 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Pero para esos casos, se exigían que la imposición de la medida apareciera vinculada a una serie de objetivos relacionados con las políticas de empleo, trasladados al ámbito del convenio colectivo¹⁸¹. Se exigía en cualquier caso que el trabajador perjudicado por la decisión extintiva como acto previo a la jubilación forzosa, tuviera un periodo de carencia para la cuantificación de la prestación, que representase como mínimo el tipo del 80% , para ser aplicado a la base de la prestación y así calcular la prestación de jubilación.

d) El denominado canon de negociación colectiva¹⁸². El convenio colectivo puede determinar cláusulas en cuya virtud se establece la forma y cuantía por la que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, financian la intervención de los miembros de la comisión en representación de esa parte. En cualquier caso, se exige la voluntariedad del trabajador que lo expresará por escrito en los términos dispuestos en el propio clausulado del convenio colectivo¹⁸³.

e) Condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. La Jurisprudencia constitucional desde siempre estableció que el convenio colectivo podía regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Además, no existe precepto constitucional que sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que se actúe dentro de los márgenes legales¹⁸⁴.

f) Cláusulas penales. El convenio colectivo puede recoger dichas cláusulas, siendo su utilidad para quien hace uso de la misma, el tener que acreditar la existencia de un perjuicio y la concreción de su cuantía¹⁸⁵.

Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la LO 3/2007.

9. Vigencia y ultra actividad del convenio colectivo.

¹⁸¹ Entre otros: la mejora de la estabilidad en el empleo, el sostenimiento del empleo y las nuevas contrataciones de trabajadores para el rejuvenecimiento de la plantilla.

¹⁸² STC 98/1985.

¹⁸³ Artículo 11.1 LOLS.

¹⁸⁴ STC 95/1985.

¹⁸⁵ Acudir a esta vía, impide por incompatible reclamar una indemnización de daños y perjuicios (STS 16 de marzo DE 2005).

9.1 Vigencia del convenio colectivo.

El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes¹⁸⁶. Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia, para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio¹⁸⁷.

La propia dinámica negociadora, que supone cierto desfase entre la fecha de denuncia del convenio y la de la conclusión de las negociaciones, hace que el convenio se dote de ciertos efectos retroactivos. A estos efectos y a pesar de pactarse la retroactividad sin cortapisas alguna, deberá aplicarse el llamado criterio de retroactividad acorde a cada situación¹⁸⁸. Nada obsta también a que las partes acuerden la producción de efectos, en todo o en parte, en un momento posterior a la fecha de la publicación.

La eficacia retroactiva despliega sus efectos habitualmente en materia salarial. El propio convenio determinará los criterios para hacer efectivos los salarios adeudados a modo de atrasos, consecuencia de la aplicación retroactiva de los nuevos salarios pactados convencionalmente. Es habitual, que las empresas desde el inicio de las negociaciones del convenio, vengán aplicando en las nóminas mensuales, anticipos a cuenta, liquidándose las diferencias, una vez el convenio es aprobado y se conoce en consecuencia las cantidades salariales de carácter definitivas, que suelen ser liquidadas en el mes siguiente al de la entrada en vigor del convenio colectivo. La retroactividad de los incrementos retributivos, suele aplicarse con carácter general a las retribuciones económicas de naturaleza salarial, no a las demás que adoptan la forma extra salarial. Aunque sin género de dudas, puede pactarse otra cosa y afectar a todos los conceptos económicos percibidos por el trabajador, tengan naturaleza salarial o extra salarial. Los incrementos salariales de carácter retroactivos, afectan a todos los trabajadores que en la fecha en la que consiste la retroacción prestaban servicios en la empresa, aunque en el momento de proceder al pago y liquidación de dichas cantidades, los contratos de trabajo se hubieran extinguidos.

En cualquier caso es lícito negociar la revisión de ciertos aspectos del convenio colectivo durante su vigencia, siempre que lo hagan los sujetos legitimados para su negociación.

Es posible la denuncia del convenio colectivo antes de la llegada del plazo de vigencia dispuesto en el mismo, bien por acuerdo de las partes legitimadas para negociarlo, bien por aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, teniendo en ambos casos la anticipación de la pérdida de vigencia sobre el plazo inicialmente pactado¹⁸⁹. En estos dos casos planteados, cabe su revisión parcial.

¹⁸⁶ Artículo 90.4 ET.

¹⁸⁷ Artículo 86.1 ET.

¹⁸⁸ STS 29 de diciembre de 2004.

¹⁸⁹ STS 30 de junio de 1998.

9.2 Denuncia del convenio colectivo.

Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes¹⁹⁰. La fecha, forma y condiciones de la denuncia forman parte del contenido mínimo del convenio colectivo.

La denuncia exige necesariamente su comunicación a la otra parte. Ahora bien, pudiera ser que determinado en el convenio la fecha de expiración de los efectos, no exigir acto alguno de denuncia, en cuyo caso es preciso hacerlo constar fehacientemente, expirando el convenio el día dispuesto por las partes. Al exigirse fecha, condiciones y forma para la expiración del convenio, éste sólo termina cuando llegado su término se formula la denuncia en el tiempo y forma en ellos dispuesto¹⁹¹. Son necesarios actos inequívocos de la voluntad de una o ambas partes, para que se produzca de forma expresa la denuncia del convenio colectivo¹⁹².

La falta de denuncia determina su prórroga de manera tácita. El convenio vencido y no denunciado prorroga su vigencia de año en año, salvo pacto en contrario de las partes. Por lo que hay que admitir, que expirado el plazo de vigencia del convenio, las partes hayan previsto que el convenio no denunciado no prorrogue su contenido.

Antes de que concluya el año de la prórroga, podrá ser denunciado por cualquiera de las partes.

Prorrogado el convenio por ausencia de denuncia en tiempo y forma, el convenio colectivo prorroga su vigencia durante el plazo de un año, prorrogándose su contenido íntegro, esto es, sus cláusulas normativas y obligacionales.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

9.3 La ultra actividad del convenio colectivo.

La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio¹⁹³. Hasta el año 2011 la cuestión era muy diferente a la actual. Se establecía que una vez denunciado el convenio colectivo, perdían su vigencia sus cláusulas obligacionales, no así las cláusulas normativas. El motivo de la pérdida de vigencia de éstas, se justificaba para impedir que su vigencia entorpeciera el nuevo proceso de

¹⁹⁰ Artículo 86.2 ET.

¹⁹¹ La constitución de la mesa negociadora de un convenio, encontrándose el convenio en vigor, no supone su denuncia tácita.

¹⁹² STS 30 de septiembre de 2013.

¹⁹³ Artículo 86.3 primer párrafo ET.

negociación colectiva, iniciado consecuencia de la denuncia del convenio. El RD-Ley 7/2011, de 10 de junio¹⁹⁴, inició una senda de reformas en materia de negociación colectiva, que ha sido culminada con la Ley 3/2012.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados, con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen¹⁹⁵.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva, las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET¹⁹⁶.

Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora, el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio¹⁹⁷.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo, sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación¹⁹⁸.

El concepto de “pacto en contrario” es importante, considerando los efectos que se derivan de él. Antes de la promulgación de la Ley 3/2012 y una vez vigente ella, la vigencia del convenio colectivo es de libre disposición para las partes. De tal manera, que los convenio firmados con anterioridad a la enteeda en vigor de la Ley 3/2012,

¹⁹⁴ La diferencia entre el RD-Ley 7/2011 y la Ley 3/2012, radica en la redacción de un párrafo en el primero de los indicados, que en lo concerniente al artículo 86.3 ET, decía que “en defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”. La Ley 3/2012, recoge la cuestión de la siguiente manera: “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

¹⁹⁵ Artículo 86.3 segundo párrafo ET.

¹⁹⁶ Artículo 86.3 tercer párrafo, a principio ET.

¹⁹⁷ Artículo 86.3 tercer párrafo a final ET.

¹⁹⁸ Artículo 86.3 cuarto párrafo ET.

salvo que las partes pactasen lo contrario, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo. Es decir, el “pacto en contrario” suponía la pérdida de vigencia del contenido normativo del convenio colectivo. Ahora, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. O sea, ahora el “pacto en contrario” es el que hace mantener la vigencia del contenido normativo del convenio colectivo. Siendo ahora el supuesto de hecho problemático, la inexistencia de un convenio colectivo de ámbito superior aplicable.

Un convenio colectivo no deja de ser de aplicación, siempre que las partes hayan acordado mantener su vigencia, en tanto se negocia y acuerda el que lo sustituye y ello con independencia de que se haya excedido del plazo del año. Plazo que determina la ultra actividad, es decir, la prórroga automática de la vigencia del convenio. Hay que advertir al respecto que la cláusula convencional que dispone la prórroga del convenio denunciado, hasta la vigencia del nuevo que lo sustituye, mantiene su misma consideración anterior a la reforma de 2012. Es decir, el artículo 86.3 párrafo cuarto ET, dice que “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo, sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”. Lo que significa que el haberlo pactado, supone la no pérdida de vigencia del clausulado, a pesar del transcurso del año. Es decir, como sucedía antes de la reforma laboral de 2012. Este pacto en contrario, bien puede disponerse como contenido del convenio denunciado, bien se dispuso con posterioridad al momento inicial de acordarse el convenio, siempre que lo sea por las partes legitimadas para negociar el convenio colectivo.

La ausencia de convenio colectivo superior aplicable posibilita en principio varias interpretaciones. Una primera opción consistiría en aplicar la legislación laboral ordinaria, o sea, la recogida en el ET y demás normas legales y reglamentarias^{199, 200 y 201}. Una segunda posibilidad consiste en el mantenimiento de las condiciones laborales que vinieran rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia. Siendo la justificación dada, que dichas condiciones forman parte de la relación bilateral establecida contractualmente entre las partes²⁰². Además, se plantea el problema de los trabajadores

¹⁹⁹ STSJ de Extremadura 5 de noviembre de 2013.

²⁰⁰ Conforme al artículo 2.2 CC, una norma derogada o que ha perdido vigencia, deja de ser aplicable. Que era lo que parecía haber querido aplicar el legislador.

²⁰¹ En apoyo de esta opción, la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, que dispuso que las modificaciones llevadas a cabo “pretendían evitar una petrificación de las condiciones pactadas en convenio colectivo y que no se demorase en exceso el acuerdo negociador mediante una limitación temporal de la ultra actividad del convenio a un año”. Lo que parece indicar, que la solución adoptada por la STS 22 de diciembre de 2014, que contractualizadas las condiciones de trabajo que aparecían en el convenio colectivo que ha perdido vigencia y que ha superado el máximo de su ultra actividad, es manifiestamente contrario al espíritu dispuesto en la reforma y recogido de manera explícita en su propia Exposición de Motivos.

²⁰² Contractualización de las condiciones antes convenidas colectivamente. STS 22 de diciembre de 2014.

de nueva entrada, que lo han hecho cuando el convenio ya no regía, por haber decaído la ultra actividad, esto es, un año desde que el convenio denunciado había expirado.

La segunda opción es la que recoge el pleno de la Sala IV TS. Pero hay que establecer una serie de consideraciones que se han ido estableciendo con posterioridad a dicha sentencia:

1. Los pluses de incentivos y las cláusulas retributivas no serán de aplicación y por lo tanto no se incorporan al contrato como cláusulas contractuales, cuando inequívocamente se establecieron limitadas en el tiempo, coincidente con el ámbito temporal del convenio colectivo²⁰³.
2. Sólo a partir de la ruptura de las negociaciones iniciadas para convenir colectivamente un nuevo convenio, es cuando se aplica el convenio de superior ámbito, sin que sea posible su aplicación retroactiva²⁰⁴.
3. Denunciado un convenio y existente uno superior, salvo las materias reguladas en el convenio de ámbito superior, como convenio al que están vinculadas las mismas, hasta que no se acuerde un convenio que sustituya al denunciado, seguirá siendo de aplicación la parte supérstite del clausulado del convenio denunciado, a modo de cláusulas contractuales que se incorporan al contrato de trabajo^{205y206}.
4. Contractualizadas las condiciones de trabajo que habían sido convencionalmente acordadas, como condición contractual individual, podrán ser modificadas unilateralmente por el empresario, si concurren las causas y a través del procedimiento recogido en el artículo 41 ET, sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Es decir, al haber dejado de ser cláusulas convencionales contenidas en un convenio colectivo, no rige la remisión del artículo 41.6 ET al artículo 82.2 ET, porque ya no son condiciones de trabajo establecidas en el convenio, sino que son condiciones de trabajo incorporadas al contrato de trabajo^{207 y 208}.

²⁰³ STS 15 de julio de 2014.

²⁰⁴ STS 20 de junio de 2012.

²⁰⁵ STS 15 de julio de 2014. Con anterioridad había habido pronunciamientos similares: STSJ del País vasco 3 de diciembre de 2013. Su fundamento se basa en que el legislador, con la reforma operada por la Ley 3/2012, no ha pretendido llenar los vacíos originados por la pérdida de vigencia del convenio colectivo con la legislación laboral básica, ya que con ella a secas, no se atienden todos los aspectos de la relación laboral, máxime cuando dicha legislación básica laboral, efectúa constantes remisiones a la negociación colectiva para regular dichas condiciones. El espíritu de la reforma no consiste en deshacerse, suprimir o restringir la negociación colectiva, sino posibilitar que esta sea un instrumento apto para adecuar las condiciones de trabajo, a las condiciones imperantes en cada momento. De tal forma que a ninguna de las dos partes de la negociación, puedan buscar la perpetuidad de las condiciones en su día acordadas, por la aplicación automática del principio de la ultra actividad del clausulado normativo del convenio colectivo, tal como se establecía con anterioridad a la reforma.

²⁰⁶ Ya que la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo, seguirán siendo de aplicación a los trabajadores que ya venían prestando servicios con anterioridad a la pérdida de la ultra actividad del convenio colectivo.

²⁰⁷ A colación con esta decisión adoptada por STS 22 de diciembre de 2014, hay que poner de manifiesto que la propia jurisprudencia, en STS 10 de febrero de 1995, negaba que el convenio colectivo fuera el instrumento apto para que emergiera una condición más beneficiosa. Lo que suponía una solución coherente con la naturaleza normativa de la que gozan los convenios colectivos estatutarios.

El problema suscitado con la aplicación del artículo 86 ET, hizo que se firmase el Acuerdo de la Comisión de seguimiento del II Acuerdo sobre el empleo y la negociación colectiva de 23 de mayo de 2013, sobre la ultra actividad de los convenios colectivos. Dicho Acuerdo contiene recomendaciones a los negociadores de los convenios colectivos que pudieran resultar afectados por la posible pérdida de vigencia del convenio. Se comprometen sus partes signataria (CEOE, CEPYME, CC.OO y UGT) a que las empresas y trabajadores de ellos dependientes, ajusten su comportamiento a los compromisos suscritos, base del acuerdo. Se parte en el mismo en que la ultra actividad es una materia disponible para los negociadores. , siendo posible que en cualquier momento, por lo tanto, también después de la firma del convenio, se lleven a cabo acuerdos específicos sobre la prórroga. Siendo posible incluso, que dicho acuerdo se haga realidad incluso durante la fase de negociación del nuevo convenio colectivo que vaya a sustituir al denunciado. Las partes signatarias se comprometen a iniciar el proceso de negociación del nuevo convenio, antes de la expiración de la vigencia del actual convenio. Asumen las partes que durante el período de negociación, previamente acordado, garantizar el mantenimiento del convenio colectivo vencido. Si bien cada una de las partes durante el período de negociación podrá decidir que la negociación está agotada y en consecuencia instar la mediación obligatoria o en su caso el arbitraje voluntario.

Por lo tanto y a modo de recomendación, se considera conveniente seguir los pasos marcados en el Acuerdo sobre ultra actividad, intentando primero la negociación como tal, en caso de imposibilidad, buscar las fórmulas de la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario. Sí tampoco las medidas de solución autónomas de solución de conflicto funcionan, la empresa adoptará la medida que estime pertinente. Una opción sería el mantenimiento total o parcial cuya vigencia ha expirado, recalando en cualquier caso, que dicha conducta empresarial lo es de manera temporal y sin que se produzca ningún tipo de contractualización de las condiciones de trabajo. Advertir que la aplicación parcial del convenio colectivo debe ser equilibrada, cuando se debe a una decisión unilateral del empresario, ya que en caso contrario, la otra parte acudiría a los tribunales, ya que la opción prevista en el artículo 86.3 ET de posible aplicación parcial, es contemplada como fruto del acuerdo de las partes legitimadas para negociar el convenio colectivo.

En el caso en el que las dos partes abandonen la negociación colectiva en el ámbito objetivo que tenía el convenio denunciado, por la existencia de un convenio de ámbito superior, debe concluirse que hubo un abandono definitivo de la negociación en aquel ámbito. Lo que significa que dicho convenio termina por perder su fuerza normativa que en su día tuvo. También, en el caso de que no se haya denunciado un convenio y haya transcurrido un número razonable de años, el convenio deja de estar vigente si se desprende de la conducta de las dos partes, que han abandonado la unidad de negociación en favor de otra. El mismo efecto se produce cuando la parte empresarial manifiesta una conducta inequívoca de no negociar un nuevo convenio de

²⁰⁸ La jurisprudencia en STS 25 de febrero de 2009, ha dispuesto en relación con los convenios colectivos extra estatuarios, que tampoco son fuente generadora de condiciones más beneficiosas que deban ser mantenidas en el tiempo más allá del ámbito temporal del mismo.

empresa, que no ha sido denunciado, habiendo transcurrido un número importante de años, fundamentando su oposición en la existencia de convenio colectivo sectorial aplicable. Hay que entender también en este caso que existe un abandono por las partes de la negociación colectiva en el ámbito del convenio no denunciado que hace mucho tiempo había expirado²⁰⁹.

9.4. La revisión parcial del convenio colectivo.

Durante la vigencia de un convenio colectivo, las partes legitimadas para su negociación, pueden negociar su revisión. Las partes negociadoras pueden acordar asignar diferentes períodos de vigencia para cada una de las partes del contenido en consiste un convenio colectivo, en cuyo caso conforme se expiran los distintos contenido del convenio colectivo por la llegada del término previsto, se inicia el trámite de negociación del convenio en relación con las cláusulas del contenido expirado, manteniéndose la vigencia de las restantes.

Es habitual que las cláusulas de contenido económico tengan referido un término distinto del convenio como tal. La justificación de ello consiste en las constantes fluctuaciones de las circunstancias de mercado, que precisan por ello una adaptación periódica, con la intención de ajustar las condiciones económicas a las condiciones de mercado de cada momento.

Las partes legitimadas para la negociación en que consiste la revisión parcial, son las mismas con legitimación para su negociación, aunque no hubiera firmado el convenio que ahora se revisa²¹⁰. Ello se debe a que la revisión parcial del convenio entraña la apertura de un auténtico proceso de negociación.

Siendo habitual la revisión parcial de las condiciones salariales por las razones expuestas, las partes pueden acordar la fecha de entrada en vigor de las mismas, que incluso puede tener eficacia escalonada, como determinar la retroacción en la aplicabilidad de la medida.

La revisión parcial deberá ser publicada en el boletín oficial correspondiente.

Indicar también, aunque será objeto de otro capítulo, que la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, posibilitan la inaplicación en la empresa de determinadas condiciones pactadas en el convenio que le sea de aplicación a la empresa, sea de ámbito sectorial o empresarial, lo que exige un acuerdo entre las partes legitimadas para negociar un convenio colectivo de empresa.

²⁰⁹ De interés a estos supuestos descritos es la STS 11 de octubre de 2005.

²¹⁰ La apertura de un auténtico proceso de revisión, declina que la misma pudiera ser llevada a cabo por la comisión paritaria del convenio, compuesta exclusivamente por representantes de las partes firmantes del convenio anterior. Sin embargo, la intervención de la comisión paritaria del convenio es correcta, cuando la revisión se limita a una mera actualización de importes económicos, cuyos elementos de determinación de las cantidades, se encontraban recogidos en el contenido del convenio que se revisa (STSJ de Cataluña 16 de diciembre de 2003).

9.5. La sucesión de convenios colectivos.

El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio²¹¹. El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan²¹². De donde se infiere que el convenio colectivo posterior, puede establecer estipulaciones peores desde la perspectiva de los trabajadores, que las recogidas en el anterior. De esto que no hay, lo es así desde 1994 consecuencia de la reforma laboral de aquel año, que abandonaba definitivamente el llamado principio de irregresividad de lo pactado en convenio colectivo.

Habíamos dicho que un convenio colectivo cualquiera que fuere su naturaleza (estatutaria o extra estatutaria), no genera condiciones más beneficiosas que haya de mantener más allá de la duración del convenio. Sin embargo, las condiciones más beneficiosas de naturaleza individual o colectiva, no pueden ser suprimidas por convenio colectivo²¹³.

La problemática referida a la concurrencia de convenios, en lo concerniente a la prioridad aplicativa del convenio de empresa será analizada en el capítulo correspondiente.

Expirado un convenio colectivo y negociado y aprobado el posterior, sí el primero fuere impugnado no obstante, se declarará finalizado el proceso por carencia sobrevinida del objeto²¹⁴.

10. La concurrencia de convenios colectivos.

La concurrencia de convenios colectivos ocurre cuando dos convenios colectivos de distinto ámbito, se superponen en lo concerniente a sus ámbitos de aplicación. No pudiendo ser total la coincidencia en lo referido a la identidad de ámbitos, ya que en ese caso estaríamos ante una sucesión temporal de convenios colectivos²¹⁵ y no ante una concurrencia de convenios colectivos.

La concurrencia de convenios colectivos y sus posibles soluciones, van a quedar supeditada con habitualidad a la estructura de la negociación colectiva, cuando se

²¹¹ Artículo 82.4.ET

²¹² Artículo 86.4 ET.

²¹³ STS 27 de enero de 2004, mantiene que “el convenio colectivo no es el cauce idóneo para dejar sin efecto determinados aspectos del contenido individual de uno o varios contratos de trabajo”.

²¹⁴ STS 23 de junio de 2010.

²¹⁵ En cuyo caso se aplica el principio de ley posterior deroga la anterior.

formalizan convenios colectivos por parte de la organizaciones sindicales y patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, que podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito²¹⁶. Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en el ET²¹⁷.

Es decir las reglas mencionadas, no exigen una solución conforme a lo más favorable para el trabajador, ni tampoco la aplicación del convenio primero en el tiempo. Además, la redacción del artículo 83.2 ET ha sufrido una importante modificación en 2011²¹⁸, que suprimió la posibilidad que las diversas unidades de negociación, fijasen aquellas materias que no podrían ser objeto de negociación en ámbitos inferiores²¹⁹.

Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2²²⁰, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 ET podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal, siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación²²¹. Además, cuando se den las circunstancias antes referida, o sea, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 ET y no exista un pacto en contrario en convenio suscrito por las organizaciones patronales y sindicales más representativas en los ámbitos estatal o de comunidad autónoma, podrán incluir entonces en dicho ámbito negociador, cláusulas correspondientes al período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica^{222, 223 y 224}. Sí el convenio de ámbito inferior

²¹⁶ Artículo 83.2 primer párrafo ET.

²¹⁷ Artículo 83.2 segundo párrafo ET.

²¹⁸ RD-Ley 7/2011.

²¹⁹ Las facultades ordenadoras de la negociación en favor de las organizaciones patronales y sindicales más representativas, fueron objeto de importantes limitaciones con la reforma laboral de 1994.

²²⁰ “Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva”.

²²¹ Artículo 84.3 ET.

²²² Artículo 84.4 ET.

²²³ En la práctica y desde 1994, salvo que el convenio fuese negociado por organizaciones patronales y sindicales más representativas en el ámbito estatal o autonómico y lo prohibiese expresamente, cualquier convenio colectivo de ámbito superior al de la empresa y por lo tanto no solo los de ámbito autonómico, podían afectar a lo dispuesto en convenio colectivo de ámbito superior. Sin embargo lo dicho, dese la promulgación del RD-Ley 7/2011, solo cuando el ámbito de la negociación colectiva es de Comunidad Autónoma, se permite que dicho convenio afecte a lo dispuesto en un convenio colectivo de ámbito estatal. En dicho RD-Ley se exigía que el convenio como tal (ámbito de Comunidad Autónoma) hubiera sido aprobado por la mayoría que es exigida para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

²²⁴ El listado de materias no negociables, en el ámbito de la negociación colectiva de Comunidad Autónoma tiene carácter dispositiva, en relación con los acuerdos o convenios de ámbito estatal y siempre salvo pacto en contrario, recogidos en el artículo 83.2 ET, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.3 y 4 ET.

contradice la prohibición legal (el convenio estatal no ha dispuesto la posibilidad del pacto en contrario) e incluye en su clausulado todas o algunas de dichas materias, se consideraran las mismas como nulas y por lo tanto como no puestas.

La jurisprudencia y la doctrina legal han venido distinguiendo a colación con la concurrencia de convenios colectivos, una concurrencia conflictiva y otra no conflictiva. Ésta última admite la aplicación simultánea de los convenios concurrentes, ya que sus regulaciones no son contradictorias, sino que son compatibles. Es decir, regulan diferentes aspectos de una misma materia o cuando colaboran ambos convenios en la configuración de una determinada institución o cuestión.

La concurrencia conflictiva aparece resuelta en las prescripciones contenidas en el artículo 84.1 y 2 ET. Entre las reglas a considerar, hay que tener en cuenta dos fundamentalmente:

1. La vigencia del convenio colectivo primero en el tiempo, fenece cuando se refiere a la prórroga o a la prórroga por la ultra actividad. Es decir, en estos dos casos el convenio primero en el tiempo que era el aplicable, deja de serlo cuando ha sido prorrogado por no haberse denunciado, o cuando se encuentre ultra activado, por haber sido denunciado y aún no se ha aprobado el que lo sustituye. En esos casos, el convenio posterior, en liza a los efectos de la concurrencia, pasa a ser el aplicable²²⁵.

2. Sí a pesar de prohibirse la concurrencia se lleva a cabo, el efecto es el de la inaplicación temporal del convenio colectivo que provocó la prohibición de concurrencia, pero no su nulidad. La jurisprudencia ha resuelto la cuestión advirtiendo que la solución pasa por la aplicación del artículo 84.1 ET, que no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente, ya que el supuesto de hecho que regula parte de la existencia de dos convenios colectivos válidamente negociados, que son coincidentes en el tiempo. El referido artículo lo que hace a continuación es fijar una regla de composición del conflicto, que se plantea como consecuencia de la concurrencia, otorgando prioridad aplicativa al convenio primero en el tiempo²²⁶.

Un convenio colectivo durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto²²⁷ salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 ET²²⁸ y también, salvo que sea un convenio

²²⁵ STS 10 de diciembre de 2012.

²²⁶ STS 13 de noviembre de 2007.

²²⁷ Aplicación del principio: “prior in tempore”, pero advirtiendo su condición de cláusula dispositiva. Es decir, los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos sectoriales estatales o autonómicos celebrados por organizaciones sindicales y patronales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma.

²²⁸ Sólo en el ámbito de las Comunidades Autónomas pueden negociarse acuerdos o convenios colectivos que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal, si bien adquiere la condición de cláusula dispositiva, cuando el artículo 84.3 ET se remite al artículo 83.2 ET, y refiere “al salvo pacto en contrario”.

de empresa, que tendrá en cualquier caso prioridad aplicativa²²⁹, respecto de las materias que a continuación se enuncian:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias, los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1 ET.

Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET, no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.

La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las materias antes mencionadas²³⁰.

Contra la reforma laboral de 2012 se interpusieron recursos de inconstitucionalidad, entre otras cosas sobre la cuestión referida a la prioridad aplicativa

²²⁹ La prioridad aplicativa del convenio de empresa en los términos ahora resueltos, ha sido introducido por la Ley 3/2012, precisando además, que dicho convenio de empresa podrá ser negociado en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbitos superior. La Ley 3/2012, modifica en este extremo el RD-Ley 7/2011, que dispuso en su día que los convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico, podían impedir la prioridad aplicativa del convenio de empresa en las materias dispuestas. Es decir, la reforma de 2011, introdujo la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias, salvo que se estableciera lo contrario en la negociación colectiva dispuesta en el artículo 83.2 ET. Es decir, se había establecido entonces una prioridad aplicativa como regla dispositiva para los convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico recogidos en el artículo 83.2 ET.

²³⁰ Se incluye por supuesto el convenio sectorial provincial. No ha sido expresamente previsto en los artículos 83.2 ET y 84.3 y 4 ET, ya que la disposición sobre la estructura de la negociación colectiva solo es posible articularla en los convenios de ámbito estatal o de comunidad autónoma, que son los referidos en el artículo 83.2 ET, no cabiendo en ello, la negociación colectiva provincial.

del convenio de empresa. De igual modo, se han interpuestos recursos de inconstitucionalidad sobre la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales, de disponer de la referida prioridad aplicativa del convenio de empresa. La STC 16 de julio de 2014, ha dispuesto que dichas previsiones legales sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa, así como la prohibición a los acuerdos suscritos conforme al artículo 83.2 ET de disponer tal prioridad aplicativa, no vulnera la CE, siendo en consecuencia compatible con los derechos de negociación colectiva y de libertad sindical.

El TC viene a justificar una parte trascendente de la reforma laboral, aduciendo al respecto que la prioridad aplicativa de los convenios de empresas sobre los convenios sectoriales, cuando se trata de materias puntuales y expresamente previstas en la norma, declarando indisponible dicha prioridad para los acuerdos y convenios colectivos sectoriales del artículo 83.2 ET, encuentra su fundamento en la facilitación en el ámbito de la empresa, para que las partes acuerden colectivamente lo que tengan por conveniente en el ámbito más cercano y adecuado a la realidad de la empresa y sus trabajadores, como mecanismo favorecedor de la flexibilidad de las relaciones laborales, en aras a obtener mayores cotas de productividad y empleo en el seno de las empresas. También refiere el TC, que en ningún caso la prioridad aplicativa del convenio de empresa supone excluir de la negociación colectiva a los sindicatos. Ya que cuando exista en el ámbito de la empresa secciones sindicales, la intervención de éstas en la negociación colectiva de carácter empresarial, prevalece sobre la intervención en la unidad de negociación de la representación unitaria de los trabajadores, siempre desde luego que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal. Pero, tampoco pone objeción alguna a la participación en la unidad de negociación de la representación unitaria de los trabajadores, ya que el artículo 37.1 CE exige garantizar el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores, sin exigir que esta tenga naturaleza sindical.

11. Administración e interpretación del convenio colectivo.

11.1. La comisión paritaria.

El órgano ordinario de aplicación, interpretación y aplicación del convenio colectivo es la comisión paritaria. Al ser el convenio colectivo una norma de naturaleza convencional, fruto del pacto entre las partes, hay que interpretarla primero y aplicarla después, para que produzca los efectos que le son propias.

El artículo 86.3.e) ET dice al respecto que “los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo entre otros, la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de

conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 ET”.

Teniendo libertad las partes en la negociación del convenio para determinar las competencias de la comisión paritaria, se consideran en cualquier caso funciones típicas de la misma: las de aplicación, administración e interpretación del convenio colectivo. Lo que aparece expresamente recogido en el artículo 91.1 ET, que establece que con carácter general y dejando a salvo las competencias atribuidas a la jurisdicción de lo social, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, corresponderá a la comisión paritaria de los mismos.

En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo, con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales, a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente²³¹. Las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio, tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en la presente Ley²³². Además, en la fase probatoria del proceso ordinario social, el juez podrá recabar el examen de expertos, entre los que señala la comisión paritaria. Dispone al efecto el artículo 95.2 LJS que “cuando en un proceso se discuta sobre la interpretación de un convenio colectivo, el órgano judicial podrá oír o recabar informe de la comisión paritaria del mismo”.

La determinación de la composición de la comisión paritaria corresponde a los integrantes de la comisión negociadora, integrada por ambas unidades de negociación, que suele ajustarse con carácter general al principio de proporcionalidad de los integrantes en cada una de aquellas. La exclusión de un sindicato de la comisión paritaria, no supone infracción al derecho de negociación colectiva, siempre que en el momento de constituir las correspondientes unidades de negociación, no alcanzasen la representatividad exigida para ello²³³.

Sí el convenio colectivo faculta a la comisión paritaria para modificar el contenido del convenio colectivo durante su vigencia, la comisión paritaria deberá estar legitimada para ello, como si estuviera negociando un convenio colectivo y en consecuencia deberá contar en su seno con la totalidad de los sujetos legitimados para conformar las respectivas unidades de negociación²³⁴.

A pesar de la dicción del artículo 91.3 ET²³⁵, sobre la intervención obligatoria o no de la comisión paritaria como trámite pre procesal, la jurisprudencia²³⁶ viene a decir

²³¹ Artículo 91.3 ET.

²³² Artículo 91.4 ET.

²³³ STS 14 de julio de 2009.

²³⁴ Se exigen en este caso los requisitos de legitimación determinados en los artículos 87 y 88 ET.

²³⁵ Dicho artículo utiliza el vocablo “deberá”, cuando dice que “en los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente”, lo que lo hace obligatorio, cuando aparece expresamente recogida su intervención obligatoria en el convenio colectivo.

²³⁶ STS 31 de mayo de 1999.

que la intervención adquiere la condición de obligatoria sólo cuando ha sido acordada expresamente por el convenio colectivo.

La intervención de la comisión paritaria interpretando el convenio colectivo, no obsta a su posterior planteamiento de la cuestión ante el órgano jurisdiccional social, que no va a quedar vinculada por la decisión interpretativa de la comisión. Ahora bien, a este respecto, si la decisión de la comisión paritaria se califica de razonable, los órganos judiciales deben entenderse vinculados por la misma. Pero, sí la decisión adoptada por la comisión excede del mero ejercicio interpretativo de la cuestión objeto de controversia, es decir, altera lo convenido en el propio convenio colectivo²³⁷, el órgano judicial tiene vía libre para decidir conforme a derecho.

11.2. Medios autónomos para resolver los conflictos de aplicación e interpretación del convenio colectivo.

Hay que diferenciar entre medios autónomos y mecanismos jurisdiccionales de solución, respecto de los conflictos de aplicación e interpretación del convenio colectivo.

El ET permite que en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 ET, se puedan establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos²³⁸.

El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral, tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en esta ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral, tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 ET²³⁹.

Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. 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 decisión²⁴⁰.

Sí existe un acuerdo interprofesional o un acuerdo sobre materias concretas que establezcan un procedimiento específico de mediación o arbitraje para la solución las controversias colectivas sobre aplicación o interpretación de un convenio colectivo, hay que estar a lo que en ella se disponga, pudiendo considerarse un procedimiento voluntario u obligatorio. Cuando no se prevén procedimientos convencionales, se puede

²³⁷ STS 20 de mayo de 2009: es nulo el acuerdo adoptado por la comisión paritaria que modifica lo establecido en el convenio.

²³⁸ Artículo 91.2, primer párrafo.

²³⁹ Artículo 91.2, primer párrafo.

²⁴⁰ Artículo 91.2, segundo párrafo.

utilizar el procedimiento recogido en el artículo 9 RD-Ley 17/1977 y de igual forma, las partes están facultadas siempre para someterse a cualquier procedimiento de mediación o arbitraje que consideren oportunos.

Los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere este artículo serán, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos²⁴¹.

La interpretación del convenio colectivo²⁴² se lleva a cabo utilizando los criterios de interpretación de las normas legales²⁴³ y los criterios de interpretación de los contratos²⁴⁴. La utilización de las reglas interpretativas de los contratos permite considerar para ello la intención de los contratantes, la conducta de éstas pasadas, presentes o futuras referidas al contrato. De igual modo, el intérprete deberá ceñirse al sentido literal de lo acordado, siempre que el texto sea claro y no quede probado que la intención de las partes era la contraria o desde luego distinta²⁴⁵.

12. El proceso de impugnación de convenios colectivos: el control de legalidad y de lesividad.

El convenio colectivo estatutario puede ser impugnado bien de oficio por la autoridad laboral, bien directamente por los sujetos legitimados para ello. Además, también estarán legitimados los trabajadores individuales, incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, mediante el trámite de impugnación indirecta de los actos de aplicación del convenio colectivo, que sean ilegales o lesivos para los derechos o intereses de estos.

Los artículos 163 y siguientes LJS son el desarrollo procesal del artículo 90.5 ET. A través de esta modalidad procesal, recogida en el Capítulo IX LJS, “De la impugnación de los convenios colectivos”, además de la impugnación del convenio colectivo estatutario y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, se incluyen los supuestos de concurrencia entre convenios colectivos.

Las causas que justifican la impugnación son la ilegalidad del clausulado del convenio o su lesividad a terceros. La falta de impugnación directa de un convenio

²⁴¹ Artículo 91.5.ET.

²⁴² STS 13 de octubre de 2004: aplicación de criterios hermenéuticos.

²⁴³ Artículos 3 y 4 CC.

²⁴⁴ Artículos 1281 a 1285 CC: Sí los términos del contrato son claro habrá que estar a la literalidad de la ley; Para juzgar la intención de los contratantes hay que tener en cuenta los actos de estas pasado, presentes y futuros; En relación con la intención de las partes, solo deben considerarse las cosas y los casos sobre lo que los interesados se propusieron contratar; La cláusulas se interpretan las unas por la otras, de tal forma que las dudosas resulten interpretadas del conjunto de todas. De todo ello se infiere que lo importante a la hora de interpretar un convenio, consiste en basarse en las palabras, en la intención de las partes y siempre considerando el conjunto, desechando el llamado “espiguelo” (STS 27 de junio de 2011).

²⁴⁵ STS 14 de enero de 2009: “no procede una interpretación literal cuando ésta no es coincidente con la intención de las partes y de manera diáfana se llegaría por aplicación de aquella, a una situación no querida por las partes”.

colectivo, a través de la impugnación de oficio por la autoridad laboral de los convenios colectivos estatutarios, no impide la impugnación de los actos que se producen como consecuencia de su aplicación.

12.1. La impugnación de oficio por la autoridad laboral de los convenios colectivos estatutarios.

Sí la autoridad laboral considera que el convenio colectivo lesiona gravemente el interés de tercero o conculca la legalidad vigente, puede promover de oficio su comunicación demanda que será remitida al órgano judicial competente. En cuyo caso no se procederá a ordenar la publicación del convenio en el boletín oficial correspondiente.

La actuación de la autoridad laboral se desencadena por los dos siguientes motivos:

1. A iniciativa de la propia autoridad laboral. Ello con independencia que el convenio esté o no registrado o publicado y sin que sea preciso oír con carácter previo a los sujetos implicados.
2. Previa solicitud de los terceros reclamantes que invoquen lesión grave de su interés o en su caso denunciante de la ilegalidad del convenio. Esta solicitud a la autoridad laboral para que actúe, deberá hacerse sin que el convenio colectivo esté registrado²⁴⁶.

Por autoridad laboral hay que considerarla quien sea la competente teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del convenio colectivo, para su registro y depósito. Ahora bien, teniendo en cuenta el distinto parecer que pudieran tener las autoridades autonómicas y estatales al respecto, el TS ha resuelto que la impugnación del convenio por la modalidad procesal ahora objeto de análisis, asiste sin género de dudas también a ésta (Administración General del Estado), en cuanto “poder integrante del mismo, a la que se le atribuye no sólo un interés legítimo, sino también potestad o derecho función de asegurar el respeto a la ley”²⁴⁷.

Los denunciante lo serán los miembros de la representación unitaria de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal) o representantes sindicales y los empresarios, que sostengan la contravención legal del convenio colectivo.

Los terceros reclamantes presuntamente lesionados gravemente, excluyen a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. El daño apreciado debe ser real y no potencial.

²⁴⁶ Artículo 163.2 LJS.

²⁴⁷ STS 10 de junio de 2003.

Esta modalidad procesal se reserva en exclusiva para los convenios colectivos estatutarios. Debiendo entenderse excluido de esta modalidad procesal, la impugnación de los convenios o pactos extra estatutarios.

También debe entenderse de aplicación, la impugnación del acuerdo de adhesión del convenio colectivo²⁴⁸.

Igualmente se impugnaran por esta modalidad procesal, los acuerdos de mediación y los laudos arbitrales referidos en el artículo 91.4 ET. También la impugnación de los laudos arbitrales a que hace mención en el artículo 85.1 ET.

El artículo 163.1 LJS aglutina los casos de impugnación mediante esta modalidad procesal, además del supuesto referido a los convenios colectivos estatutarios, a los laudos arbitrales sustitutivos de éstos.

12.1.1. Las causas de la impugnación de oficio por la autoridad laboral: ilegalidad, lesividad e infracción del principio de igualdad.

La ilegalidad del convenio supone la infracción de las exigencias formales exigidas en el Título III ET²⁴⁹, como las exigencias atinentes al fondo, referidas éstas a las contravenciones por el convenio de las normas de derecho necesario^{250 y 251}.

La lesividad del convenio debe ser relacionada con los terceros. Es decir, personas y organizaciones fuera del ámbito de aplicación del convenio colectivo que se impugna.

El principio de igualdad debe imperar en la regulación de las condiciones de trabajo objeto del convenio colectivo y corresponde a la autoridad laboral también, velar porque sea respetado, en evitación de discriminaciones por razón de sexo.

²⁴⁸ Artículo 91.1 ET

²⁴⁹ Comprende los requisitos de legitimación referidos en los artículos 87.3 y 88.1 ET. A este respecto, exige que las asociaciones requeridas, acrediten el cumplimiento de los requisitos de legitimación a que hacen mención los artículos 87 y 88 ET.

²⁵⁰ Cuando el motivo que aduce la autoridad laboral para hacer uso de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, consiste en la supuesta existencia de cláusulas discriminatorias, la autoridad laboral lo pondrá en conocimiento del Instituto de la mujer o de los Organismos de igualdad de las Comunidades Autónomas. La cuestión mencionada se recoge en el artículo 90.6 ET que dice que “la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo” y el artículo 95.3 LJS que “cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”.

²⁵¹ El convenio colectivo deberá respetar la legislación de defensa de la competencia, para lo que se ha suscrito un convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y la Comisión Nacional de la Competencia, aprobado por Resolución de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Empleo de 1 de febrero de 2010.

12.1.2. La comunicación-demanda de oficio.

La comunicación de oficio que sostenga la ilegalidad del convenio colectivo, habrá de contener los requisitos siguientes²⁵²:

- a) La concreción de la legislación²⁵³ y los extremos de ella que se consideren conculcados por el convenio²⁵⁴.
- b) Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la ilegalidad.
- c) La relación de las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio impugnado.

La comunicación de oficio que sostenga la lesividad del convenio habrá de contener:

- a) La relación de las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio impugnado.
- b) relación de los terceros reclamantes, presuntamente lesionados²⁵⁵.
- c) indicación del interés de los terceros que se trata de proteger.

Una vez incoada la comunicación-demanda por la autoridad laboral y recibida ésta en el juzgado de lo social, el letrado de la Administración de justicia advertirá a la autoridad remitente de los defectos u omisiones que pudiera contener la comunicación, a fin de que se subsanen en el plazo de diez días²⁵⁶.

El proceso se seguirá, además de con las representaciones integrantes de la Comisión o Mesa negociadora del convenio, con los denunciante o terceros presuntamente lesionados²⁵⁷.

Cuando la impugnación procediera de la autoridad laboral y no hubiera denunciante, también será citada la representación legal de dicha autoridad²⁵⁸.

El Ministerio Fiscal será parte siempre en estos procesos²⁵⁹.

A la comunicación de oficio se acompañará el convenio impugnado y copias del mismo para cuantos sean parte en el proceso²⁶⁰.

²⁵² Artículo 164 LJS.

²⁵³ STS 21 de marzo de 2001: “exige que la demanda cite la norma infringida y en que consiste la ilegalidad, lo que supone una excepción al artículo 80 LPL, en el que en principio los fundamentos de derecho no son elementos indispensables de ese escrito inicial”.

²⁵⁴ STS 3 de mayo de 2001: La impugnación de un convenio por infracción del ordenamiento, el juzgador tiene que limitar su análisis a las infracciones legales que hayan sido alegadas en la demanda, sin que quepa una denuncia genérica del contenido del convenio.

²⁵⁵ No se tendrán por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo que se impugna (artículo 165.1.b) LJS).

²⁵⁶ Artículo 164.3 LJS.

²⁵⁷ Artículo 164.4 LJS.

²⁵⁸ Artículo 164.5 LJS.

²⁵⁹ Artículo 164.6 LJS.

La autoridad laboral puede impugnar el convenio colectivo estatutario en cualquier momento de la vigencia del mismo, por supuesto después de haber dado las instrucciones oportunas para su inscripción y publicación²⁶¹.

12.1.3. Las partes.

Como demandantes figuran:

-La autoridad laboral cuando sea quien a propia iniciativa formule la comunicación²⁶². Ahora bien, aunque sea la autoridad laboral quien inicie el proceso, en realidad no llega a asumir la condición de parte en el mismo. Una vez lleva a cabo la incoación del proceso mediante la comunicación-demanda, su función concluye. El proceso continúa con las denominadas partes intervinientes que son: las representaciones que integran la comisión negociadora, los terceros reclamantes y los denunciante ante la autoridad laboral de la ilegalidad o lesividad del convenio. En el caso en el que no existieran denunciante deberá ser citado el Abogado del Estado o equivalente autonómico.

-Los terceros reclamantes cuyos derechos se han visto presuntamente lesionados.

-Los denunciante ante la autoridad laboral de la ilegalidad del convenio.

Como demandados figuran:

-Las representaciones integrantes de la comisión negociadora.

El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos.

²⁶⁰ Artículo 164.7 LJS.

²⁶¹ STS 31 de marzo de 1995 y STS 21 de diciembre de 2006.

²⁶² Sí el convenio colectivo no se hubiera registrado todavía ante la oficina pública de conformidad con el artículo 90.2 ET, los representantes legales de las partes intervinientes en la negociación de un convenio colectivo estatutario, que sostuvieran la ilegalidad del convenio o los terceros lesionados que la invocaran, deberán solicitar previamente de la autoridad laboral que inicie dicho procedimiento de oficio. Sí la autoridad laboral no contestara la solicitud efectuada por los representantes legales de las partes intervinientes en la negociación colectiva o la de los terceros lesionados en el plazo de quince días, la desestimara o bien el convenio colectivo ya hubiera sido registrado, la impugnación del convenio colectivo podrá incoarse directamente por los legitimados para ellos por los trámites de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en tanto se encuentre supérstite el convenio colectivo. Todo lo relatado aparece recogido en los artículos 163.2 y 3 y 153.2 LJS. Todo ello debe ser puesto en relación con lo preceptuado en el artículo 163.4 LJS que dice que “La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho”.

12.1.4 Procedimiento y su finalización.

Aunque es la autoridad laboral quien inicia el procedimiento, no por ello asume su condición de parte. Una vez lo ha iniciado mediante la formalización de la comunicación-demanda, su función debe darse por finalizada, interviniendo en el mismo las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio, los denunciados o los terceros presuntamente lesionados²⁶³. Cuando ha impugnado el convenio la autoridad laboral y no hubiera denunciados, también será citada la representación legal de dicha autoridad, bien el abogado del Estado o el letrado del servicio jurídico de la consejería correspondiente en el ámbito autonómico²⁶⁴.

Recibida por el órgano judicial la comunicación, el letrado de la Administración de justicia señalará para juicio²⁶⁵, citando inexcusablemente al Ministerio Fiscal y a las partes “intervinientes”²⁶⁶.

En el acto de juicio, las partes se posicionan, mostrando su conformidad u oposición a la pretensión interpuesta.

La sentencia deberá ser comunicada a la autoridad laboral, siendo inmediatamente ejecutiva desde que se dicta, sin perjuicio de los ulteriores recursos que se interpongan. En el supuesto de que la sentencia declare la nulidad total o parcial del convenio²⁶⁷ que ya hubiera sido publicado, deberá publicarse el texto de la sentencia en el mismo boletín en el que se publicó el convenio colectivo.

12.2 La impugnación directa del convenio colectivo por los trámites de la modalidad procesal de conflicto colectivo.

El convenio colectivo puede impugnarse judicialmente mientras se encuentre supérstite, en los supuestos que a continuación se señalan^{268 y 269}:

- En un momento anterior al del registro del convenio por la autoridad laboral, sí ésta no contestara la solicitud de los representantes legales o sindicales de

²⁶³ Artículo 164.4 LJS.

²⁶⁴ Artículo 164.5 LJS.

²⁶⁵ Artículo 166 LJS.

²⁶⁶ las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio, los denunciados o los terceros presuntamente lesionados.

²⁶⁷ SAN 20 de noviembre de 2002: el juzgador no podrá colmar los vacíos normativos que acontezcan como consecuencia de la nulidad parcial o total decretada en la sentencia. En caso contrario, el juez suplantaría la competencia que la legislación otorga en la negociación colectiva a los sujetos legitimados para ello.

²⁶⁸ Artículo 163.3 LJS.

²⁶⁹ STS 11 de octubre de 2007: No son susceptibles de acumulación las acciones de impugnación del procedimiento de oficio de convenios colectivos y de conflicto colectivo (artículos 26.14 y 27.1 LJS).

los trabajadores o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del convenio o los terceros lesionados que la invocaran, deberán solicitar previamente de la autoridad laboral que curse al juzgado o Sala su comunicación de oficio, en el plazo de quince días, o en su caso la desestimara.

- A partir del momento del registro del convenio colectivo.

12.2.2. Sujetos legitimados.

La LJS remite la impugnación directa del convenio colectivo a los trámites de la modalidad procesal de conflicto colectivo. Es decir, la diferenciación con la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, cuyo procedimiento es iniciado a instancia de la autoridad laboral mediante su escrito de comunicación-demanda, radica en que en el llamado de impugnación directa del convenio por los trámites del de conflicto colectivo, el convenio va a ser impugnado por determinados sujetos colectivos que aparecen recogidos en el artículo 165 LJS.

12.2.2.1. Legitimación activa.

La impugnación del convenio colectivo trae su causa en la ilegalidad del convenio: la legitimación activa corresponde a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas^{270,271y272}, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas de su respectivo ámbito. De igual forma, se encuentran legitimadas el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas, a los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo. No tienen legitimación para impugnar por ilegalidad un convenio colectivo, ni el

²⁷⁰ STS 3 de abril de 2006: el concepto de asociación profesional interesada se refiere a aquellas cuyos miembros pueden verse afectado de alguna manera por las estipulaciones contenidas en el convenio colectivo que pretenden impugnar y ello a pesar de contar con legitimación para negociararlo.

²⁷¹ STS 15 de marzo de 1993: no se exige correspondencia entre el sujeto legitimado y el ámbito del conflicto, cuando se trata de la impugnación de un convenio colectivo por los trámites de la modalidad procesal de conflicto colectivo. STS 1 de junio de 1996: Los sindicatos pueden impugnar un convenio empresarial negociado por la representación unitaria, incluso si forma parte de esta, trabajadores afiliados a ellos.

²⁷² STS 20 de marzo de 2007: Para que una asociación empresarial tenga legitimación activa, se le exige en cualquier caso que sea interesada, cualificación que no se exige para calificar la legitimación activa, cuando se refiere a los órganos sindicales. Se entiende que una asociación empresarial está interesada cuando sus representados están incluido en el ámbito de aplicación del convenio y cuando el convenio afecte a las posibilidades de negociación de la propia asociación. Lo contrario, o sea, una asociación no va a poder justificar estar interesada, cuando carece de todo interés en el pleito, por no contar entre sus afiliados con empresarios relacionados objetivamente con el convenio impugnado (STS 14 de abril de 2000).

empresario ni un trabajador individualmente considerados²⁷³. La falta de impugnación directa de un convenio colectivo, no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través del procedimiento de conflicto colectivo o individual posteriores, promovidos por los legitimados para ello. Siendo legitimados en este caso, quienes tengan un interés, no quien se encuentre legitimado para negociar el convenio colectivo. Siendo el fundamento de la impugnación de ahora, que una o varias cláusulas del convenio no son conforme a derecho. Sí el juzgador concluyere en su resolución, que efectivamente la cláusula o cláusulas no son conforme a derecho, lo comunicará al Ministerio Fiscal, para que por éste sí lo tiene a bien, inicie el procedimiento correspondiente de la modalidad de conflicto colectivo basada en la ilegalidad de parte de su clausulado.

No rige el principio de correspondencia en el procedimiento de impugnación directa de convenio colectivo que sí lo hace en el de conflicto colectivo, por lo que no es exigible que exista una correspondencia entre el ámbito del convenio impugnado y el ámbito del sujeto que lo impugna²⁷⁴.

La impugnación del convenio colectivo trae su causa en la lesividad del convenio: la legitimación activa corresponde a los terceros²⁷⁵ cuyo interés ha resultado gravemente lesionado. En ningún caso se tendrán por terceros los trabajadores y empresarios, incluidos en el ámbito del convenio colectivo²⁷⁶. Se consideran terceros legitimados para impugnar el convenio colectivo al FOGASA, incluso un colegio profesional oficial, siempre que alegue que el convenio ha producido una lesión grave para los intereses de los profesionales por él representados²⁷⁷.

Se tendrá por tercero y por lo tanto legitimado para impugnar un convenio colectivo, a la autoridad gubernativa (Delegados del gobierno), cuando la autoridad laboral autonómica no inició el procedimiento de impugnación de oficio, encontrándose indistintamente el convenio registrado como no registrado.

El abogado del Estado se tendrá por tercero en su condición de representante de los intereses de la Administración General del Estado, estando legitimado para impugnar un convenio colectivo de otra administración pública, sea local o autonómica, cuando el convenio colectivo objeto de impugnación infringe la Ley de Presupuestos del Estado.

Los pensionistas que en su día fueron trabajadores de la empresa, no tienen la condición de terceros y en cuanto que fueron trabajadores de la empresa, si cabe que estén incluidos en el ámbito personal del convenio colectivo y en consecuencia

²⁷³ STS 15 de octubre de 1996.

²⁷⁴ STS 10 de junio de 2002: así se encuentran legitimados para impugnar un convenio de empresa, la representación unitaria de uno de los centros de trabajo, habiendo intervenido en la negociación del convenio secciones sindicales de un sindicato con implantación en todo el Estado.

²⁷⁵ STS 6 de junio de 2001: el concepto de tercero se reserva a quienes no estén dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo.

²⁷⁶ STS 9 de febrero de 1999: Los pensionistas afectados por el convenio, aunque dejaron de ser trabajadores de la empresa, no son considerados terceros.

²⁷⁷ STS 15 de marzo de 1993.

destinatarios de parte del contenido del convenio, en su condición de antiguos trabajadores²⁷⁸.

Las viudas de los trabajadores de la empresa no tienen la condición de terceros para impugnar el convenio colectivo por lesividad y que es más que probable que el acuerdo impugnado, las incluye en su ámbito subjetivo de aplicación, como perceptoras por ejemplo de un determinado beneficio, que aparece regulado en el clausulado del convenio colectivo²⁷⁹.

12.2.2.2. Legitimación pasiva.

Están legitimados pasivamente todas las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio colectivo^{280y281}, cualquiera que sea la causa alegada para su impugnación.

La autoridad laboral nunca se convierte en sujeto pasivo de la pretensión impugnatoria, aun cuando no de trámite a la comunicación-demanda a instancia de denunciante o terceros lesionados²⁸².

12.3. Procedimiento y su finalización.

El convenio colectivo puede impugnarse mientras se encuentre supérstite, no encontrándose sometida a plazo de prescripción la acción impugnatoria. Por lo tanto, el plazo para la impugnación del convenio abarca todo el período de su vigencia, incluido el de su prórroga, siempre que no se haya producido su denuncia^{283y284}. El ejercicio de la acción impugnatoria que pretenda la declaración de nulidad de una cláusula de un convenio colectivo, interrumpe la prescripción de las acciones individuales, que para que prosperen dependieran de la nulidad de la cláusula impugnada²⁸⁵.

²⁷⁸ STS 3 de marzo de 1999.

²⁷⁹ STS 6 de junio de 2001.

²⁸⁰ Artículo 165.2 LJS.

²⁸¹ Puede impugnar el convenio no obstante el que lo firma, o sea, los sujetos legitimados pasivamente en cualquier caso, ya que se admite la impugnación del contrato por las partes, si el objeto de la impugnación, son las contravención de normas no disponible y en consecuencia de naturaleza imperativa. Lo que viene corroborado por el artículo 165, quien hace partícipes de la legitimación activa a las partes interesadas que firmaron el convenio colectivo.

²⁸² La administración pública ni es coautora del convenio, ni está legitimada para anularlo.

²⁸³ STS 25 de mayo de 2006: no resulta de aplicación el año de prescripción recogido en el artículo 59.1 ET.

²⁸⁴ STS 23 de marzo de 2003: El plazo de ejercicio de la acción para solicitar la nulidad del convenio colectivo es de un año a contar desde la fecha de su materialización.

²⁸⁵ STS 20 de junio de 2012.

La remisión efectuada por el artículo 163.3 LJS²⁸⁶ al proceso de conflicto colectivo, supone la aplicación de determinadas formalidades de dicho proceso de conflicto colectivo, sin afectar a la especificidad de la modalidad procesal de impugnación de conflicto colectivo, en lo concerniente a las partes, la demanda, el juicio y la sentencia²⁸⁷.

La demanda deberá contener, además de los requisitos generales, los previstos de manera específica para la comunicación de oficio. A la demanda deberá acompañarse el convenio impugnado y las copias correspondientes.

Admitida a trámite la demanda, el letrado de la Administración de justicia señalará para juicio, con citación del Ministerio Fiscal y, en su caso, de las partes a las que se refiere el artículo 164.4 LJS²⁸⁸. En su comparecencia a juicio, dichas partes alegarán en primer término la postura procesal que adopten, de conformidad u oposición, respecto de la pretensión interpuesta²⁸⁹.

Se acepta en la fase de conciliación judicial, una nueva redacción que las partes le propongan y que lógicamente aquel acepte como buena.

La sentencia deberá ser comunicada a la autoridad laboral. Se dictará en el plazo de tres días y será ejecutiva desde el momento en que se dicte²⁹⁰, sin perjuicio del recurso que contra la misma se interponga²⁹¹.

El órgano judicial adoptará las medidas pertinentes al objeto de subsanar las anomalías que procedan²⁹², a través del correspondiente proceso judicial, que podrá convalidar los preceptos objeto del proceso, anularlos²⁹³ o interpretarlos. Cabrá la anulación total o parcial del convenio impugnado. La consideración del “convenio como un todo orgánico, fundamentador del equilibrio interno que posibilitó en su momento el pacto”²⁹⁴, no puede condicionar el respeto de este a las norma de derecho necesario²⁹⁵. Las cláusulas de “vinculación a la totalidad” que pretenden preservar el equilibrio interno del conjunto de prestaciones y contraprestaciones en que consiste el contenido del convenio, cuya finalidad consiste en que el convenio dejará de producir efectos y en consecuencia cesará su aplicación. Sin embargo, no puede pretenderse que sean los tribunales los que además de proceder a declarar la nulidad parcial del convenio, apliquen la cláusula de vinculación a la totalidad y en consecuencia y como efecto

²⁸⁶ Si la autoridad laboral no contestara la solicitud a la que se refiere el apartado anterior en el plazo de quince días, la desestimara o el convenio colectivo ya hubiere sido registrado, la impugnación de éstos podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional.

²⁸⁷ STS 22 de septiembre de 2011.

²⁸⁸ las representaciones integrantes de la Comisión o Mesa negociadora del convenio, con los denunciantes o terceros presuntamente lesionados.

²⁸⁹ Artículo 166.1 LJS.

²⁹⁰ Artículo 303.1 LJS.

²⁹¹ Artículo 166.2 LJS.

²⁹² Artículo 90.5 ET.

²⁹³ Las cláusulas convencionales anuladas en la sentencia y por lo tanto subsanables, tendrán eficacia “ex nunc”, desde la fecha de la sentencia.

²⁹⁴ STC 189/1993, d19 de julio: la existencia de una cláusula de vinculación a la totalidad de un convenio colectivo, no impide las impugnaciones parciales o de preceptos concretos que infrinjan claramente normas de derecho necesario.

²⁹⁵ STS 11 de junio de 2001.

práctico, declaren la nulidad total del convenio. O sea, la existencia de la cláusula de vinculación a la totalidad del convenio, como parte de su clausulado, no es que no tenga sentido, ya que determinan efectos importantes, a pesar de que determinado la nulidad parcial, el tribunal no puede establecer entonces por invocación de la cláusula la nulidad de la totalidad del convenio colectivo. Lo habitual será que el juzgador invite a demás partes intervinientes en la negociación, a la renegociación en términos análogos a los establecidos en el artículo 89.1 ET²⁹⁶.

Sí la sentencia es anulatoria en todo o en parte del clausulado del convenio colectivo²⁹⁷ y éste hubiera sido objeto de publicación en el boletín oficial correspondiente, se procederá a la publicación de la sentencia en el mismo boletín oficial²⁹⁸.

Cuando adquiera firmeza la sentencia, producirá efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso²⁹⁹. La sentencia tiene eficacia erga omnes que hace inatacable dicha decisión en otro proceso. Pero, sí la sentencia desestima la pretensión impugnatoria del convenio colectivo, deberá suponer que ese fallo absolutorio, no impide un procedimiento futuro a instancia de otra parte³⁰⁰.

Sí la sentencia firme declara la nulidad total o parcial del convenio colectivo impugnado, tendrá efectos “ex tunc” desde el momento en el que se pactaron las cláusulas contrarias a derecho³⁰¹. Ahora bien, la retroacción de los efectos de las cláusulas convencionales declaradas nulas, pueden provocar en ciertas ocasiones trastornos de tal envergadura en las empresas, que el TC³⁰² ha limitado excepcionalmente los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, con la finalidad básica de no perjudicar situaciones consolidadas de los trabajadores.

13. Adhesión y extensión de convenios colectivos.

13.1. Adhesión de convenios colectivos.

²⁹⁶ STS 30 de mayo de 2011.

²⁹⁷ Tiene efectos “ex nunc”, o sea, desde la fecha de la sentencia.

²⁹⁸ El artículo 2.3.a) y b) RD 713/2010, determina que las sentencias dictadas en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, deberán ser objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

²⁹⁹ Artículo 166.2 LJS.

³⁰⁰ STS 18 de mayo de 1998.

³⁰¹ STS 21 de junio de 2010: las sentencias que declaran la nulidad del convenio tienen naturaleza declarativa, en cuanto que se limitan a declarar algo que ya existía, es decir, una norma convencional que se oponía a una norma de rango superior. A tal efecto establece el artículo 85.1 ET que “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole...”. Siendo el efecto aplicable a la nulidad el que previene el artículo 6.3 CC.

³⁰² STC 86/1991, 25 de abril.

En las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral competente a efectos de registro³⁰³. La adhesión ha de ser considerado como producto de la autonomía colectiva de las partes. Ya que a cuyo través, se permite que el contenido de un convenio colectivo ya existente, se aplique en una unidad de negociación distinta, en virtud de un acuerdo colectivo, llamado acuerdo de adhesión. Este acuerdo colectivo tiene por objeto asumir como propio, el contenido de otro convenio colectivo que ya existía³⁰⁴. La adhesión constituye una auténtica negociación. Dichos acuerdos han de ser objeto de inscripción en el registro de convenios³⁰⁵. Lo que el legislador ha previsto con la institución de la adhesión, es la aplicación de un convenio colectivo vigente en un ámbito territorial, incluso funcional distinto, al del convenio originario.

El proceso adecuado para la impugnación del acto de adhesión, al ser una negociación colectiva calificada “singular”, es el establecido para la impugnación de convenios colectivos, bien la impugnación de oficio, bien la impugnación directa.

Se exige, se cumplan los siguientes requisitos, para que sea operativa la adhesión:

- Tendrán capacidad para iniciar el procedimiento de extensión quienes se hallen legitimados para promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente, conforme a lo dispuesto en los artículos 87.2 y 3 ET³⁰⁶.
- La adhesión ha de adoptarse de común acuerdo por las dos partes negociadoras³⁰⁷.
- La adhesión se entiende efectuada en cualquier caso respecto de un convenio en vigor y sobre la totalidad de su contenido³⁰⁸.
- El acto de adhesión debe contar con definir de manera clara el ámbito territorial y en su caso funcional al que se proyecta la conducta de las partes que lo acuerdan.
- Las partes que lo acuerdan no pueden encontrarse afectada por otro convenio colectivo.
- Comunicación del acto de adhesión a la autoridad laboral a los efectos de registro.
- Ha de ser publicado en el correspondiente boletín oficial.

13.2. Extensión de los convenios colectivos.

³⁰³ Artículo 92.1. ET.

³⁰⁴ STS 20 de octubre de 1997.

³⁰⁵ Artículo 2.1.e) RD 713/2010, 28 de mayo.

³⁰⁶ Artículo 92.3 tercer párrafo ET.

³⁰⁷ No cabe la decisión unilateral de una de las partes para que opere la institución de la adhesión.

³⁰⁸ Cabe adherirse a un convenio prorrogado o en situación de ultra actividad.

El Ministerio de Empleo, o el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 ET, las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello. Mediante el mecanismo de la extensión no se crea una norma nueva, sino que el órgano competente declara aplicable otra ya existente³⁰⁹.

De lo dicho se exige para que proceda la extensión del convenio lo siguiente:

- El convenio extendido pasa a tener eficacia personal “erga omnes” en la pluralidad de empresas y trabajadores o sector o subsector de actividad a los que se ha extendido³¹⁰.
- Ese sector al que se extiende, no debe estar vinculado por convenio colectivo, cualquiera que fuera su ámbito³¹¹.
- Con carácter general el convenio que se extiende debe ser de ámbito superior al de la empresa.
- Excepcionalmente cabe extender a un sector o subsector de la actividad, un convenio colectivo de ámbito empresarial, de análogas actividades y condiciones económicas y sociales que el de aquellas³¹². Es el Ministerio de Empleo el competente para llevar cabo los actos de extensión cuando abarque a todo el territorio del Estado o abarque más de una comunidad autónoma. Siendo competente los órganos de la Comunidad Autónoma, cuando la extensión se circunscribe al ámbito de una comunidad autónoma³¹³.
- La extensión de un convenio no conlleva necesariamente la de la totalidad del convenio colectivo que se extiende.
- El convenio colectivo objeto de extensión surte efectos en el nuevo ámbito, desde la fecha de presentación de la solicitud y hasta la finalización de la vigencia, incluida sus prórrogas³¹⁴. No pudiéndose prorrogar el acto de extensión, que exigirá para ello el inicio de un nuevo procedimiento y una nueva resolución de extensión. Una vez sustituido un convenio que había sido extendido por otro, las partes legitimadas para iniciar el procedimiento de extensión, podrán solicitar en el plazo de un mes, contados a partir de su

³⁰⁹ STC 8671991.

³¹⁰ El hecho de que en una empresa existan partes legitimadas para negociar en ese ámbito empresarial, no limita la posibilidad de la extensión, pues las partes legitimadas para negociar un convenio de empresa, no están legitimadas para negociar un acuerdo sectorial, que es el ámbito al que se refiere el convenio objeto de extensión.

³¹¹ Artículo 1.2. RD 718/2005, 20 de junio, que aprueba el procedimiento de extensión de los convenios.

³¹² Artículo 1.2. RD 718/2005, 20 de junio.

³¹³ Artículo 2. RD 718/2005, 20 de junio.

³¹⁴ Artículo 9.2 RD 718/2005, 20 de junio.

publicación oficial del nuevo convenio, para que se dicte nueva resolución sobre la necesidad de extender el nuevo convenio publicado, en cuanto que se han modificado las circunstancias que aconsejaron la extensión del convenio inicialmente. En este caso, los efectos del nuevo convenio se retrotraen a la fecha de inicio de efectos del convenio extendido³¹⁵. Si se alterasen las circunstancias que justificaron la extensión, cualquiera de las partes puede promover la negociación de un nuevo convenio colectivo propio. En este caso, las partes lo comunicaran a la autoridad laboral, para que se dicte resolución, dejando sin efecto la extensión³¹⁶.

- Finalizada la vigencia inicial del convenio extendido, las partes legitimadas para ello, pueden solicitar la extensión de otro convenio colectivo más acorde con la realidad social y laboral de su correspondiente ámbito³¹⁷.
- No son aplicables a la extensión las reglas sobre concurrencia conflictiva previstas en el artículo 84ET.
- Las disposiciones sobre extensión de un convenio colectivo han de inscribirse en los correspondientes registros y acuerdos colectivos³¹⁸.

La extensión supone que pasa a aplicarse en un ámbito territorial, incluso funcional distinto, al determinado por las partes de manera originaria. La extensión constituye una forma excepcional de integrar las lagunas en la regulación de las condiciones de trabajo, en ámbitos profesionales de especial dificultad para la negociación o cuando la presencia especial de circunstancias económicas y sociales de notoria importancia, limitan las posibilidades de llevar a buen puerto la negociación colectiva, porque realmente no hay partes legitimadas para conformar la unidad de negociación.

Existe un procedimiento reglamentario que articula el proceso de extensión, que se regula en el RD 718/2005, 20 de junio. La iniciación del procedimiento se anunciará en el boletín oficial correspondiente en función del ámbito territorial, para el que se solicita la extensión y en uno de los diarios de mayor circulación en dicho ámbito también, a los efectos de información pública y posible intervención de los interesados.

La decisión administrativa en que consiste la extensión, siempre será a instancia de parte. Está prohibido en consecuencia proceder de oficio por la autoridad laboral³¹⁹. Están legitimados³²⁰ para iniciar el procedimiento de extensión, quienes los estén para

³¹⁵ Artículo 10.1 RD 718/2005, 20 de junio.

³¹⁶ Artículo 11.1 RD 718/2005, 20 de junio.

³¹⁷ Artículo 11.2 RD 718/2005, 20 de junio.

³¹⁸ Artículo 2.3.c) RD 713/2010, 28 de mayo y artículo 12 ED 718/2005, 20 de junio.

³¹⁹ Artículo 92.2. ET.

³²⁰ Hay que diferenciar al efecto entre legitimación inicial (artículo 87.2 y 3 ET), tanto del lado empresarial como de los trabajadores, para la negociación de convenios de ámbito superior a la empresa y la legitimación plena (artículo 88.1 ET). Precisamente la parte que insta la extensión no va a tener la legitimación plena o bien la contraparte no tiene la legitimación inicial o plena.

promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente, conforme a lo previsto en los artículos 87.2 y 3 ET³²¹.

Las organizaciones sindicales y organizaciones patronales más representativas tienen derecho a emitir informe sobre la solicitud de extensión³²². También deberán ser consultadas la CCNCC, en el supuesto de extensión de un convenio colectivo cuando la competencia para la extensión corresponde al Ministerio de Empleo. Sí la competencia fuera de la comunidad autónoma, dicha solicitud de información puede ser indistintamente a la CCNCC o al órgano equivalente de la comunidad autónoma³²³. La duración del procedimiento no puede exceder de tres meses, transcurrido dicho plazo con falta de resolución expresa, la solicitud se entiende desestimada. La resolución administrativa, además de resolver sobre la procedencia o no de la extensión, resolverá en el caso de que proceda la extensión, sobre aquellas cláusulas del convenio colectivo que resulten inaplicable, especialmente lo referente a las cláusulas obligacionales³²⁴.

La extensión debe entenderse subordinada a la negociación colectiva y por lo tanto hay que otorgarle carácter de transitoriedad, de tal forma que no solo es posible la negociación colectiva durante el tiempo que ha sido extendido un convenio, sino que finalizará sus efectos tan pronto se apruebe un convenio en el ámbito donde actuaba la extensión.

14. La regulación administrativa de las condiciones de trabajo.

Las Reglamentaciones de Trabajo eran un conjunto de normas dictadas por el Ministerio de Trabajo, en las que se fijaban las condiciones mínimas a que habían de ajustarse las relaciones laborales en los distintos sectores de la actividad económica³²⁵. Se fijaban pues las condiciones laborales mínimas en un determinado sector de la producción, sin perjuicio de que pudieran ser mejoradas por los empresarios.

El progresivo debilitamiento de las Ordenanzas Laborales en España viene determinado por los siguientes acontecimientos:

- La legalización en 1958 de la negociación colectiva en el marco de la Organización Sindical Vertical, supuso un punto de inflexión al monopolio estatal en la fijación de las condiciones laborales³²⁶.

³²¹ Artículo 92.2, párrafo tercero ET.

³²² Artículo 6 RD718/2005, 20 de junio.

³²³ Artículo 7.2 RD 718/2005, 20 de junio.

³²⁴ Artículo 9.1 RD 718/2005, 20 de junio.

³²⁵ El artículo 1 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942 las configuraba como un tipo especial de reglamento laboral, integrado por un conjunto sistemático de normas establecidas por el Estado a través del Ministerio de Trabajo, para regular “las condiciones mínimas” de un sector profesional o de una empresa determinada.

³²⁶ La Ley sobre Convenios Colectivos Sindicales de 24 de abril de 1958 no cambió en la práctica la situación, ya que supuso un reconocimiento de la autonomía colectiva muy limitado y controlado administrativamente, respetando la primacía de las reglamentaciones de trabajo. La regulación sectorial

- Poco antes de la promulgación de la CE, ya en plena Transición se dictaba el RD-Ley de Relaciones de Trabajo, que se refirió de manera expresa a las ordenanzas laborales y reglamentaciones³²⁷.
- La promulgación de la Constitución, y la expresa derogación por ella del Fuero del Trabajo y demás Leyes Fundamentales del Reino, consagrando expresamente el derecho a la negociación colectiva, lo que exige tácitamente el reconocimiento de sindicatos y asociaciones patronales, llevaba implícito la derogación de la Ley de Reglamentaciones de 16 de octubre de 1942.
- La Disposición final Tercera ET, en su redacción originaria de 1980 derogó la Ley de Reglamentaciones³²⁸.

Eficacia transitoria de las ordenanzas laborales tras la aprobación del ET, a pesar de la derogación de la Ley de Reglamentaciones, en los términos ya dispuestos, las ordenanzas mantuvieron su eficacia como derecho dispositivo³²⁹, según la Disposición Transitoria Sexta ET, en tanto no fueran sustituidas por convenios colectivos, hasta el 31 de diciembre de 1994. Se mantenía su vigencia³³⁰ en tanto un Acuerdo interprofesional estableciera otra cosa. Llegada esa fecha, el Ministerio de Trabajo, conforme a la indicada Disposición Transitoria Sexta ET, prorrogó la vigencia de las Ordenanzas Laborales hasta el 31 de diciembre de 1995, siempre que la Ordenanza en cuestión correspondiera a un sector con dificultades de regulación negociada.

Las ordenanzas laborales y reglamentaciones de trabajo se encuentran derogadas desde el día 1 de enero de 1996³³¹, y su regulación ha sido sustituida, según los sectores, por Convenios Colectivos sectoriales de ámbito estatal, por acuerdos específicos de

seguía siendo asumida por el Estado, y los convenios colectivos desempeñaban una mera función de mejora de las condiciones de trabajo, circunscribiéndose al ámbito de la empresa.

³²⁷ El artículo 28 Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, dispuso que las reglamentaciones sólo podrían dictarse en el futuro “para aquellos sectores de producción y demarcaciones territoriales en los que no existen convenio colectivo de trabajo”, y en relación con las supérstites decía el artículo 29 que “continuarán rigiendo en aquellas de sus disposiciones que no sean sustituidas por lo pactado en convenio colectivo”. La regulación estatal de condiciones de trabajo se sigue admitiendo, sin embargo su relación con los convenios colectivos se invierte, al conceder a éstos la primacía respecto a las reglamentaciones de trabajo. Sólo en el caso de que negociación colectiva no cubriera adecuadamente la regulación sectorial de las condiciones de trabajo, la ejercería el Estado.

³²⁸ La promulgación del ET en 1980 supuso que se cuestionara la viabilidad constitucional de las reglamentaciones, ya que el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, dispuesto en el artículo 37.1 CE, así como su plasmación normativa en el artículo 82.2 ET, resultaba incompatible con las facultades del Ministerio de Trabajo para regular las condiciones mínimas de trabajo.

³²⁹ El carácter dispositivo de una norma significa que ésta se convierte en supletoria de otra, o sea que sólo se aplicará en defecto de previsión de otra norma. Y como tal norma supletoria puede ser derogable para mejorarla o para establecer condiciones más desfavorables.

³³⁰ Mantenimiento de la vigencia de las entonces actuales reglamentaciones y ordenanzas en calidad de derecho dispositivo, respecto de la negociación colectiva, hasta tanto no sean sustituidas por convenio colectivo.

³³¹ Se exigió autorización al Ministerio de Trabajo para derogar total o parcialmente las reglamentaciones y ordenanzas, con informe preceptivo previo de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

sustitución de las Ordenanzas reguladoras de determinadas materias (estructura salarial, régimen disciplinario, etc.) o, en casos excepcionales, por laudos arbitrales.

Posteriormente se formalizó el llamado Acuerdo de Cobertura de Vacíos, de fecha 28 de abril de 1997 y firmado por las principales organizaciones sindicales y patronales, regulando las lagunas producidas por la desaparición de las Reglamentaciones de Trabajo. Finalizando todo este proceso de manera definitiva en fecha 19 de mayo de 2005, tras la formalización del Acuerdo Marco Estatal para el sector de limpieza de edificios y locales, que procedió a la sustitución de la ordenanza laboral de limpieza de edificios y locales, última ordenanza hasta entonces en vigor.

En la actualidad, la Disposición Adicional Séptima ET, sobre “Regulación de condiciones por rama de actividad”, establece que “la regulación de condiciones de trabajo por rama de actividad, para los sectores económicos de la producción y demarcaciones territoriales en que no exista convenio colectivo, podrá realizarse por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 92 ET, que será siempre procedimiento prioritario”. De ahí, su condición de residual de la regulación administrativa de las condiciones de trabajo.

15. La inaplicación o el descuelgue del convenio colectivo. Especiales relaciones con el convenio de empresa y su prioridad aplicativa.

15.1. Introducción.

El Capítulo III Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. La Exposición de motivos justifica las modificaciones operadas, en concreto el referente al descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor. El problema de la dualidad laboral es consecuencia, en buena medida, de un sistema de instituciones laborales inadecuado, como ha quedado evidenciado durante la última crisis. En un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo.

Las modificaciones legislativas anteriores a 2012, que afectaron al mercado de trabajo y a la negociación colectiva, supusieron sendas promulgaciones, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Reforma que pretendieron hacer más viable la posibilidad del

descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece adecuado el mantenimiento de la legislación entonces vigente. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores, para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, la Ley 3/2012, incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la CCNCC u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración

En orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, la Ley 3/2012 incorpora una modificación del régimen del descuelgue. También, modificó el “status quo” existente desde época inmemorial, sobre la estructura de la negociación colectiva. Antes de la promulgación de la ley que ha canalizado la actual y trascendente reforma laboral, hemos indicado que de manera tímida, otras dos, habían comenzado esa senda de reformas, inevitables para la modernización real de las normas reguladoras del mercado de trabajo español. Ya hemos indicado que la Ley 35/2010 y el RD-Ley 7/2011, también pretendieron incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios, en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. Esa reforma tenía un alcance más que limitado, ya que la descentralización de la negociación colectiva se dejaba en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa. A corregir ello para hacer realidad el acercamiento al nivel empresarial, de la auténtica posibilidad de gestión de cuantos factores inciden en la productividad del factor trabajo y que solo en ese ámbito debieran dilucidarse, si las partes así lo contemplan, ha venido a convertirse en parte del núcleo central de la actual reforma, contemplada en la Ley 3/2012. Las dos novedades de la reforma que acercan al ámbito de la empresa, la posibilidad real consistente en que desde este ámbito, se ajusten todas las cuestiones que inciden en la productividad del factor trabajo y por ende en la competitividad empresarial, quedan circunscrita a la prioridad aplicativa del convenio de empresa y al descuelgue del contenido del convenio colectivo en vigor, en aquellas materias que inciden en la dinámica natural de la empresa en un entorno competitivo.

La inaplicación del convenio colectivo se ha planteado como una de las vías preferentes, para flexibilizar la regulación convencional de las condiciones de trabajo. Sí bien, la reforma de 2012, de ser contextualizada la reforma en un momento de crisis económica³³², la reforma está pensada para quedarse y hacer viable nuestro petrificado ordenamiento laboral, que adolecía hasta entonces de graves carencias, justificativo de gran parte de los desequilibrios que ha venido mostrando desde época inmemorial nuestro mercado laboral. Pero, las reformas en materia de negociación colectiva,

³³² Más allá de los específicos momentos de crisis, el legislador insiste en la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico en materia de negociación colectiva, al de los ordenamientos de países de nuestro entorno, con la principal finalidad de facilitar a las empresas capacidad de adaptación a las condiciones permanentes cambiantes de la economía.

comenzaron con la importantísima reforma de 1994. Fue en ésta, donde se institucionalizaron las cláusulas de descuelgue salarial en el artículo 82.3 ET, como principio de excepción a la eficacia general del convenio colectivo durante su vigencia. Además, se abría la posibilidad de modificar las condiciones pactadas en convenio colectivo durante su vigencia, con la excepción de aquellas referidas a la jornada de trabajo, que requerían para su modificación, un ámbito de legitimación, coincidente con el que negoció el convenio colectivo que se pretendía alterar. El resto de condiciones, solo requerían el acuerdo de las partes legitimadas para negociar un convenio colectivo en el ámbito de la empresa.

En 2010, la reforma que opera apremiada por la virulenta crisis que entonces padece la economía española, pone el foco de la reforma en materia de negociación colectiva, en el acuerdo de empresa, sobre el que va a girar todas las posibilidades de descuelgue convencional. Hasta la promulgación de la Ley 35/2010, las cláusulas de descuelgue, entonces exclusivamente relacionadas con la cuantía salarial, debían venir predispuesta en el propio clausulado del convenio colectivo que iba a ser objeto de descuelgue. Las modificaciones introducidas en 2010, cambia radicalmente la filosofía del descuelgue, en cuanto que ahora es contemplado legalmente su articulación, decayendo entonces su exclusiva articulación convencional. La cuestión que se planteó entonces, consistía en determinar si el convenio objeto de descuelgue, mantenía algún tipo de margen de actuación, teniendo en cuenta que el acuerdo de empresa, incluido ahora también para las cuestiones relacionadas con la jornada de trabajo, deshabilitaba al convenio que iba a ser descolgado para incidir en el cómo y cuándo del propio descuelgue.

Hasta la reforma de 2012, el acuerdo de inaplicación del convenio colectivo, que aglutinaba las posibilidades de modificación de condiciones de trabajo previstas en el convenio, se articulaba en torno al artículo 41 ET, sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Lo que mantenía cierto paralelismo con otras medidas de flexibilización que operaban y operan en el seno de las empresas, que eran ajenas en principio a la negociación colectiva y que aparecían recogidas en los artículos 39, 40 y 41 ET, sobre movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Curiosamente, con la reforma de 2012, tanto éstas, como la técnica de la inaplicación del convenio colectivo, van a compartir una serie de aspectos, como son la concurrencia de una o varias causas y en relación con el procedimiento, el artículo 82.3 ET se remite al artículo 41.4 ET. Pero al unísono, la reforma de 2012, también establece diferencias en otros aspectos, en cuanto que la técnica de la inaplicación del convenio, vuelve a reconducirse procedimentalmente hablando, en virtud del artículo 41.6 ET, a la negociación colectiva, ya que queda sujeta la institución de la inaplicación a la mismas normas de legitimación exigidas para el convenio de empresa. Es decir, el acuerdo de inaplicación ahora, es fruto de la negociación colectiva sin más³³³.

Sin ninguna duda, en la reforma de 2012, existe una correspondencia directa entre el convenio y la solución prevista “ex lege” para su inaplicación. La inaplicación es de exclusiva configuración legal, cuyo régimen jurídico se ha establecido teniendo en

³³³ Artículos 41.6 y 82.3 ET.

cuenta, el resto de modificaciones que la reforma introduce en la negociación colectiva, en generar y más concretamente en lo concerniente al convenio de empresa y su prioridad aplicativa en cualquier caso. Aunque son dos instituciones diferenciadas, la inaplicación del convenio y el convenio de empresa, responden ambos a objetivos similares, amén de un procedimiento también similar, sobre la base de cuestiones negociables también similares.

El instrumento de la inaplicación del convenio colectivo continúa siendo una solución excepcional, de carácter temporal. Se exige acreditar una o varias causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como justificación de la medida. Dicha opción ha de ser entendida fuera del poder de dirección de empresario, en cuanto que exige siempre, el acuerdo de las partes, las mismas que legítimamente pueden negociar un convenio de empresa.

Las reformas laborales que se han venido sucediendo entre los años 2010 a 2012, apuestan decididamente por un modelo económico de empresa flexible. En este modelo, el trabajo es en primer lugar un factor de la producción, que debe ajustarse como el resto de factores a su entorno económico, que por naturaleza es cambiante. No se trata de separar el trabajo o prestación de servicios de la persona del trabajador. Sólo que es necesario, buscar el equilibrio del factor en el mercado y a continuación se procede a su regulación, sobre la base de ciertas limitaciones de partida y corrigiendo previamente los llamados fallos de mercado. Nuestro modelo laboral hasta entonces, puede y debe ser calificado “estructuralmente de absurdo”. El ordenamiento jurídico laboral tiene una alta dosis de culpa de las desorbitadas cifras de desempleo. Algunos han malentendido que la reforma ha tenido una visión de la empresa basada en la eficacia y en la eficiencia económica, en la necesidad de la permanente adaptación y en muchas cosas más, olvidando al trabajador como mero dador de trabajo, que es una persona y por ende sujeto de dignidad y titular de derechos. Lo que cae por su propio peso, ya que en un mundo como el actual, donde la forma usual de supervivencia de la población, consiste en la obtención de una renta como contraprestación al trabajo por cuenta ajena o en su caso por cuenta propia, la dignidad de la persona exige poder trabajar y obtener una renta suficiente. Pero, con cifras de desempleo que han superado el umbral del 25% y que en el período más álgido del ciclo económico, con una actividad desenfrenada, seguíamos manteniendo cifras de desempleo que rondaba el 10%, es suficiente como para manifestar que el mercado de trabajo español no funciona, no es eficiente y además presenta importantes disfunciones, que se traducen en cifras de desempleados inasumibles en una sociedad como la nuestra. Sin trabajo, sin rentas, sin capacidad de poder tomar decisiones básicas relacionadas con los bienes que cada uno libremente detenta, circunscritos en el ámbito de la propiedad privada, difícilmente puede ser calificado de digno. De ahí, que sea absurdo calificar la reforma como atentatoria a la dignidad del hombre como trabajador, ya que sin trabajo sí que el hombre no llega a adquirir la dignidad mínima y necesaria. Sí la reforma flexibiliza el mercado del factor trabajo, posibilitando su equilibrio y el punto de encuentro entre la demanda y la oferta de trabajo, el primer peldaño en la búsqueda de la dignidad para todos se irá haciendo realidad. Solo queda que nuestro ordenamiento se adecue a la necesidad de pretender como fin el pleno empleo.

La reforma de 2012 ha profundizado en la búsqueda del modelo de empresa flexible, que se adecua a las circunstancias cambiantes. Sólo así se justifica que el sector que en buena parte ha tirado de nuestra economía desde entonces, ha sido el sector exterior, que demuestra el acierto y la bondad para la totalidad de los trabajadores de la nueva configuración del ordenamiento laboral, que ha creado las condiciones para hacer posible una economía con vocación exportadora, lo que permitirá en un futuro la búsqueda del pleno empleo, por primera vez en nuestra historia.

Los que han calificado la reforma de antidemocrática y anticonstitucional, lo hacen partiendo de un punto de referencia: el carácter exacerbadamente tuitivo de las relaciones laborales en España, cuya consideración arranca de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944. La reforma de 2012, no puede entenderse como lo han hecho algunos, como tuteladora exclusivamente del interés empresarial. Lo que ocurría es que se partía de un extremo y se ha llegado a un punto razonable, que acomoda nuestro mercado de trabajo a los retos que los mercados abiertos exigen, el que conforma la Unión Europea primero y el global a continuación.

15.2. La configuración legal del descuelgue.

Dado nuestro peculiar sistema de relaciones laborales y las escasas posibilidades que hasta 2010 han existido para amoldar el contenido convencional regulador de las condiciones de trabajo a la realidad empresarial, es importante advertir un punto crucial en la reforma, consiste en que la técnica del descuelgue desde entonces adquiere configuración legal. No se exige pues como hasta entonces, que el propio convenio colectivo dispusiera dicha posibilidad.

La finalidad última de la inaplicación del convenio consiste en poner a disposición de la empresa, un mecanismo tendente a favorecer la adaptación de la empresa a la cambiante situación económica que inciden directamente en el devenir del mercado.

Ha sido intención del legislador desde 2010, pero sobre todo desde 2012, flexibilizar la negociación colectiva, como uno de los objetivos básicos de la reforma, como mecanismo posibilitador de la creación de empleo, en cuanto rompedor de estructuras que el mismo modelo de relaciones laborales facilitaba hasta entonces y que justificaban los desequilibrios estructurales de nuestro mercado de trabajo.

15.3. Un instrumento más de la flexibilización de la negociación colectiva y por ende de las relaciones laborales.

El ordenamiento laboral ha modificado su situación inmovilista y tuitiva hasta la exacerbación, que arranca en la práctica en la propia Ley de Contratos de trabajo de

1944, para adecuarse definitivamente a las circunstancias cambiantes del mercado, sobre la base de reconocer el trabajo como un auténtico factor de la producción. Lo demás, es decir no considerarlo así, sería reconocer que este país está abocado a tener desorbitadas tasas de desempleo, fundamentalmente porque en la legislación española laboral, ha primado el inmovilismo de las instituciones, una desmesurada condición tuitiva de la normativa laboral, lo que ha conducido a unas altísimas tasas de desempleo, por la inadecuación de las instituciones laborales a las exigencias del mercado.

El preámbulo del RD-Ley 7/2011, de reforma de la negociación colectiva, hacía mención a las circunstancias cambiantes de los procesos productivos y las innovaciones tecnológicas, lo que en la práctica se ha traducido en la reducción de las regulaciones legales de derecho necesario y en paralelo a un incremento competencial de materias disponibles en el ámbito de la negociación colectiva.

Hasta la reforma de 2012, ya que las de 2010 y 2011, solo se quedaron en pequeñas reformas sin gran trascendencia práctica, ha ejercido un predominio desorbitado la negociación colectiva de ámbito sectorial y por lo tanto, ámbitos considerados alejados del lugar natural de fijación de condiciones de trabajo, cuyo lugar natural debiera ser la empresa.

Hasta fechas recientes, las cláusulas de descuelgue se regulaban expresamente en el propio convenio colectivo, como excepción a la eficacia general que predica el artículo 82.3 ET, respecto del convenio colectivo estatutario.

Venimos diciendo que la cuestión de la inaplicación del convenio colectivo, tiene relación directa con la elección del convenio colectivo aplicable en caso de concurrencia de convenios colectivos de distinto ámbito. En la redacción originaria del ET de 1980, primaba la aplicación del primero en el tiempo, frente a otros posteriores. Pero, al unísono establecía una excepción, posible al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 83.2 ET, consistente en que las organizaciones patronales o sindicales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma, con competencia para establecer la estructura de la negociación colectiva, así como para fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos, podían desvirtuar la regla natural de aplicabilidad de convenio anterior, por mor de lo manifestado³³⁴. Con la reforma de 1994, se estableció que sí el convenio regulado en primer lugar era un convenio de ámbito superior al de la empresa, se cerraba la posibilidad de negociar en ámbitos inferiores, ya que la legislación de entonces permitía pactar en un determinado ámbito, siempre superior al de la empresa, acuerdos o convenios colectivos que afectasen a lo dispuesto en los de ámbito inferior. Es decir, la legislación de entonces se había convertido en el embrión necesario que permitía la estratificación de la negociación colectiva, entre los distintos ámbitos de negociación. También, se posibilitaba repartir en las distintas unidades de negociación las materias objetos de regulación por la negociación colectiva³³⁵. Se pretendía evitar

³³⁴ Martín Valverde A. Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo. VV. AA. (E. Borrajo Dacruz ed), Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Los convenios colectivos de trabajo: puntos críticos. EDERSA, Tomo XII, Volumen 2º, 2ª edición 1995. Páginas 43 y siguientes.

³³⁵ Casa Bahamonde ME. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencias de los convenios colectivos. Relaciones Laborales Nº 17 y 18. 1994. Páginas 307 y siguientes.

una excesiva centralización de la negociación colectiva, posibilitando y alentando la negociación en ámbitos inferiores, pero superiores al de la empresa. Está claro que la medida propuesta venía a chocar con las previsiones contenidas en el artículo 82.3 ET, que permitían a las organizaciones sindicales y patronales más representativas, en los ámbitos estatal y autonómico, mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos, establecer la estructura de la negociación colectiva, determinar las reglas a aplicar en los casos de conflictos de concurrencia entre convenios colectivos de distintos ámbitos y por último establecer los principios de complementariedad entre las distintas unidades de negociación. Como decía, el referido artículo interfiere con la medida indicada, en virtud de la cual, desde 1994 se permitía acordar colectivamente en un ámbito determinado, siempre superior al ámbito empresarial, convenios colectivos que afectasen a lo dispuesto en los de ámbito superior.

Hasta entonces, las reglas dispuestas en el artículo 84.2 ET, iban a ser utilizada para inaplicar un convenio colectivo aplicable, siempre de ámbito superior al de empresa. Las reglas de inaplicación del convenio aplicable en el ámbito de la empresa, aparecían recogidas en los artículos 82.3 y 41 ET. Esta fue la tónica dominante de la situación sobre la inaplicación del convenio colectivo, que rigió hasta 2010. En ese momento la técnica del descuelgue salarial se trasladó del convenio colectivo supra empresarial, al acuerdo de empresa. Se siguió manteniendo en el artículo 83.2 ET, como excepción a la eficacia general del convenio colectivo. A pesar de lo dicho, el propio legislador en su Exposición de motivos hacía alusión a la necesidad de mejorar la vía de la inaplicación del convenio colectivo, como alternativa a la modificación del régimen jurídico de la negociación colectiva. Cuestión que se decía correspondía a los propios interlocutores sociales. Se supone que con la intención de retrasar en lo posible la reforma integral que requería la situación económica y social que atravesaba el país, sobre todo en aquellas materias que constreñían al mercado de trabajo, haciéndolo inviable como generador de desequilibrios que impedía la búsqueda del equilibrio y poder alcanzar una situación de desempleo aceptable. Se justificó la situación por parte de aquellos, con la formalización del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012, por el cual las partes firmantes volverían a retomar la cuestión y a reafirmarse en su voluntad de abordar, entre otras cosas, la definición de los mecanismos de articulación de la negociación colectiva y su papel como procedimiento de fijación de las condiciones de trabajo ...y la adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad...

Lo cierto es que hasta entonces, la utilización técnica de la inaplicación, dependía de la negociación colectiva en los ámbitos superiores al de la empresa, que podía prever la fórmula para llevar a cabo o no el descuelgue. Incluso podían prever como llevar a cabo el descuelgue en aquellas empresas sin representación legal de los trabajadores.

Dijimos anteriormente que en el Preámbulo de la Ley 35/2010, se justificaba la necesidad de regular de distinta manera a como estaba hasta entonces, la técnica de inaplicación del convenio colectivo, teniendo en cuenta el contexto de las exigencias impuestas por la UE, dentro de las reformas exigidas por ella, con el objeto de flexibilizar el mercado de trabajo. Pero, en la referida Ley, se había dado la posibilidad a los interlocutores sociales, de llevar a cabo una reforma íntegra del Título Tercero ET.

Y a ello vino el RD-Ley 7/2011, 10 de junio, que sin embargo no introdujo cambios de calado en lo concerniente al descuelgue, que aparecía regulado por aquel entonces en los artículos 82.3 ET y 41.6 ET. Se optó sin embargo por efectuar ciertas reformas en lo concerniente a la estructura y concurrencia de los convenios colectivos, con una finalidad aparentemente decisiva en apoyo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, que no fue para tanto, dado que se exigía la permisividad de la medida en el propio convenio aplicable y que se pretendía inaplicar. Es cierto que su omisión, suponía entender permisivo llevar a cabo la medida inaplicativa.

El RD-Ley 7/2011, dio nueva redacción al artículo 84 ET, sobre concurrencia de convenios colectivos, introduciendo el concepto de la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio sectorial, en relación con determinadas materias, las cuales podrían ser ampliadas en los propios convenios colectivos encargados de determinar la estructura de la negociación colectiva. A pesar de mantenerse la regla general de la prohibición de afectación de un convenio colectivo durante su vigencia, por lo dispuesto en convenio de ámbito distinto, los apartados que ahora se incorporaban al contenido del artículo 84 ET, con los ordinales 3 y 4, posibilitan la afectación del convenio colectivo estatal por otro de ámbito de comunidad autónoma, con la excepción de determinadas materias, que permite no obstante el pacto en contrario, cuando haya sido negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 ET. Esto que parecía un avance, sí se entiende por ello la prevalencia de los convenios de ámbito inferior respecto del superior y los de comunidad autónoma sobre el estatal, quedó en buena parte descafeinado, debido a la posibilidad consistente en que el acuerdo interprofesional, podía incluir en su contenido, cualquier regla que excluyera cualquier excepción a la regla general de no afectación del convenio durante su vigencia. A sensu contrario, el silencio de la cuestión en los acuerdos interprofesionales, posibilitaban negociaciones colectivas de ámbito inferior. También se posibilitaba que los convenios de sector dispusieran de cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva. A su vez el artículo 86 ET facilitaba la renovación de los convenios colectivos, una vez finalizaba su vigencia pactada. Permitía al efecto, que las partes legitimadas para negociar, adoptaran acuerdos parciales para la modificación de algunos de sus contenidos prorrogados, con la vigencia que las partes acuerden, para así adaptarlos a las circunstancias entonces existentes y en tanto se negociaba el nuevo convenio colectivo. Estas modificaciones no tenían por qué afectar a los acuerdos de inaplicación del convenio. La inaplicación del convenio había sido diseñada en los artículos 82.3 y 41 ET, durante el tiempo que el convenio estuviera vigente y por lo tanto también para los convenios que hubieran entrado en fase de ultra actividad. No cabe otra interpretación posible, si nos atenemos al espíritu de la reforma, tendente a dotar a las empresas de medidas de flexibilidad. De ello no había duda, en cuanto que el artículo 85.3 ET, incorporó en 2011 dentro del contenido mínimo de los convenios colectivos, “las medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad en el empleo”. En este caso, el referido precepto se estaba refiriendo a la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo y por otra parte se refería a la movilidad funcional. Lo que se pretendía era añadir nuevas posibilidades para la flexibilización, que se sumaran a las iniciadas en 2010 y en la que sobresale la vía de descuelgue.

Pero la inercia de las reformas comenzadas en 2010, no se paró en 2011 y tiene su punto álgido con la Ley 3/2012. Ahora se suprimen una parte de las previsiones hasta entonces existentes sobre el contenido mínimo de los convenios colectivos. Se apuesta definitivamente por la prioridad aplicativa del convenio de empresa, no pudiendo los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET, disponer sobre ello. La vía de descuelgue queda recogida exclusivamente en el artículo 82.3 ET. Se amplifican el número de materias que van a conformar el contenido de un convenio de empresa, al que se le otorga la prioridad aplicativa. Por último, advertir que el artículo 84 ET, sigue asumiendo como contenido propio, reglas de concurrencia entre convenios en función de sus ámbitos funcional y territorial y el artículo 86 ET, sigue admitiendo acuerdos puntuales de revisión parcial, tanto durante su vigencia, como durante su negociación, una vez denunciado el convenio.

15.4. Del origen convencional del descuelgue salarial al descuelgue legal de ciertas condiciones de trabajo impuestas convencionalmente.

15.4.1 Antecedentes.

15.4.1.1. Desde el ET en su redacción originaria de 1980, hasta la reforma introducida por la Ley 11/1994, con efectos hasta el año 2010.

Cuando se incorporó el descuelgue o inaplicación del convenio colectivo al ordenamiento³³⁶ jurídico laboral por Ley 11/1994, no puede decirse de ello que fuere una novedad. Ya que había sido previsto con anterioridad en los Acuerdos Interconfederales habidos en los años ochenta. Éstos lo consideraron como una regla de conducta a mantener por los convenios de sector³³⁷. Lo normal en aquellos entonces es que los referidos Acuerdos incorporaban con la denominación de cláusula de descuelgue o de inaplicación del convenio colectivo, en relación con los porcentajes de subidas del salario previsto en los convenios, con la excepción de aquellos conceptos salariales de cuantificación y cálculo variable, siempre que las empresas acreditaran situaciones de déficit o de pérdidas habidas en los ejercicios inmediatamente anteriores al de la petición.

A su vez, los convenios colectivos reproducían lo dispuesto en los Acuerdos, como presupuesto necesario que habilitaba el descuelgue. Además, en el propio convenio se disponía el procedimiento a seguir. Se iniciaba con una petición de la empresa por la que se solicitaba el descuelgue, lo que se comunicaba en primer lugar a la representación unitaria de los trabajadores, que debía hacerse durante un plazo máximo a partir de la fecha de publicación del convenio colectivo, transcurrido dicho

³³⁶ La redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, 10 de marzo, no contemplaba la opción del descuelgue o la inaplicación del convenio colectivo.

³³⁷ Aradilla Marqués, J. La indisponibilidad del convenio colectivo y sus límites. Tirant lo Blanch, Valencia 1999. Página 52.

plazo decaía la posibilidad de iniciarlo. Además, la empresa, debía trasladar a las partes legitimadas para negociar el convenio, su propuesta de descuelgue. Las discrepancias que pudieran surgir durante la tramitación debían ser puestas en conocimiento de la comisión paritaria del convenio, para que por esta se diera la solución que tuviera por oportuna.

La Ley 11/1994, 19 de mayo, articuló una profunda reforma de las relaciones laborales españolas. En su Preámbulo se disponía la intención decidida del legislador de potenciar la negociación colectiva, con el fundamento de que ello acarrearía la flexibilización de la gestión del factor trabajo. La reforma trajo consigo, la inclusión de la cláusula de descuelgue convencional. El artículo 82.3, párrafo segundo ET de 1994, estableció la posibilidad de la inaplicación del régimen salarial dispuesto en el convenio colectivo de ámbito superior al de la empresa, siempre que la estabilidad económica de la empresa pudiera resentirse como consecuencia de la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo. Se había conformado así la posibilidad de inaplicación, como una excepción a la eficacia erga omnes de los convenios colectivos estatutarios.

Es decir, el convenio colectivo supra empresarial era el legitimado para determinar las condiciones y el procedimiento, por los que procedía la inaplicación del régimen salarial a la empresa. Correspondiendo al convenio también como se resolvía³³⁸. Atribuyendo en ocasiones la decisión a la comisión paritaria. Pero, a la vía abierta por el artículo 82.3 ET, había que añadir una segunda, la del artículo 85.3 ET, según el cual, en los convenios de ámbito supra empresarial, se exige como contenido mínimo, la regulación de las condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial previsto en dicho convenio, siendo destinatarios directos de la medida, las empresas incluidas en su ámbito de aplicación. Sin embargo era posible de que conforme al artículo 82.3 ET, no se incluyeran tales cláusulas. El silencio del convenio en relación con dicha previsión, no podía ser interpretado como una vía abierta a la empresa para decidir unilateralmente la inaplicación o en su caso pactarla directamente con sus trabajadores. Ahora bien, para el caso de que el convenio recogiera ello, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 85.3 ET, la fijación de las nuevas condiciones salariales, iban a ser fruto de un acuerdo entre empresa y representación unitaria de los trabajadores, se advertía entonces que el acuerdo producía un doble efecto: la inaplicación del convenio colectivo por un lado y por otro, la determinación de la nuevas condiciones salariales³³⁹. No obstante lo dicho esta vía debía ser considerada como subsidiaria.

Además de ello, la reforma de 1994, contemplaba una tercera vía al efecto, ahora recogida en el artículo 41 ET. Esta opción facultaba a las empresas, cuando existieran probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que afectasen, entre otras

³³⁸ Navarro Nieto, F. Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva. *Temas Laborales*, nº 107, 2010. Página 198: la decisión era tomada en la misma instancia que el convenio colectivo, nunca en un nivel próximo a la empresa. Se temía que una negociación en el ámbito de la empresa, entre empresario y representación unitaria, redujera la capacidad de negociación de los representantes de los trabajadores.

³³⁹ Franco, F., Pérez de los Cobos Orihuel, J.M., Goerlich Peset, J.M. *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*. ACARL, Madrid, 1989. Página 102.

materias, al sistema retributivo. Para poder llevar a cabo la modificación ahora prevista, se exigía el acuerdo de la empresa con los representantes de los trabajadores. Esta opción abría la posibilidad de introducir materias no comprendidas expresamente en el artículo 41 ET, calificadas expresamente por él, como condiciones sustanciales de trabajo, dado la condición de “*numerus apertus*” de éstas. Ello a diferencia de la consideración de “*numerus clausus*”, de las materias susceptibles de modificación vía artículo 82.3 ET. En este caso no se exigía que en el ámbito supra empresarial del convenio colectivo se recogiese dicha posibilidad de descuelgue, ya que el silencio del artículo 41 a este respecto, permitía llegar a esa conclusión³⁴⁰.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo por la vía del artículo 41 ET, suponía que la adopción de las medidas propuesta contribuyera a mejorar la situación de la empresa, favoreciendo su posición competitiva en el mercado o posibilitando dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. En resumidas cuentas, se exigía que se diera una adecuación o proporcionalidad del medio propuesto al fin pretendido³⁴¹. Sin embargo, nada de ello exige el artículo 82.3 ET, en cuanto que no vincula la medida con los efectos que se pretenden.

La vía de la modificación sustancial descansa exclusivamente a los efectos resolutorios, en el acuerdo de las partes. Sólo, si conforme al artículo 85.1 ET se preveía que el convenio regulase la opción de acudir a los medios de solución extra judicial de conflictos para resolver así las discrepancias que pudieran surgir, durante el período de consulta contemplado en el artículo 41 ET, se permitía lógicamente también esta opción.

Quizás la dificultad más importante en la utilización de esta vía, considerando el tamaño de las empresas españolas, es que un número elevado de ellas carecen de órganos de representación unitaria, dado que tienen menos de seis trabajadores en plantilla, con lo que el pacto en aquel entonces no era posible, ya que exigía la existencia de representación unitaria en el seno de la empresa.

Es preciso llevar a cabo una apreciación terminológica, entre los contenidos de los artículos 41.1 y 82.3 ET, a colación con lo establecido en los mismos: “régimen salarial”³⁴² y “sistema de retribución” respectivamente.

15.4.1.2. La ley 35/2010 y la breve incursión del RD-Ley 10/2010.

³⁴⁰ A contrario que la opción de inaplicación por la vía del Artículo 82.3 ET, que exigía el ámbito supra empresarial del convenio colectivo.

³⁴¹ González del Rey Rodríguez, I. Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo. REDT, nº 75, 1996. Página 94.

³⁴² Ardilla Marques. M.J. La indisponibilidad dl convenio colectivo y sus límites. Tirant lo Blanc, Valencia. Página 74: Los aspectos cualitativos del salario, como su estructura, aparecen comprendidos en el concepto “sistema de retribución”, mientras que el concepto “régimen salarial”, hacía referencia a la cuantía y al unísono a la estructura salarial, o cualesquiera otras condiciones específicas del régimen retributivo.

En 2010, los artículos 41 y 82.3 sufren importantes modificaciones por la Ley 35/2010, 17 de septiembre. En el preámbulo de la norma se dice expresamente que se pretende favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial. En la referida norma, que dio nueva redacción a los artículos 41 y 82.3 ET, se ampliaron los supuestos y condiciones en los que procedía la inaplicación del convenio colectivo. Dada las circunstancias socio-económicas entonces existentes, con un desempleo desbocado, la finalidad primordial de la reforma era cortar raíz la sangría que se producía en materia de empleo, con cierres masivos de empresas. Los instrumentos entonces existentes que posibilitaban la inaplicación del convenio colectivo, se justificaban como medios para evitar la destrucción de puestos de trabajo.

La reforma supuso que se descentralizaran las cláusulas de descuelgue salarial, que hasta entonces solo eran posibles en el ámbito de convenios colectivos supra empresariales. Se dispuso que las cláusulas de descuelgue justificaban su uso, cuando la situación y perspectivas económicas de la empresa, pudieran resultar afectadas cuando se aplicasen las condiciones salariales recogidas en el convenio colectivo de aplicación a la empresa, lo que además presumiblemente restaba posibilidades a la empresa para el mantenimiento del empleo. El legislador estaba admitiendo la inaplicación del convenio, referenciado a circunstancias futuras.

Desde entonces se requiere para que opere el descuelgue en materia salarial, el acuerdo entre empresa y representación unitaria de los trabajadores, cuando el convenio que se pretende inaplicar es de ámbito supra empresarial. Ese acuerdo iba precedido de un período de consultas, en los términos establecidos en el artículo 41 ET. Es decir, el artículo 82.3 ET, se remitía al artículo 41.4 ET. El acuerdo de inaplicación requería determinar la cantidad a retribuir a los trabajadores, amén de planificar un calendario para converger en la aplicación nuevamente del convenio colectivo, recuperando las condiciones salariales. Y aunque no se fijó un plazo máximo en el que operase la inaplicación, la norma sí disponía que el período de inaplicación no podía rebasar el de vigencia del convenio, con una duración máxima en cualquier caso desde la aplicación efectiva de la cláusula de tres años.

El acuerdo debía formalizarse entre el empresario y la representación unitaria de los trabajadores. En relación con estos últimos se remitía a las reglas de legitimación previstas en el artículo 87 ET, para la negociación de un convenio de ámbito de empresa³⁴³. La Ley 35/2010, modificó lo regulado por el RD-Ley 10/2010, en materia de representación de los trabajadores, en ausencia de representación unitaria, que había dispuesto la constitución de una comisión designada por la comisión paritaria entre sindicalistas afiliados a los sindicatos más representativos o representativos en el sector

³⁴³ Antes de la promulgación de la Ley 35/2010, rigió durante un breve espacio de tiempo el RD-Ley 10/2010, en el que a estos efectos avanzó en las posibles soluciones, cuando en el seno de la empresa, no existieran representantes legales de los trabajadores, bien por ser un impedimento legal, bien porque los trabajadores no se preocuparon de tenerlos. Se optó ahora por un sistema de delegación de los trabajadores de la empresa, en una comisión compuesta por tres miembros, pertenecientes a los sindicatos más representativos y representativos en el sector de la actividad a la que se dedica la empresa, designados por el voto mayoritario de los integrantes de la comisión paritaria del convenio aplicable a la empresa. Fue criticada esta opción, ya que podría ser que la intervención sindical en la comisión, estuviese alejada de los deseos de los trabajadores de la empresa y que además, estos no se sintieran representados por aquellos. Se especuló entonces, sobre la posibilidad de que los trabajadores decidieran no atribuir su representación a los integrantes de la comisión ad hoc, para arrogársela ellos mismos.

de la actividad, por otra ahora compuesta por trabajadores de la empresa, elegidos por elección democrática entre todos los trabajadores que componen la plantilla. Se mantuvo no obstante también y de forma subsidiaria, la intervención de la “comisión sindical”, pero ahora con mayores exigencias de legitimidad. Se exigía además de la correspondiente representatividad en el sector, que la misma estuviera legitimada para formar parte de la comisión negociadora del convenio. Se suprimía también, la intervención de la comisión paritaria en la designación de los miembros de la comisión.

Cuando el convenio objeto de inaplicación era sectorial, las materias a inaplicar venían recogidas en la propia norma, habiendo introducido la referida a las “funciones”, cuando excedía de los límites determinado para que su modificación pudiera llevarse a cabo como movilidad funcional y por lo tanto dentro del “ius variandi” del empresario.

Seguían existiendo limitaciones temporales en cuanto a la vigencia de la inaplicación del convenio como operaba hasta ahora. Pero, sí el convenio era de ámbito empresarial, no existían límites en el tiempo para la inaplicación.

Se puede visualizar ya, que tanto la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 41 ET, se asimila al del artículo 82.3 ET, dado el juego de remisiones existentes al respecto³⁴⁴. Pero continuaron existiendo diferencias materiales entre ambas opciones. Ya que la vía del artículo 82.3 ET, seguía refiriéndose al descuelgue referido exclusivamente al régimen salarial, mientras que el artículo 41 ET hacía referencia al sistema de remuneración.

El artículo 41 ET siguió exigiendo la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La acreditación de esas causas eran utilizadas por el legislador, para justificar también la modificación de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada o la extinción colectiva o por razones objetivas del contrato de trabajo. Todas estas instituciones tienen una relación directa con la gestión del factor trabajo, en aras a adecuar la situación empresarial, a las cambiantes situaciones del mercado y la búsqueda constante del equilibrio, como medio de alcanzar mayores cotas de productividad del factor trabajo y por ende de la competitividad empresarial.

Cuando se utilizaba el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, llevada a cabo la decisión empresarial de inaplicación, con independencia de que hubiera acuerdo o no al respecto, el trabajador se reservaba la opción de rescindir el contrato con derecho a indemnización. Lo que no ocurría cuando el procedimiento utilizado era el del artículo 82.3 ET.

Cuando finalizaba el período de consulta sin acuerdo, con independencia del procedimiento articulado al efecto, este es, el del artículo 41 o artículo 82.3 ET, las partes acudían a los procedimientos de mediación establecidos en el propio convenio o en su caso en los acuerdos interprofesionales. También, en ambos casos se podía acudir al arbitraje vinculante. Pero, al unísono, era posible, no someterse a los procedimientos antes reflejados.

³⁴⁴ Tanto el artículo 41.6 ET, como el artículo 82.3 ET, se remitían al artículo 41.4 ET, en lo concerniente al procedimiento.

15.4.1.3. El RD-Ley 7/2011, de reforma de la negociación colectiva.

El sistema de negociación colectiva que existe en España procede fundamentalmente de la regulación contenida en el texto inicial del Estatuto de los Trabajadores aprobado en 1980, en cumplimiento del artículo 35.2 CE, y de las prácticas de negociación desarrolladas en los últimos treinta años por sindicatos y organizaciones patronales más representativas. Debe reconocerse que, desde la aprobación de la Constitución y del Estatuto de los Trabajadores, los interlocutores sociales, han contribuido decisivamente a la consolidación y desarrollo del Estado social y democrático de Derecho. Los responsables políticos se han ido acostumbrando a no aprobar norma alguna que no pasara por el filtro de la aprobación de aquellos, salvo excepciones y fruto de ello, un desequilibrado mercado de trabajo con importantes rémoras estructurales. Y la negociación colectiva, tal y como ha sido planteada y diseñada hasta ahora, ha tenido mucho que ver con el problema en los términos referidos.

Las medidas incluidas en esta norma se dirigen a propiciar una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica. Su pretensión es favorecer la flexibilidad interna negociada. Para ello, se modifican los artículos 87 y 88 ET, referidos a las normas que determinan la legitimación para negociar y por otro los artículos 40, 41, 51 y 82.3 ET, reguladores de instituciones laborales que inciden en la flexibilidad interna de la empresa, con el principal objetivo de facilitar el mantenimiento del empleo, entre los que se encuentra la técnica del descuelgue o la inaplicación del convenio.

Se extiende ahora a los acuerdos de ámbito empresarial, muchas de las reglas aplicables hasta entonces a la negociación colectiva en general.

Se volvía a otorgar nuevamente la confianza en las comisiones paritarias, de tal forma que en la redacción dada entonces a los artículos 82.3 y 41.6 ET, se sometían a las mismas las discrepancias surgidas durante el período de consultas. Ahora bien, su intervención en el contexto del desacuerdo era una mera opción para las partes y siempre con carácter previo al sometimiento a los procedimientos de solución extrajudicial.

Los procedimientos de consultas en los indicados artículos, tanto para el descuelgue, como para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuentan ahora con la preferencia en cuanto a la intervención de las secciones sindicales, siempre que éstas sumen la mayoría de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en su caso. Esto supuso la redacción de un nuevo párrafo en el artículo 41.4 ET. El artículo 82.3 ET no se modificó, bastándole con la remisión que ya venía haciendo en relación con el procedimiento de consulta al artículo 41.4 ET. Para lo que sí se modificó el artículo 82.3 ET, fue para introducir una nueva causa de descuelgue, consistente en la disminución persistente del nivel de ingresos de la empresa. Pero pronto fue derogada, exactamente al año siguiente, por la reforma de 2012.

15.4.2. El descuelgue y la Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo: situación actual.

La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español. La destrucción de empleo ha sido muy intensa. La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo socio laboral y en consecuencia requerían una reforma de envergadura. La reforma que se proponía trataba de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa, como la seguridad de los trabajadores en el empleo. El capítulo III de la Ley 3/2012, 6 de julio, de reforma urgente del mercado de trabajo, agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. El conjunto de medidas que se formulan en este capítulo, tienen como objetivo fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. Con este objetivo son varias las reformas que se abordan. En lo que afecta a nuestro análisis, se simplifica la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas, se incluye la modificación sustancial de funciones y de estructura y cuantía salarial como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización y la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo estatutario se reconducen al artículo 82.3 ET.

Con la Ley 3/2012, se unifica la regulación de las posibilidades de inaplicar el convenio colectivo en vigor, eliminando las diferencias existentes entre las dos vías de descuelgue hasta ahora existente y que aparecían recogidas en los artículos 41.6 y 82.3 ET. Ahora el descuelgue es reconducido al artículo 82.3 ET, con independencia del ámbito del convenio colectivo a inaplicar, incluido aquellos cuyo ámbito de aplicación es inferior al empresarial. Sólo quedarían fuera, los acuerdos intersectoriales, que no son utilizados para la regulación de las condiciones de trabajo, sino que cumplen otra función, como cláusulas procedimentales y otras que tiene eficacia directa sobre las relaciones de trabajo, no debiendo ser incorporadas al texto de los diferentes convenios, cuyos ámbitos de aplicación aparecen incluidos dentro de él.

El haberse unificado los dos procedimientos hasta entonces existente de descuelgue en uno, ha permitido ampliar el ámbito del descuelgue, a otras materias además de la salarial. Y que son las que de manera expresa aparecen recogidas en el artículo 82.3 ET.

Viene exigiendo para la inaplicación, un acuerdo entre empresario y representante de los trabajadores, cuyo procedimiento hay que buscarlo en el artículo 41.4 ET, teniendo en cuenta la remisión que efectúa al respecto el artículo 82.3 ET.

Las opciones ahora existentes por mor de la reforma de 2012, en caso de desacuerdo entre las partes cuando finaliza el período de consulta, se han visto

incrementadas, apareciendo la posibilidad de incoar un procedimiento por cualquiera de las dos partes ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente en las Comunidades Autónomas. Además de ello, se suprime la consideración sobre su aplicación general y directa, de los procedimientos de solución de conflictos, que hasta entonces venían recogidos en los artículos 41.6 y 82.3 ET, hoy modificados. Significa esto, que la nueva regulación permite a la negociación colectiva, la delimitación y regulación de esos procedimientos.

15.5 Las distintas funcionalidades del descuelgue.

15.5.1 Como modificación de condiciones de trabajo convencionalmente establecidas.

Una vez promulgado la Ley 3/2012, la modificación de las condiciones de trabajo acordadas en convenio colectivo estatutario, dejan de regularse en el artículo 41 ET y lo hace ahora el artículo 82.3 ET³⁴⁵. Así el artículo 41.6 ET manifiesta que “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III ET deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET”. Además, la inaplicación del convenio o descuelgue, no se refiere en exclusiva como antes al régimen salarial, sino que se extiende a las condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable, sea este de sectorial o de ámbito empresarial y siempre que afecte a las siguientes materias³⁴⁶:

- a) Jornada de trabajo³⁴⁷.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo³⁴⁸.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial^{349 y 350}
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley.

³⁴⁵ El artículo 41.6 ET se remite al artículo 82.3 ET.

³⁴⁶ El elenco de materias tiene la consideración de “numerus clausus”, a diferencia del carácter de “numerus apertus” del elenco de condiciones del artículo 41 ET.

³⁴⁷ La ampliación de la jornada sobre la pactada en convenio colectivo en un número que en cualquier caso no rebase la máxima legal, no vulnera derecho de naturaleza indisponible.

³⁴⁸ STS 27-5-13: incluye también las vacaciones.

³⁴⁹ Se rechaza que el descuelgue afecte a las indemnizaciones o suplidos, porque además de su consideración como extra salariales, también por razones de la finalidad que cumplen, esto es, la de compensar los daños o gastos asumidos. Pero en otras ocasiones se ha entendido como posible, partiendo de la base de un concepto amplio remuneratorio, en el que se integrarían también dichos conceptos.

³⁵⁰ SAN 14 de noviembre de 2012: Se integra en dicho apartado la posibilidad de posponer por el empresario los incrementos salariales pactados en el convenio colectivo.

g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social³⁵¹.

El artículo 83.2 ET reproduce las materias enumeradas en el artículo 41.1 ET, pero siendo añadidas en aquel las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Ahora bien, hay que advertir que el listado del artículo 41.1 ET no es tasado, considerándose en cualquier caso una lista abierta, al decir la norma “entre otras materias”, no haciendo el artículo 83.2 esta apreciación.

15.5.2. Las causas y las materias susceptibles de descuelgue: el presupuesto legal habilitante.

Los Convenios colectivos regulados ET obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, 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 ET, se podrá proceder, previo desarrollo de un período 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. Estas causas deberán ser definidas en parecidos términos a como se hacen en los expedientes de suspensión de contratos y reducción temporal de la jornada de trabajo, así como en los de despidos colectivos y despido objetivo. Ello a pesar de la distinta función encomendada a la institución de la inaplicación del convenio, como medidas interna de flexibilidad, en contraposición con las otras recogidas en los artículos 47, 51 y 52.c ET, calificadas como medidas de flexibilidad externa. Sólo hay una diferencia, en cuanto a los plazos en los casos en los que se invoquen causas económicas, que difieren cuando se refieren a los supuestos de suspensión y reducción de la jornada, así como en los casos de descuelgue, que exige acreditar dos trimestres consecutivos de disminución persistentes del nivel de ingresos ordinarios o ventas. En los casos de despido colectivo y objetivo, se requiere un plazo de tres meses.

El artículo 83.2, párrafo tercero y cuarto ET, proceden a indicar cuando se acredita la causa que se invoca:

a) Causas económicas: se entiende que concurren éstas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos, el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

³⁵¹ Se entiende integrada en el mismo y por lo tanto posible su inaplicación, cuando se refieren a mejoras de la incapacidad temporal.

- b) Causas técnicas: se entiende que concurren éstas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- c) Causas organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- d) Causas productivas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado³⁵².

Es decir, conforme a lo dispuesto con anterioridad, podemos decir que el artículo 82.3 ET delimita legalmente el presupuesto habilitante de la inaplicación, cuando define las causas que justifican el acceso de los empresarios al descuelgue, en determinadas materias. Pero, aún acreditada la concurrencia de la causa o causas, la decisión inaplicatoria del convenio, exige un acuerdo entre las dos partes legitimadas para negociar en el ámbito de la empresa, acuerdo que dispondrá de un contenido mínimo, con un límite temporal, que colaboran a determinar el alcance de la medida.

En lo concerniente a las causas invocadas, el artículo 82.3 ET, las reconduce a lo dispuesto en el artículo 51 ET, sobre despidos colectivos, con la única salvedad, en relación con las causas económicas, de considerar para el descuelgue, un período de referencia para valorar si persiste la disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas, cifrado en dos trimestres consecutivos, mientras que para el despido colectivo amplía el plazo a tres trimestres.

Para justificar el descuelgue, pueden invocarse varias causas a la vez. De igual forma, la invocación de una sola causa puede ser suficiente para acordar varias modificaciones de condiciones de trabajo a la vez.

Hasta la reforma de 2012, las causas a acreditar en los casos de inaplicación del convenio y de despido colectivo, regulada respectivamente en los artículos 82.3 y 51 ET, eran similares. Sin embargo las definiciones que acompañan a las mismas en los artículos invocados tenían ciertas diferencias. Es decir, la misma causa invocada por el empresario, por ejemplo la causa económica, permitía el acceso a ambas instituciones laborales y sin embargo, no se justificaba el despido colectivo con la mera acreditación de disminución de ingresos, sino que era necesario acreditar una situación negativa. O sea, si la mera posibilidad de reducir gastos, no resuelve la situación negativa, se justificaba el despido colectivo, con la finalidad de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado³⁵³. Mientras que para la inaplicación del convenio en un caso similar, bastaba con acreditar que la disminución de ingresos,

³⁵² STSJ de Castilla León 25 de julio de 2013: La causa que se invoca puede tener una consideración positiva en relación con las previsiones futuras de producción de la empresa, en cuanto que puede pretender la inaplicación de una cláusula del convenio colectivo, que había determinado la voluntariedad en relación con la adscripción al turno de fin de semana, ya que se requería una mayor producción. En el caso ahora planteado debieron invocarse indistintamente causa organizativa y de producción.

³⁵³ Llano Sánchez, M. La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010: puntos críticos. Actualidad laboral nº 22, 2010. Página 2644.

podía compensarse con una reducción de gastos, lo que permitía equilibrar la situación. Ahora, desde 2012, la situación es radicalmente distinta a la descrita.

La reforma operada por la Ley 3/2012, sólo exige que existan pérdidas, presentes o futuras o en su caso una disminución persistente del nivel de ingresos o de las ventas, para acreditar la causa económica que se invoca, tanto en el artículo 82.3 como en el artículo 51 ET. Con lo que se llega a pensar en la consideración de la inaplicación del convenio y el despido colectivo, como medidas alternativas y en sus casos complementarios, en aras a la flexibilidad interna en las empresas³⁵⁴. La aprobación del Reglamento de desarrollo del artículo 51 ET, por RD 1483/2012, viene a confirmar lo dispuesto con anterioridad. Incluye la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 ET, entre las medidas sociales de acompañamiento del procedimiento de despido colectivo, para evitar o reducir el número de trabajadores afectados por el despido colectivo. De igual forma, la Disposición Adicional Cuarta RD 713/2010³⁵⁵ permite que los acuerdos de descuelgue se formalicen durante el período de consultas en un procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornadas³⁵⁶. A pesar del paralelismo de las dos vías del artículo 82.3 y 51 ET, que pueden negociarse conjuntamente en sus respectivos períodos de consultas, existe una diferencia sustancial entre ambas. Y es que en la vía de expediente de regulación de empleo de despido colectivo, la finalización del período de consultas sin acuerdo, no exime al empresario ejecutar su decisión extintiva. En tanto que en el procedimiento de inaplicación, exige el acuerdo para que sea ejecutado.

En ambos procedimientos, el período de consulta se instituye en elemento sustancial del mismo, que requiere información de la empresa relacionada con la situación de la misma, en los ámbitos económico, financiero y patrimonial, así como relacionada con la cantidad y calidad del factor trabajo y del entorno sectorial en el que se desenvuelve la empresa. Ésta información es la que está obligada la empresa a facilitar a la representación unitaria de los trabajadores conforme a lo dispuesto en el artículo 64 ET. Información que en este caso tiene una carencia trimestral o anual según el tipo de información. Siendo sustancialmente la misma que la exigida para la acreditación de las causas que se invocan en los artículos 82.3 y 51 ET, siempre que se haya suministrado de manera actualizada y dando riguroso cumplimiento al artículo 64 ET, no regulándose el tipo de información a suministrar en el caso del artículo 82.3 ET, entendemos que esa información remitida periódicamente es suficiente para acreditar la causa en el contexto del procedimiento de descuelgue. El caso del artículo 51 ET es distinto, en cuanto que se especifica de manera pormenorizada en su desarrollo reglamentario realizado por RD 1483/2012, la información que debe aportarse al órgano de representación de los trabajadores y a la autoridad laboral, en el momento de inicio del procedimiento.

³⁵⁴ Con la única diferencia del periodo exigido relacionado con la disminución persistente del nivel de ingresos, de dos trimestres y de tres trimestres, para los casos de inaplicación del convenio y del despido colectivo respectivamente.

³⁵⁵ Añadida por RD 1362/2012, 27 de septiembre.

³⁵⁶ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 123.

En lo concerniente a las materias susceptibles de descuelgue, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 ET, ha supuesto una ampliación de las materias. No ya en referencia a la situación en la que sólo era posible el descuelgue de naturaleza salarial, sino que desde 2010 se vio ampliado ostensiblemente. La premisa de partida consiste en advertir que las materias enunciadas en el artículo 82.3 ET, deberán aparecer como contenido del convenio colectivo, ya que el artículo 41.6 ET, manifiesta que “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios, deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET. Lo que su vez indica, que aquellas condiciones de trabajo incorporadas al contrato, por decisión unilateral del empresario o en virtud de pacto colectivo formalizado de manera distinta del estipulado en el Título III ET, su modificación es posible conforme al procedimiento del artículo 41 ET. El artículo 41 ET actúa como límite del “ius variandi” del empresario y de las posibilidades de uso por el empresario, de la movilidad funcional en el seno de la empresa.

La reforma de 2012, mantiene un sistema de lista abierta susceptible de modificación en el artículo 41 ET, mientras que en el artículo 82.3 ET las configura como sistema de lista cerrada. Desde 2010, se posibilitó que a través de la técnica del descuelgue, se pudiera inaplicar un convenio colectivo de ámbito supra empresarial en materia de jornada, por los legitimados para negociar un convenio de ámbito provincial. Es decir, se equiparaba la modificación de jornada, al resto de condiciones susceptibles de inaplicación, utilizando para ello el mismo procedimiento y las mismas exigencias.

Dos materias susceptibles de descuelgue merecen la pena analizarlas, para clarificar el alcance de la inaplicación:

1. El salario. El descuelgue hay que entenderlo aplicable a su cuantía, como a los criterios de cálculo para conformar a su vez la cuantía a cobrar en concepto de salario, pudiéndose alterar en consecuencia el propio salario base, como cualquiera de los complementos salariales.

2. La reforma de 2012, introdujo una nueva materia que no constaba con anterioridad, la referida a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET. Es decir, la posibilidad de que el empresario asigne nuevas funciones al contenido prestacional del trabajador. Lógicamente esta modificación de funciones o más bien, asignación de nuevas funciones, se está refiriendo a supuestos distintos de los contemplados en el artículo 39.1 y 2 ET. Normalmente va a venir referido a funciones no recogidas o asignadas a una determinada categoría profesional, integrante de un determinado grupo profesional. La norma habla de las que exceden del grupo profesional. En este caso, el artículo 39.4 ET menciona que “el cambio de funciones distintas de las pactadas, no incluido en los supuestos previstos en el artículo 39 ET, requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”. Lo que hay que conectar con lo dispuesto en el artículo 22.2 ET que manifiesta que “se entenderá por grupo profesional, el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al

trabajador”. Hay que tener en cuenta que el artículo 22.4 ET, determina que la asignación de una categoría dentro de un grupo o la adscripción directa de un trabajador a un grupo, se llevaba a cabo en el momento de la formalización del contrato, ya que “por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas”. Pero, el propio devenir de la empresa y sus distintas contingencias que acontecen durante la existencia de la misma, exige la adaptación de los originarios cometidos asignados a los trabajadores a las situaciones cambiantes, de tal modo que esa adaptación puede realizarse dentro del llamado “ius variandi” del empresario, lo que entra dentro del elenco de funciones que tiene el empresario para organizar la empresa y en concreto poder gestionar de una manera racional y eficiente los efectivos humanos con los que cuenta, con las únicas limitaciones, consistentes en las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador. Sólo cuando el empresario pretenda un cambio de funciones distintas de las pactadas, o sea no correspondientes al grupo profesional, se requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y si las mismas estuvieran contempladas en el convenio colectivo, procedería llevar a cabo el procedimiento de descuelgue.

15.5.3. Procedimiento de descuelgue³⁵⁷.

Del contenido de los preceptos que le son de aplicación, no existe regla alguna que exija que el procedimiento se articule por escrito. Lo que no significa que hacerlo sin constancia escrita sea conveniente, aunque sólo sea por meras cuestiones probatorias³⁵⁸. En dicho escrito por el que se formaliza el inicio del procedimiento, deberá recoger la intención de la empresa de someter a consulta el pretendido acuerdo de descuelgue, la fecha de inicio de dicho período de consultas, la fecha de finalización, que no podrá ser superior a quince días. Una somera referencia a las causas que se invocan y la forma en la que el empresario tiene intención de acreditarla. La información documental que ayude a su acreditación y justificación. Y por último debe indicarse el ámbito del descuelgue, advirtiendo si afectará a la totalidad de la empresa o a algún o algunos de los centros de trabajo. De esta forma queda constancia de las intenciones de la empresa y permite articular adecuadamente las unidades de negociación, para seguir las prescripciones contenidas en el artículo 41.4 ET, en relación con la pretendida legalidad del acuerdo al que se aspira.

³⁵⁷ Se han transcrito los artículos 41.4 y 82.e ET, esta última redacción dada por Ley 1/2014, 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

³⁵⁸ Es conveniente poder acreditar el plazo de inicio del período de consultas, para poder probar su finalización, que en caso de desacuerdo determina el plazo para poner en marcha los procedimientos de solución extra judicial y en su caso, finalizados estos sin solución del problema, poder incoar por la parte que lo pretenda la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo³⁵⁹.

Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de inaplicación del convenio o descuelgue deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.³⁶⁰

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden^{361y362}, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados.

En defecto de lo previsto en el párrafo anterior, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas³⁶³:

a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:

³⁵⁹ Artículo 82.2, párrafo quinto ET, redacción dada por Ley 1/2014, 28 de febrero.

³⁶⁰ Artículo 41.4, segundo párrafo ET, teniendo en cuenta la remisión efectuada por el artículo 82.3, quinto párrafo ET.

³⁶¹ El artículo 8 LOLS atribuye competencias a las representaciones sindicales en tal sentido.

³⁶² Solans Latre, M.A. El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos. MTAS, 2004. Página 73.

³⁶³ Artículo 41.4, tercer párrafo ET.

1. En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

2. En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

2-1 Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2-2 Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión, en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones, en proporción al número de trabajadores que representen. En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión referida, se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen. La otra opción prevista en la norma es la constitución de una comisión de tres miembros designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma^{364y365}. En este caso de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado³⁶⁶.

2-3 Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por

³⁶⁴ No se aclara de qué forma deberán designarse a esos tres miembros de los sindicatos que formarán parte de la comisión sindical ad hoc, negociadora del acuerdo de descuelgue. No es necesario que decidida la formación de la comisión, sea precisa la aprobación de los trabajadores. Los designados no tiene por qué ser trabajadores de la empresa.

³⁶⁵ Del Rey Rodríguez; S. Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. TL, nº 107, 2010. Página 172.

³⁶⁶ García Perrote, I., Mercader Uguina, J.R. (dirs). La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Lex Nova, 2010. Página 201: en este caso se exige un mandato específico del empresario, no bastando la mera afiliación a la asociación empresarial para actuar como representantes

quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados, en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen³⁶⁷.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes, su intención de iniciar el procedimiento descuelgue. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días³⁶⁸.

Sí se incumplen las reglas de legitimación antes referidas, sin duda que afectaría a la eficacia del acuerdo, impidiendo ello la inaplicación, aunque el acuerdo se hubiera alcanzado con todos y cada uno de los trabajadores que componen la plantilla de la empresa. Serían de aplicación, el principio de eficacia general del convenio y el principio de irrenunciabilidad de derechos por otro, que actuarían como límite a la autonomía de la voluntad³⁶⁹.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración³⁷⁰.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe³⁷¹, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados³⁷². Cuando se ha constituido una comisión de tres miembros designados,

³⁶⁷ Artículo 41.4, cuarto párrafo ET.

³⁶⁸ Artículo 41.4, quinto párrafo ET.

³⁶⁹ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 153.

³⁷⁰ Artículo 41.4, sexto párrafo ET.

³⁷¹ Cruz Villalón, J. La reforma laboral de 2010. Relaciones Laborales n^{os} 21 y 22, 2010: no existe previsión legal alguna que exija la negociación de buena fe, pero el incumplimiento del deber de buena fe por parte del empresario justificará la pasividad negocial de los representantes de los trabajadores.

³⁷² Artículo 41.4, séptimo párrafo ET.

según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma, no se está obligado, debido al silencio legal existente al efecto, a que los acuerdos habidos deban ser refrendados por los trabajadores que se verán afectados por el acuerdo adoptado en el período de consultas.

Omite el ET cualquier cosa al respecto de la reunión o de las reuniones que deban celebrarse durante el período de consultas, omisión extensiva al levantamiento de las actas correspondientes sobre las reuniones habidas. Sin embargo, el artículo 20 RD 1362/2012, 27 de septiembre, que regula la CCNCC, lo contempla como posibilidad, ya que sí así se hizo, deberá incorporarse a la documentación que acompañe a la solicitud del procedimiento ante dicho organismo.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período³⁷³.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. 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. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo³⁷⁴.

En caso de desacuerdo durante el período de consultas, 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. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta 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 de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET³⁷⁵.

Cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la

³⁷³ Artículo 41.4, octavo párrafo ET.

³⁷⁴ Artículo 82.3, octavo párrafo ET.

³⁷⁵ Artículo 82.3, noveno párrafo ET.

discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión 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. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET³⁷⁶.

El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores, que hayan finalizados con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito³⁷⁷.

Los deberes de información por parte del empresario a la representación de los trabajadores, no aparecen contemplados para los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por lo tanto tampoco para los de inaplicación del convenio. Todo lo contrario de lo que ocurre con los procedimientos de suspensión del contrato de trabajo o reducción temporal de la jornada, así como en los casos de despidos colectivos. Sin embargo lo dicho, la omisión referida, no significa que el empresario no deba informar a la otra parte sobre las circunstancias acaecidas. Esa información es necesaria para proceder al diálogo, a través del período de consultas y en lo posible alcanzar los fines pretendidos que se derivan del período de consultas. Hemos de entender que se aplica en el procedimiento de descuelgue por analogía, el RD 1483/2012, 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada³⁷⁸.

³⁷⁶ Artículo 82.3, décimo párrafo ET.

³⁷⁷ Artículo 82.3, undécimo párrafo ET.

³⁷⁸ Artículos 4 y 18 RD 1483/2012.

El artículo 4 regula la documentación exigible en el procedimiento de despido colectivo por causas económicas. El empresario incluirá una memoria explicativa en la que consten: 1. Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías. 2. Cuando la situación económica negativa deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas. 3. Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento. 4. Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

El artículo 18 regula la documentación exigible en el procedimiento de suspensiones temporales y reducciones de jornadas temporales del contrato de trabajo: 1. La documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas será la necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.

El aporte de la documentación por el empresario a la representación de los trabajadores y su incorporación al procedimiento, no puede considerarse requisito constitutivo de la validez del período de consultas, de tal forma que no podrá declararse la nulidad del acuerdo de inaplicación, por la no aportación de la documentación acreditativa de la causa económica esgrimida en el inicio de la solicitud del procedimiento, sí por ejemplo era la misma documentación que con carácter regular era entregada por el empresario, en cumplimiento del deber de información que se recoge en el artículo 64.4.a) ET³⁷⁹.

El acuerdo habido durante el período de consultas tiene que ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo. El incumplimiento de esta obligación no supone la nulidad del procedimiento. El empresario deberá proceder también al depósito del acuerdo ante la autoridad laboral³⁸⁰.

No existe previsión legal expresa sobre la obligación del empresario, de notificar a los trabajadores individualmente considerados, en relación con el acuerdo alcanzado en el período de consultas. Sin embargo, se entiende que existe una obligación general del empresario de informar por escrito al trabajador, sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. Así, el artículo 2.2. y 3 RD 1659/1998, de 24 de julio, de desarrollo del artículo 8.5 ET, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, establece la obligación del empresario de informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral. Ahora bien, sí la información exigida puede derivarse de una referencia a las disposiciones legales o reglamentarias o a los convenios colectivos de aplicación, que regulen dichos extremos, siempre que tal referencia sea precisa y concreta para permitir al trabajador el acceso a la información correspondiente, se daría por cumplida dicha obligación.

En caso de desacuerdo una vez finalizado el período de consultas, el empresario no podrá adoptar unilateralmente la medida de descuelgue. En caso de hacerlo, se decretará la nulidad de la medida. Ahora bien, el empresario puede someter las discrepancias que justifican la falta de acuerdo a la comisión paritaria del convenio

2. En el caso de que la causa aducida por la empresa sea de índole económica, la documentación exigible será la indicada en el artículo 4, con las siguientes particularidades:

a) Se limitará a la del último ejercicio económico completo, así como a las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la comunicación por la que se inicia el procedimiento.

b) En caso de que la causa aducida consista en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en la letra a), la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

3. Cuando se aleguen por la empresa causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de dichas causas que acredite la concurrencia de las mismas, aportando los informes técnicos oportunos en los términos señalados en el artículo 5.2.

³⁷⁹ SAN 14 de noviembre de 2012: se ponía a disposición de la representación legal de los trabajadores el balance, la cuenta de resultados y la memoria económica, así como los demás documentos que se ponen a disposición de los socios. Se entendía que disponiendo ya el comité de empresa de la documentación necesaria, el período de consultas podía alcanzar sin género de dudas el fin pretendido.

³⁸⁰ Disposición Adicional 4ª RD 713/2010 y Disposición Adicional 5ª RD 1483/2012.

colectivo, que deberá pronunciarse en el plazo máximo de 7 días, a contar desde que la divergencia fue planteada³⁸¹. De persistir el desacuerdo se ponen en marcha los medios de solución extrajudicial, previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico que les resulte de aplicación. La mediación deberá ser considerada trámite obligatorio y no meramente dispositivo. En caso de arbitraje, el laudo que se dicte tiene la misma eficacia que los acuerdos habidos en período de consultas³⁸². También, el sometimiento a arbitraje vinculante, sí las partes habían adquirido el compromiso con carácter previo.

De no ser aplicables los procedimientos autónomos de solución de conflictos o en su caso, de no haberse resuelto en ellos las discrepancias, cualquiera de las dos partes podrá someter la discrepancia, aunque la otra parte se opusiera, a la CCNCCo al órgano análogo de naturaleza autonómica. Se ha planteado al respecto de la actuación de la CCNCC en los casos de inaplicación del convenio, en contra del parecer de una de las partes, sobre la constitucionalidad de la opción, por supuesta vulneración de los artículos 28.1 y 37.1 CE, plantándose el correspondiente recurso de inconstitucionalidad, que ha sido resuelto y declarado constitucional por STC 119/2014, 16 de julio. Sin embargo la Audiencia Nacional sí ha resuelto un caso en el que intervino la Comisión, no poniendo objeción alguna a la inconstitucionalidad referida. Es más argumentó su resolución, manifestando que la norma que conforma su régimen jurídico, trata de conciliar la negociación colectiva con el interés general, llevando a cabo esto, creando una institución de naturaleza tripartita, donde están presentes los interlocutores sociales y otorgándole la posibilidad de intervención de carácter subsidiario, amén de advertirse que solo puede recurrirse a ello sobre la base de causas tasadas que pongan en riesgo el mantenimiento de la empresa, como bien jurídico protegido³⁸³.

Sí la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable forman parte de las medidas sociales de acompañamiento, con la finalidad de tratar de evitar o reducir los despidos colectivos, el periodo de consultas debe desarrollarse conforme a las previsiones contenidas en el artículo 7 RD 1438/2012, 29 de octubre. Además, en dichos casos la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar sobre el contenido de la propuesta empresarial de descuelgue, de igual forma que deberá hacerlo sobre el resto de las medidas sociales de acompañamiento que se prevean, en los términos del artículo 11.7 RD 1483/2012³⁸⁴. En este caso en el que se tramitan un despido colectivo y un descuelgue, este último justificado procedimentalmente como medida de acompañamiento, lo que es contemplado

³⁸¹ El sometimiento de la discrepancia ante la comisión paritaria es una facultad y nunca una obligación, si nos atenemos a la propia dicción del precepto que utiliza la palabra “podrá”.

³⁸² Como contenido mínimo de los convenios colectivos se incluyen los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que surjan en el período de consultas dentro del procedimiento de inaplicación del convenio colectivo, debiendo adoptar cuando proceda, los procedimientos recogidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83.2 ET, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.3.c) ET.

³⁸³ SAN 9 de diciembre de 2013: la participación de la Administración en la Comisión, que adquiere la condición de tripartita, se fundamenta en la ideación de un sistema preocupado sobre todo de obtener el máximo consenso en sus resoluciones, exigiéndose para ello mayorías absolutas, que impide a ninguna de las partes imponer su criterio.

³⁸⁴ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 155.

expresamente por el invocado RD. Lo que viene a indicar que el descuelgue debe ser contemplado además de como medida preventiva del despido colectivo, como auténtica medida complementaria. Ahora bien, se plantea un dilema con los plazos del período de consultas, si la empresa tiene más de 50 trabajadores, ya que el procedimiento de descuelgue mantiene el plazo de 15 días de consultas, mientras que el de despido colectivo lo amplía hasta un máximo de 30 días. Como quiera que sí el descuelgue aparece contemplado como medida complementaria, en cuanto medida de acompañamiento del despido colectivo, que tratará de evitar o reducir los despidos, su aceptación deberá quedar condicionada a la decisión final que se produzca, finalizado el período de consultas del procedimiento de despido colectivo y por lo tanto sujeto en consecuencia a un plazo de 30 días³⁸⁵.

15.5.4. El contenido del acuerdo.

El artículo 41.4 ET dice que “durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”. Sí el período de consulta finaliza con acuerdo, se presumirá que concurren las causas invocadas en el procedimiento y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo 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. El acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo³⁸⁶.

Las exigencias legales del contenido mínimo del acuerdo, el cual deberá recoger las nuevas condiciones a aplica en la empresa, limitan sin duda las posibilidades de delegar en la comisión paritaria del convenio, la fijación de las nuevas condiciones, tal y como ha sido tradicional en nuestro ordenamiento.

A pesar del silencio en que incurre el artículo 82.3 ET, no hay duda de la posibilidad de impugnar el acuerdo directamente y por otros motivos distintos de los que efectivamente contempla el artículo 82.3 ET, o sea, por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, en cuanto que se presumirá que concurren las causas justificativas.

³⁸⁵ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 156.

³⁸⁶ Artículo 82.3 ET.

Hasta 2012, se exigía como contenido del acuerdo, la inclusión de una programación de la recuperación de las condiciones establecidas en el convenio de ámbito supra empresarial. Ésta aparecía recogida en el contenido de la Ley 35/2012. Pero entonces, la cuestión era menos compleja, en cuanto que el descuelgue se refería a la materia salarial y lo habitual era su cuantificación. Sin embargo, desde la reforma de 2012, se ampliaron las materias susceptibles de inaplicación, muchas de ellas no son susceptibles de cuantificación, lo que dificulta confeccionar esa programación, que en el fondo consiste en determinar cómo van a ir recuperándose a su estado originario, o sea en la forma recogida en el convenio colectivo, las condiciones modificadas.

De lo que no hay dudas de cuáles son las previsiones legales referidas al contenido del acuerdo. Ese contenido mínimo debe consistir, en determinar con claridad la nueva regulación de las nuevas condiciones de trabajo, que temporalmente van a sustituir a las condiciones originariamente dispuestas en el convenio colectivo de aplicación a la empresa y su duración.

En lo concerniente al límite temporal, como quiera que el artículo 82.3 ET de manera expresa impone como máximo de vigencia del acuerdo de inaplicación, el plazo de vigencia del propio convenio que se modifica, este no podrá ser rebasado. Se impide por lo tanto “que el acuerdo se prolongue más allá en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa”.

El acuerdo de inaplicación deberá constar por escrito, a pesar de omitirse legalmente, ya que en caso contrario no sería posible notificarlo a la comisión paritaria del convenio³⁸⁷, que tiene encomendado el control de sus contenidos y su adecuación al marco legal, funciones que no podrían ser desarrolladas por ella ante la ausencia de notificación.

15.5.5. La duración de los acuerdos de descuelgue y su renovación.

La norma es parca al respecto. El plazo máximo de duración del descuelgue, coincide con la existencia de un nuevo convenio colectivo aplicable. Una vez entre en vigor el nuevo convenio colectivo aplicable en la empresa, el acuerdo de inaplicación decae y pierde su vigencia.

Por lo tanto ronda la incertidumbre de cual va ser el período de vigencia del acuerdo inaplicatorio, en cuanto que los sujetos legitimados pueden negociar la revisión del convenio en cualquier momento de su vigencia.

La reforma de 2012 ha prescindido de varias de las cuestiones que incorporó la Ley 35/2010. Según la cual, el acuerdo no podía excederse del plazo de vigencia del convenio afectado, planteándose dudas sobre la suerte que corría el acuerdo de descuelgue en fase de ultra actividad del convenio denunciado. También se imponía un límite máximo al acuerdo de inaplicación de tres años en cualquier caso.

La Ley 3/2012, deja también algunas consideraciones en el aire. Así, si el acuerdo de descuelgue se formaliza por un plazo inferior al de vigencia del convenio

³⁸⁷ Artículo 82.3 ET, manifiesta al respecto que “...cuando el período de consultas finalice con acuerdo...éste deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo”.

aplicable, el acuerdo de inaplicación se hará efectivo en el plazo dispuesto en el acuerdo. No cabe admitir ahora, como hace el artículo 86 ET, en relación con la vigencia de los convenios colectivos, la denuncia del acuerdo para que este deje de aplicarse. Una vez llegado a término el plazo de vigencia del acuerdo, se vuelven aplicar automáticamente el contenido íntegro del convenio colectivo.

La entrada en vigor de los efectos del acuerdo, debe entenderse producida en el momento en el que se acuerda durante el período de consultas. El acuerdo durará en el tiempo, hasta que el convenio colectivo aplicable mantenga su vigencia, o sea, mientras se encuentre prorrogado conforme a las prescripciones del artículo 86.3 ET. Pero surge al respecto un problema, considerando el contenido del indicado artículo. Me refiero al caso de que las partes legitimadas para negociar la renovación del convenio, adoptan durante dicho procedimiento, acuerdos parciales, que modifican algunos de los contenidos prorrogados, para adecuarlos a las circunstancias ahora imperantes. Como quiera que no estamos ante un nuevo convenio, los acuerdos parciales formalizados en el trámite de renovación del convenio, no alteran el devenir del acuerdo de descuelgue, que persistirá en el tiempo, conforme a su duración pactada y como máximo a que exista un nuevo convenio colectivo aplicable. Aun así deberían hacerse dos precisiones al respecto, que difieren en función del ámbito del convenio:

1. Convenios de ámbito empresarial. Sí las condiciones de trabajo impuestas en el acuerdo parcial que modifica el convenio en el trámite de renovación del mismo, son diferentes de las previstas en el momento en las que se acordaron la inaplicación, no van a sufrir alteración posible o sí, dependiendo de la voluntad de los negociadores, ya que los sujetos legitimados para negociar unas y otras son los mismos.

2. Convenios colectivos de ámbito supra empresarial. Siendo los legitimados para negociar y acordar los acuerdos parciales, que a su vez son coincidentes con los legitimados para negociar la renovación del convenio colectivo, pero distintos de los legitimados para acordar la inaplicación o descuelgue, se entiende que dichos acuerdos parciales adoptados en el trámite de renovación del convenio, no deben afectar en ningún caso al acuerdo de descuelgue que se encuentre operativo en ese momento. Aunque pudiera ser que las partes que negociaron el descuelgue, se encuentren ahora interesadas en aplicar los acuerdos parciales, en lugar del acuerdo al que llegaron para el descuelgue, lo que sería perfectamente posible si así lo acuerdan dichas partes³⁸⁸.

Expirado el acuerdo de inaplicación por entrar en vigor un nuevo convenio colectivo, nada obsta a que las partes legitimadas formalicen un nuevo acuerdo de descuelgue. Lo que ocurre, es que sí se convierte en estructural en la empresa, la aplicación de acuerdos de descuelgues para ajustarse a las especiales realidades a las

³⁸⁸ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 137.

que se enfrenta la empresa, lo lógico y recomendable, es que las partes recurran a negociar un convenio de empresa³⁸⁹.

15.6. El descuelgue y los Acuerdos interprofesionales: las posibilidades atribuibles a la negociación colectiva en materia de descuelgue en la actualidad.

Hemos dicho que la reforma dada por la Ley 35/2010, que modificó el artículo 82.3 ET, supuso la supresión práctica de incluir en los convenios colectivos de ámbito supra empresarial, las cláusulas de descuelgue salarial, que establecían la condiciones y los procedimientos que debían ser cumplidos por las empresas, incluida en dichos ámbitos convencionales, para llevar a cabo el descuelgue o inaplicación. Lo que fue ampliamente criticado por los sindicatos³⁹⁰. Además, dejan de tener la importancia que hasta entonces ostentaron las comisiones paritarias, como institución que vigilaba el cumplimiento del convenio y realizaba labores interpretativas de su clausulado, amén de otras que le sean atribuibles.

La reforma operada por la Ley 3/2012, fue sin género de dudas mucho más incisiva en la materia que las dos anteriores, llevadas a cabo por la Ley 35/2010 y RD-Ley 7/2011. Curiosamente, poco antes de la promulgación del RD-Ley 3/2012, se aprueba por los interlocutores sociales el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012 a 2014 (BOE 6 de febrero de 2012), en el que no aparece referencia alguna a las cláusulas de descuelgue salarial, para además de ello, remitirse a lo regulado expresamente en el artículo 82.3 ET. Pero, dicho II Acuerdo propone que la adopción de dicha medida de descuelgue o inaplicación tendrá carácter excepcional y en cualquier caso sus efectos serán limitados en el tiempo³⁹¹. Pero, lo cierto es que se proponía un “modus operandi” en el susodicho II Acuerdo, para inaplicar el convenio, que en el fondo coincidía con lo dispuesto en el artículo 41.6 ET, cuya redacción actual se encontraba ya vigente, cuando se formaliza el II Acuerdo. Venía a decir que la inaplicación se llevará a cabo por de la empresa con la representación legal de los trabajadores, una vez consumido el período de consultas, conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET. Sin embargo, el Acuerdo se aparta de la regulación legal en lo concerniente a las causas. Omite cualquier referencia a las causas técnicas, organizativas o de producción, que establece de manera expresa el artículo 82.3 ET, remitiéndose a las que el convenio determine. Continúa diciendo que el convenio podrá

³⁸⁹ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 138.

³⁹⁰ Los sindicatos manifestaron su oposición a dicha reforma en el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010 a 2012 (BOE 22 de febrero de 2010), que seguían incluyendo las cláusulas de descuelgue del régimen salarial, como contenido mínimo de los convenios colectivos de ámbito supra empresarial. Advirtiendo que durante la vigencia del referido Acuerdo, era posible admitir el descuelgue de las cláusulas salariales, referidas a aquellas empresas cuyo equilibrio económico-financiero, pudiera verse afectada sí se aplicasen las cláusulas salariales del convenio en los términos en ellos recogidos. Exigiéndose en cualquier caso que se expusieran las razones de empleo y los compromisos que asumían las empresas en dicha materia, amén de recoger en los acuerdos el plan de retorno a la aplicación del convenio que le era de aplicación.

³⁹¹ Parecía, como sí las partes legitimadas para negociar el convenio, debían conocer y aceptar el descuelgue, en cuanto que requerían se sometiesen a su consideración.

contemplar a tal efecto, entre otras, la disminución persistente del nivel de ingresos, cuando la situación y perspectiva económica de la empresa, pudieran verse afectadas negativamente por la aplicación de aquellas condiciones. En cualquier caso refiere el Acuerdo, que la inaplicación debiera justificarse por su afectación al mantenimiento del empleo. Hay que advertir con toda rotundidad, que no es posible que el convenio establezca circunstancias que debieran concurrir en la empresa, para que procediera el acuerdo de descuelgue, que de alguna manera restringieran las posibilidades de inaplicación prevista en el artículo 82.3 ET.

La cuestión ahora consiste en analizar, sí como el enunciado de las causas del descuelgue en el artículo 82.3 ET, tiene el carácter de cerrada o “*numerus clausus*”, las causas establecidas en el II Acuerdo, deben entenderse como causas adicionales a las expresamente previstas en el ET. Es decir, sí pueden jugar como otras nuevas causas, pero que en ningún caso podrán constreñir la aplicación de la institución, exigiéndose por mor de las causas convencionalmente dispuestas, mayores exigencias que las legalmente dispuestas en el artículo 82.3 ET, de tal modo que no podría exigirse por ejemplo, que la aplicación del descuelgue conlleve un compromiso de mantenimiento de ciertos niveles de empleo, porque ello excede del contenido específicamente dispuesto en el ET. Por último, el II Acuerdo apuesta por las medidas de descuelgue, en evitación de ulteriores expedientes de regulación de empleo, ya sean temporales como extintivos. Tampoco va tener eficacia práctica, sobre todo si consideramos el “*iter*” procedimental aplicable en la actualidad a dichos expedientes, que no necesitan autorización administrativa y que finalizado el período de consultas, la decisión empresarial es inmediatamente ejecutiva, sin perjuicio de las ulteriores impugnaciones.

Sin embargo, el contenido de los convenios colectivos supra empresariales, sigue siendo importante en la determinación de los medios de solución extrajudicial al que acudir en caso de bloqueo durante el período de consultas. En este caso, la regulación convencional es perfectamente compatible con lo dispuesto en ET. El o los procedimientos o dispuestos al efecto, forman parte del contenido mínimo de los convenios colectivos³⁹². Éste contenido mínimo se limita a la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras, para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de otras que le sean atribuibles.

15.7. Los medios de solución extrajudicial en materia de inaplicación de convenios colectivos.

15.7.1. Los medios pactados de solución de conflictos.

La determinación de los procedimiento referidos a los medios de solución extrajudicial para resolver las discrepancias que puedan surgir durante el período de consulta en materia de descuelgue de condiciones de trabajo, va a ser considerado como el único

³⁹² Artículo 85.3 ET.

papel que el ET atribuye a la negociación colectiva. La finalidad última del establecimiento de estos radica en la pretensión de desbloqueo de la situación y así poder aplicar las medidas de flexibilidad interna, expresiva de la inaplicación del convenio.

El artículo 82.3 ET manifiesta que en caso desacuerdo en las negociaciones para acordar el descuelgue, las partes negociadoras deberán someter la solución de las discrepancias a los procedimientos dispuestos en los acuerdos interprofesionales referidos en el artículo 83 ET. No desvirtúa lo manifestado, el hecho de que las partes hubieran instado la intervención de la comisión paritaria con carácter previo³⁹³, a la articulación de los procedimientos previstos convencionalmente³⁹⁴ y ésta no hubiera obtenido algún tipo de acuerdo³⁹⁵.

Quedan fuera de la remisión que sobre los procedimientos de solución extrajudicial contempla el artículo 83.2 ET, los procedimientos de mediación y arbitraje, cuando procedan a regularse en el propio convenio colectivo, que por otra parte, son aludidas en los artículos 85.1 y 41.4 ET, como sustitutivas del periodo de consulta, siempre que así lo decidan las partes.

Se observa una relación de complementariedad entre los procedimientos de solución de conflicto previstos en el convenio colectivo aplicable a la empresa³⁹⁶ y los recogidos en los acuerdos interprofesionales^{397 y398}.

Pudiera ser que el convenio colectivo aplicable a la empresa, no incluyera la regulación de los procedimientos antes referidos, pudiéndose entonces no obstante acudir a la Disposición Adicional 13 ET, sobre solución no judicial de conflictos, dispone que “aun no habiéndose pactado en el convenio colectivo aplicable, un procedimiento para resolver las discrepancias en los períodos de consultas y sí se hubieran establecido conforme al artículo 83 ET, órganos o procedimientos no judiciales de solución de conflictos en el ámbito territorial correspondiente, quienes sean parte en dichos períodos de consulta podrán someter de común acuerdo su controversia a dichos órganos”.

La última opción se refiere al caso, en el que esos procedimientos de solución no fueran aplicables. Precisamente esa posibilidad la contempla de manera expresa el

³⁹³ El artículo 82.3 manifiesta al efecto que: “en caso de desacuerdo durante el período de consultas 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”.

³⁹⁴ Continúa diciendo el artículo 82.3 ET que: “cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales”.

³⁹⁵ Hay que advertir, que la intervención de la comisión paritaria que había sido prevista en la Ley 11/1994, decae con la ley 35/2010. , recuperándose con carácter potestativo con el RD-Ley 7/2011.

³⁹⁶ El artículo 82.3 ET manifiesta: “... incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET”.

³⁹⁷ Cruz Villalón, J. La reforma laboral de 2010. Relaciones Laborales n^{os} 21 y 22, 2010. Página 105.

³⁹⁸ El artículo 85.3 determina que el “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 ET, 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”.

artículo 82.3, penúltimo párrafo ET, planteando como y cuando proceder ante la CCNCC, “cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos previstos de solución extrajudicial de conflictos o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la CCNCC”.

15.7.2. Intervención de la comisión paritaria.

La reforma de 2012 es expresiva del empeño favorable a la inaplicación como medio de flexibilizar las condiciones de trabajo. Para ello instituye legalmente dos procedimientos dirigidos a favorecer dicha flexibilidad: la intervención de la comisión paritaria y la intervención de la CCNCC³⁹⁹.

La intervención de la comisión paritaria del convenio que se pretende inaplicar en una empresa o centro de trabajo, es el primer paso a cumplir en el procedimiento instituido legalmente en los casos de desacuerdo en los procedimientos de inaplicación. Se trata de una intervención, la de la comisión paritaria, a instancia de parte. Es preceptiva su intervención cuando una de las partes la requiere. Es decir, no requiere la voluntad conjunta de las dos partes en conflicto, cuando una de ellas toma la iniciativa. Ocurre en algunos convenios, que en los mismos se dispone la obligación de las partes a recurrir previamente a la comisión paritaria en caso de desacuerdo⁴⁰⁰. Sin embargo el ASAC V deja libertad a las partes para acudir o no a la comisión paritaria en caso de desacuerdo en el procedimiento de inaplicación⁴⁰¹, no así en los casos de los conflictos de interpretación y aplicación de los convenios colectivos⁴⁰².

Se plantea la posibilidad de que la comisión paritaria intervenga a modo de mediador o conciliador y no en su condición de tercero “sui generis”. Dado que la norma⁴⁰³ utiliza la expresión pronunciarse, cuando interviene la comisión paritaria, hemos de entender afirmativamente dicha posibilidad.

En caso de acuerdo en la comisión paritaria, este tiene carácter vinculante. Lo que suele ser improbable, dado la composición paritaria de la comisión. Es importante determinar la naturaleza del acuerdo alcanzado por la comisión paritaria. Sí entendemos que la comisión interviene como sí lo hiciera un tercero⁴⁰⁴, la decisión que

³⁹⁹ Valdes Dal-RE, F. “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, en J. Lahera Forteza (coord.), Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas. Cinca, Madrid, 2012. Páginas 166 y siguientes.

⁴⁰⁰ Vivero Serrano, J.B. “La solución autónoma de determinados conflictos colectivos incompatibles con el paradigma de la empresa flexible”, en W. Sanguinetti Raymond (coord.), Observatorio de la negociación colectiva. Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas de 2010, 2011 y 2012. Cinca-CC.OO, Madrid, 2012. Página 145.

⁴⁰¹ Artículo 10.2 ASAC V.

⁴⁰² Artículo 10.1 ASAC V.

⁴⁰³ Artículo 82.3 ET.

⁴⁰⁴ Refuerza esta opción, el hecho de no exigirse legalmente a la comisión paritaria en el momento de la adopción del acuerdo, las reglas de legitimación previstas al efecto en los artículos 87 y 88 ET. Además,

adopte y que pone fin al procedimiento, tendría los efectos del acuerdo durante el período de consulta, en los términos dispuestos en el artículo 82.3 ET. Ello supone desde la óptica procesal, que el acuerdo de la comisión va a poder ser impugnado, siendo objeto de la litis, la existencia o no de la causa o causas que se invoquen, amén de otros motivos de impugnación.

Habría que estar a lo dispuesto en convenio colectivo, para saber las condiciones impuestas en el mismo para alcanzar el acuerdo. La única referencia existente al efecto se contempla en el Anexo de recomendaciones del ASAC V, que opta por facilitar el acuerdo, lo que implica una votación favorable de los miembros de la comisión por mayoría simple^{405y406}.

A pesar de lo dicho, no está claro en que consiste la intervención de la comisión, que pudiera ser analizar las discrepancias para que las partes puedan continuar el proceso negociador en el período de consultas, bien adoptar una solución que incluya las nuevas condiciones de trabajo aplicables. La única referencia legal relacionada con la eficacia de las resoluciones de las comisiones paritarias, aparece contemplada en el artículo 91.4 ET, referidas en ese caso a “las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio, tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en la presente Ley”. Al no decir nada sobre la eficacia del acuerdo de inaplicación, hemos de entender que tiene la misma eficacia que el acuerdo al que sustituye.

En caso de desacuerdo cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo⁴⁰⁷.

La comisión paritaria dispone de un plazo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. El cómputo del plazo se podía producir tras la finalización del período de consultas⁴⁰⁸, con la redacción dada por el RD-Ley 7/2011. La Ley 3/2012, modifica la cuestión, de tal forma que la única referencia normativa sobre la comisión paritaria, aparece contemplada en el artículo 82.3 ET, en cuya virtud el recurso a la comisión paritaria se puede producir en caso de discrepancia durante el período de consulta⁴⁰⁹. Sólo queda que aparezca regulado como parte del contenido mínimo del convenio colectivo, conforme al artículo 85 ET, el procedimiento y los plazos de actuación. En cualquier caso, sí la comisión no alcanza un

el pronunciamiento de la comisión en ningún caso altera las condiciones generales del convenio de eficacia “erga omnes”, limitándose a modificar transitoriamente determinadas condiciones de trabajo.

⁴⁰⁵ Conforme con el contenido del artículo 82.3 ET, la regulación del procedimiento de intervención y condiciones para el acuerdo, sigue siendo parcela reservada a la negociación colectiva.

⁴⁰⁶ Sanguinetti Raymond, W. “El papel de la autonomía colectiva en la regulación de la inaplicación o descuelgue convencional”, en W. Sanguinetti Raymond (coord.), Observatorio de la negociación colectiva. Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas de 2010, 2011 y 2012. Cinca-CC.OO, Madrid, 2013. Páginas 120 y siguientes.

⁴⁰⁷ En los términos dispuestos por RD-Ley 7/2011.

⁴⁰⁸ Artículo 85ET, redacción dada por RD-Ley 7/2011, que “atribuía a la comisión paritaria del convenio los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas...”.

⁴⁰⁹ Sin embargo, el RD 1362/2012, 27 de diciembre, sobre la intervención de la CCNCC en los de discrepancias en los procedimientos de descuelgue, matiza el momento en el que procede someterse a esos procedimientos, que quedan circunscritos al de finalización del período de consulta.

acuerdo en el plazo de siete días, las partes deberán acudir a los procedimientos de solución de conflictos previstos en la negociación colectiva y exigidos como contenido mínimo del convenio colectivo⁴¹⁰.

Los diferentes convenios colectivos que toman en consideración la intervención de la comisión paritaria, determinan su puesta en funcionamiento de diferentes maneras, pudiéndolo exigir una de las dos partes y en otras ocasiones exige el acuerdo de ambas para la intervención. También se observa como ciertos convenios determinan la intervención de la comisión como un instrumento de mediación o conciliación⁴¹¹. De igual modo, otros convenios han posibilitado que la participación de la comisión consista en acordar someter a arbitraje el desacuerdo, sin necesidad de que las partes lo consideren⁴¹².

15.7.3. Los procedimientos de solución convencionalmente aplicables.

Cuando la comisión no alcanza un acuerdo en el plazo de siete días o cuando simplemente finalizó el plazo de consulta, sin acuerdo y no haya habido intervención de la comisión paritaria por no haberlo propuesto ninguna de las partes, éstas deberán acudir a los diferentes procedimientos de solución de conflictos convencionalmente dispuestos.

El artículo 82.3 ET, a diferencia de lo que en su día dispuso el RD-Ley 10/2010, no se pronuncia sobre el procedimiento de solución adecuado, determinando un orden de preferencias a seguir. Es posible que el convenio colectivo determine el previo sometimiento a un arbitraje, no sólo como consecuencia del fracaso de la mediación o conciliación, sino también como instrumento directo, finalizado el período de consulta sin acuerdo.

Los diferentes mecanismos de solución extra judicial previstos en el ASAC V son la mediación y el arbitraje.

La mediación se considera obligatoria cuando es posible exigirla por una de las partes. Sí se exige el concurso de ambas partes, su exigencia por una de ellas no se considera obligatoria. Los órganos de mediación pueden ser unipersonales o colegiados. Tanto el empresario como la representación de los trabajadores que participan en la negociación del período de consulta, están legitimados para solicitar la intervención del mediador. Su intervención estará sujeta a las reglas especialmente dispuesta para ello en

⁴¹⁰ Artículo 85.3.c) ET: “Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, 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”.

⁴¹¹ La redacción del artículo 82.3 ET, no excluye el juego de la autonomía colectiva para dotar a la comisión de facultades en torno a los diferentes modos de solución extrajudicial de conflictos, máxime cuando en la actualidad no se exige legalmente la intervención previa de la comisión en caso de desacuerdo.

⁴¹² La redacción del artículo 82.3 ET admite dicha posibilidad. También el artículo 85.3.e) ET otorga cobertura legal a ello y de igual forma en los artículos 4, 13 y 19 ASAC V.

la negociación colectiva. En caso contrario, no se encuentran predeterminadas en norma alguna. El órgano de mediación deberá formular una propuesta de solución, en la que se incluye en su caso, el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. En el caso de la mediación, la propuesta del mediador deberá ser aceptada por las partes en conflicto, en cuyo caso tendrá la misma eficacia que lo acordado en el período de consultas.

El arbitraje se articula como modo de solución de conflicto, cuando ambas partes de común acuerdo lo soliciten o en su caso aparezca impuesto convencionalmente. El arbitraje consiste en proponer un tercero, llamado árbitro para que resuelva las discrepancias existentes entre las partes. La decisión arbitral es de cumplimiento obligatoria para las partes en conflicto. La puesta en marcha del procedimiento arbitral, a falta de regulación en el convenio colectivo⁴¹³, no exige la finalización del procedimiento de mediación. Aunque puede iniciarse también finalizado éste. Incluso es posible que la intervención arbitral, sea consecuencia de haberlo dispuesto el mediador en su propuesta de solución. Sí se exige haber finalizado la intervención de la comisión paritaria sin acuerdo de solución, cuando sea obligatoria su intervención.

Se prevé de manera expresa en el ASAC V, que el árbitro designado realice con carácter previo al desarrollo de sus funciones arbitrales, funciones mediadoras, siempre que una de las partes así lo exija. También, algunos convenios colectivos vienen asignando a la comisión paritaria, funciones como órganos de mediación y en su caso de arbitraje.

El procedimiento arbitral finaliza con el laudo arbitral, que ostenta la misma eficacia que tienen los acuerdos habidos entre las partes en los períodos de consultas previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET. Siendo la ley la que atribuye esa eficacia al laudo arbitral, se exige que el compromiso arbitral sea suscrito por quien ostente legitimación necesaria para suscribir el acuerdo. De igual forma se exige que el laudo se limite a resolver los puntos en que consiste la controversia, que deben formar parte del contenido del acuerdo^{414y415}.

15.7.4. Los diferentes procedimientos de arbitrajes.

⁴¹³ El procedimiento como tal no está reglado, salvo lo que a tal efecto disponga el convenio colectivo. De tal modo que los plazos, incluida la intervención de la comisión paritaria como órgano de mediación o arbitraje, no está sujeta a límites temporales. Cuando el convenio no disponga nada al respecto, serán las partes las que establezcan un mínimo diseño procedimental.

⁴¹⁴ Artículo 91 ET en relación con el artículo 82.3 ET. El artículo 91.2 ET dispone que "...el acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta Ley" y el artículo 82.3 ET dispone que "...incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91".

⁴¹⁵ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 162.

Podemos diferenciar tres tipos de arbitrajes, de utilización en los procedimientos de descuelgue:

1. El arbitraje voluntario, decidido por las partes, cuando en el período de consultas no llegan a un acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo. Las partes pueden optar por sustituir el período de consultas sometándose a arbitraje. El fundamento de este arbitraje es el convenio arbitral suscrito de común acuerdo por las partes en conflicto. Es el llamado arbitraje clásico, referido en el artículo 91.2 ET. En los conflictos colectivos de trabajo se articula un procedimiento de naturaleza administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 RD-Ley 17/1977, 9 de marzo, en cuya virtud la Autoridad laboral intentará la avenencia entre las partes. Éstas podrán designar a uno o varios árbitros. En tal caso éstos, que cuando sean varios habrán de actuar conjuntamente, deberán dictar su laudo en el término de cinco días. La decisión que adopten tendrá la misma eficacia que si hubiera habido acuerdo entre las partes. También es de aplicación al efecto lo previsto en la LJS, cuando en los supuestos de evitación del proceso, se refiere a la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales, estableciendo el artículo 65.3 LJS la posibilidad de suscripción de un compromiso arbitral.

2. Arbitraje de naturaleza convencional y obligatoria. Su articulación aparece promovido por los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos, previstos en los acuerdos interprofesionales, a los que en los últimos años se constata un número importante de adhesiones⁴¹⁶. El fundamento del arbitraje es su previsión convencional, lo que convierte al arbitraje en obligatorio. Obligatoriedad distinta de la de origen legal, como es la atribuida a la de la CCNCC.

El reconocimiento legal de este tipo de arbitraje está contemplado en el ámbito laboral, para los casos de descuelgue sin acuerdo en el período de consultas⁴¹⁷ y de renegociación del convenio denunciado⁴¹⁸. Si bien este tipo de arbitraje está basado en un convenio arbitral. Porque, suele aparecer contemplado como contenido de los acuerdos interprofesionales⁴¹⁹ y posteriormente es recogido en la negociación colectiva sectorial o de empresa. De esta forma el compromiso arbitral recogido en el acuerdo interprofesional, dispuesto después en la negociación colectiva más próxima al ámbito del conflicto (sectorial provincial o en su caso de empresa), despeja cualquier tipo de duda, desde luego en el caso del convenio empresarial y en el caso del sectorial, en el que va a existir una falta total de correspondencia entre los sujetos negociadores del convenio y las partes en conflicto, no se pone en duda el carácter obligatorio del arbitraje. El fundamento de lo dicho para este último supuesto, se resuelve considerando la eficacia normativa y “erga omnes” del convenio colectivo estatutario. De

⁴¹⁶ ASAC V.

⁴¹⁷ Artículo 82.3 ET.

⁴¹⁸ Artículo 86.3 ET.

⁴¹⁹ Artículo 83.2 ET.

tal forma, que en caso de discrepancias entre un convenio empresarial y otro sectorial, en torno a una cláusula referida a arbitraje en casos de descuelgue, no tendría preferencia aplicativa el convenio empresarial sobre el convenio sectorial⁴²⁰, ya que la materia no es de las recogida en el artículo 82.3 ET. Así es que no siendo de aplicación el artículo 84.1 ET para el supuesto contemplado de concurrencia, habrá que estar a lo dispuesto en el resto del artículo referido, aplicándose entonces la cláusula sobre descuelgue regulada en el convenio sectorial.

De lo que no hay duda es de la inaplicación del contenido del acuerdo interprofesional que contiene la regulación de medios de solución extra judicial de conflicto, entre ellos el recurso al arbitraje, pero que luego no son desarrollados en los ámbitos inferiores provinciales o de empresas⁴²¹.

De lo dicho se infiere, que para que adquiriera virtualidad práctica el arbitraje de origen convencional, los acuerdos interprofesionales deberían reglar con carácter dispositivo una exhaustiva regulación sobre dicho arbitraje, para que posteriormente no solo sea asumido en los ámbitos inferiores de negociación, no regulándolos en este ámbito como meros arbitrajes de futuro, sino que para que adquieran eficacia práctica en la realidad, se exige dotarlos de suficiente regulación, advirtiendo por supuesto, su calificación como instrumento obligatorio de solución de conflicto extra judicial, en los casos de descuelgue.

3. Arbitraje obligatorio por así disponerlo la ley y recogido en la actualidad por el artículo 82.3 ET, desarrollado por RD 1362/2012, 27 de diciembre. El artículo 82.3 ET manifiesta, que ante la falta de acuerdo durante el período de consultas en los procedimientos de descuelgue, cualquiera de las partes puede instar la actuación de la CCNCC. Éste procedimiento tiene carácter subsidiario, ya que no operaría si las partes se someten voluntariamente, por así disponerlo las partes al arbitraje voluntario o en su caso por intervenir la comisión paritaria del convenio colectivo que se instituye en arbitro cuando el convenio lo disponga. De igual forma, tampoco intervendrá si existe el compromiso arbitral de naturaleza convencional, en los términos del artículo 82.3 ET, referido a los acuerdos interprofesionales y la regulación de medios de solución extra judicial de conflictos.

Presentan no obstante lo dicho los tres tipos de arbitrajes, ciertas características comunes. El arbitraje se erige en medio de solución del conflicto vinculante para las

⁴²⁰ Artículo 84.1 ET.

⁴²¹ Ningún acuerdo interprofesional negociado conforme al artículo 83.3 ET, lo contempla en esos términos. En ocasiones se limitan dichos acuerdos a enunciar el carácter obligatorio del arbitraje, pero nada más, algo parecido a un mero acuerdo de intenciones, lo que exigirá la suscripción del correspondiente convenio arbitral, en cuyo caso y por mor de dicho compromiso suscrito entre las partes en conflicto, debemos entender encontrarnos ante el supuesto de arbitraje voluntario, siendo posible aplicar de manera supletoria la regulación habida al respecto aunque mínima, en el acuerdo interprofesional.

partes, a diferencia de lo que ocurre con la intervención de la comisión paritaria y con los mecanismos de solución, como la mediación o la conciliación.

La eficacia del laudo es equiparable a lo acordado en virtud de un acuerdo de empresa durante el período de consultas, en los términos dispuestos en el artículo 82.3 ET. La remisión que este hace al artículo 41.4 ET, en lo concerniente a la legitimidad de los sujetos para adoptar la decisión de someterse a arbitraje, determina que la eficacia del laudo sea la misma que la del convenio colectivo estatutario, o sea, “erga omnes”. Ahora bien, la eficacia de los acuerdos de empresas es contractual de naturaleza colectiva, que concilia los efectos derivados de la eficacia contractual y la eficacia “erga omnes” personal⁴²².

El laudo va a poder ser impugnado judicialmente en los términos dispuesto en el artículo 91.2 ET, por ilegalidad y lesividad. También es susceptible de impugnación por defectos formales o procedimentales, entre los que hay que considerar la resolución de cuestiones no mandatadas por las partes en el acuerdo de sometimiento al arbitraje y por supuesto, la impugnación judicial sobre el fondo del laudo, cuando lo que se dilucida es la existencia o no de la causa o causas invocadas y sobre el respeto de la decisión arbitral de los principios de adecuación y proporcionalidad.

15.7.5. El procedimiento obligatorio de solución: intervención directa de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el arbitraje propuesta por esta.

15.7.5.1 Un largo camino iniciado en 1994 hasta hoy.

El capítulo III ET, agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. Las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo. El conjunto de medidas que se formulan ahora tienen como objetivo fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. En lo concerniente a la materia de negociación colectiva se prevé entre otras, la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor. La norma estatal vigente hasta entonces, redacción dada por RD-Ley 7/2011, no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la

⁴²² Casas Baamonde M.E. Mediación, arbitraje y períodos de consulta. Relaciones Laborales, 2013, nº 4 (versión digital). Páginas 21 y 22.

productividad y competitividad empresarial, la Ley 3/2012 incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de CCNCC u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 CE.

Cuando no se haya alcanzado un acuerdo en el periodo de consulta o durante éste, los acuerdos habidos no hayan sido suficientes para solucionar las discrepancias sobre la inaplicación del convenio, cualquiera de las partes podrá someter el problema a la CCNCC. Por tanto, el recurso a la CCNCC está dispuesto “ope legis”⁴²³ y tiene carácter subsidiario, respeto del recurso a los medios de solución extrajudicial previstos en los acuerdos interprofesionales y debidamente articulados en la negociación colectiva, amén de la intervención de la comisión paritaria a instancia de una de las partes o cuando así sea exigida directamente en propio convenio colectivo.

La aparición en escena de la CCNCC no es producto de la reforma laboral de 2012, aunque sí sus posibilidades de actuación y de decisión, que la norma le otorga en la actualidad. Se régimen jurídico actual aparece conformado por el artículo 82.3 ET⁴²⁴ y su desarrollo reglamentario por RD 1362/2012, 27 de diciembre.

Es importante conocer su génesis y como llega hasta nosotros. La Disposición Transitoria Segunda RD-Ley 7/2011, disponía que “hasta tanto se produzca la entrada en funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva establecido en el artículo 7, continuará realizando su actividad la actual Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, regulada en la Disposición Final Segunda ET, en la redacción dada a la misma por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo”. Es decir, la finalidad del referido precepto era la sustitución de la CCNCC creada por lo dispuesto en el artículo 7 Ley 11/1994, 19 de mayo, para el supuesto de bloqueo en la negociación de acuerdos o convenios colectivos con la finalidad en aquel entonces, de solventar los vacíos que pudieran entrañar en los distintos ámbitos de la negociación colectiva, la derogación de las ordenanzas de trabajo. Promulgada la Ley 3/2012, se ha producido un efecto distinto al contemplado desde luego en el RD-Ley 7/2011, habiéndose incrementada sus posibilidades de actuación, así como sus facultades y efectividad de sus resoluciones. Para empezar, la Ley 3/2012, deroga la Disposición Adicional Segunda RD-Ley 7/2012. Por su parte la Disposición Adicional Sexta Ley 3/2012, prevé que “para el desarrollo de las funciones establecidas en la Ley, la CCNCC, adscrita a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, será reforzada en sus actuaciones por la citada Dirección General de Empleo, sin perjuicio de lo que se establezca en las normas de desarrollo reglamentario, previa consulta con las organizaciones sindicales y

⁴²³ El artículo 82.3 ET dispone que “cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos de solución extra judicial, incluido cuando proceda la intervención de la comisión paritaria o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”.

⁴²⁴ Redacción dada por Ley 3/2012.

empresariales más representativas”. A su vez, se ha dado nueva redacción a la Disposición Final Segunda ET⁴²⁵, desapareciendo cualquier referencia al Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva, procediéndose a regular su composición y funciones, recogiendo “ex profeso” que entre las facultades de la CCNCC está la solución de discrepancias en los casos de desacuerdos en el período de consultas para la inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos conforme al artículo 82.3 ET.

15.7.5.2. Análisis de la constitucionalidad de las resoluciones de la CCNCC: directas y las controversias sujetas a arbitraje.

Es importante hacer mención a la parte inicial del Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia que va a ser objeto de análisis durante todo el epígrafe, STC 119/2014, 16 de julio, porque tiene la virtud de recordar que la CE ampara una diversidad importante de soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales. Quizás, el modelo español que arranca en la Transición, era el único posible por las especiales circunstancias que se daban entonces, con pequeños cambios en el tiempo, que han posibilitado un mercado de trabajo productor de disfuncionalidades, cuyo efecto más perverso, ha sido su incapacidad para generar empleo que dé cobertura a toda la población. Además, se ha santificado desde entonces un modelo de negociación colectiva, que ha generado inflexibilidades innecesarias, en el que primaba la defensa del “status quo” y las inercias de los interlocutores sociales llamados más representativos y que muchas de las veces no han tenido a bien, disponer de los instrumentos necesarios para que la productividad del trabajo alcance cotas similares a la de los países de nuestro entorno, que posibiliten incrementos de competitividad empresarial, que son la causa primera del crecimiento económico. A colación con lo aquí manifestado el constitucional decía que “a juicio de la recurrente, la reforma introducida por la Ley 3/2012, constituye en algunos aspectos una ruptura con el

⁴²⁵ Disposición Final Segunda ET (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos):

1. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, como órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, tendrá las siguientes funciones: a) El asesoramiento y consulta sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos y sobre el convenio colectivo de aplicación a una empresa, así como la consulta en el supuesto de extensión de un convenio colectivo regulado en el artículo 92 de esta Ley. b) El estudio, información y elaboración de documentación sobre la negociación colectiva, así como la difusión de la misma mediante el Observatorio de la Negociación Colectiva. c) La intervención en los procedimientos de solución de discrepancias en los casos de desacuerdo en el periodo de consultas para la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de acuerdo con el artículo 82.3 ET.
2. Reglamentariamente se establecerá la composición y organización de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, así como sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo para el desarrollo de las funciones de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
3. El funcionamiento y las decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se entenderán siempre sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a la jurisdicción y la autoridad laboral en los términos establecidos por las leyes.

modelo constitucional de relaciones laborales. Debe, sin embargo, advertirse que el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), permite contemplar en el marco de la CE diversas soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales, pues la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio, como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo”.

En lo concerniente a la negociación colectiva ha indicado el constitucional que “la Constitución no contiene un modelo cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; se limita en su artículo 37.1 a reconocer el derecho, cuya garantía encomienda al legislador, a señalar quiénes son sus titulares (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, en consecuencia, de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta”. A continuación señaló que “el reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el art. 37.1 CE, supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias”.

Una vez realizadas una serie de apreciaciones generales sobre el modelo español de relaciones laborales y de negociación colectiva, en los términos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, vayamos al análisis de las cuestiones puntuales que se debaten en la sentencia objeto de estudio: STC119/2014, 16 de julio.

Los términos arbitraje y obligatorio son malos acompañantes. La Ley 60/2003, de Arbitraje, no se refiere a semejante posibilidad en su contenido. Sin embargo, trasladando la cuestión al ámbito del ordenamiento laboral y en concreto, la importancia que el convenio colectivo tiene como fuente, exige reconducir la cuestión.

Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional⁴²⁶, ya se refirió a la institución del arbitraje obligatorio⁴²⁷ en el ámbito laboral⁴²⁸. Decía el pronunciamiento que “no por ser obligatorio, deja de ser verdadero arbitraje, siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro...”. A pesar de lo dicho, una parte de la

⁴²⁶ Se enfatiza en la Sentencia 119/2014, las “sustanciales diferencias” entre las facultades atribuidas a la CCNCC por el artículo 82.3 ET y las que entonces fueron atribuidos a la autoridad gubernativa por RD-Ley 17/1977 y que fueron objeto de la STC 11/1981.

⁴²⁷ “El legislador ha querido introducir la intervención arbitral impugnada, en un contexto de crisis económica muy grave, como mecanismo que permita superar la situación que se produce cuando la pretensión de modificar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo para facilitar la adaptación de tales condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, ante la concurrencia de las causas sobrevenidas económicas, técnicas, organizativas o de producción que señala la Ley, resulta bloqueada por falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores o por el resultado infructuoso de los procedimientos extrajudiciales creados por las representaciones de los trabajadores y de los empresarios para resolver tales desacuerdos... el propósito perseguido por el legislador con la medida cuestionada ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; esto constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (artículo 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España a la que ya antes se ha hecho alusión”.

⁴²⁸ STC 11/1981.

doctrina alude a la dudosa constitucionalidad del establecimiento del arbitraje obligatorio a través de la CCNCC, dispuesto en el artículo 82.3 ET.

En el ordenamiento laboral español se han recogido diferentes ejemplos de arbitrajes obligatorios, bien relacionado con la solución de especiales supuestos de huelgas⁴²⁹, especialmente perniciosas para la economía nacional⁴³⁰, bien cuando los usuarios de servicios públicos pueden verse sometidos al padecimiento de desmesurados perjuicios de toda índole^{431y432}, bien el supuesto previsto en materia de elecciones sindicales⁴³³.

El arbitraje previsto en el artículo 82.3 ET tiene ciertas concomitancias con el arbitraje ante la autoridad laboral (laudos de obligado cumplimiento), en su día previsto en el RD-Ley 17/1977⁴³⁴ y con el previsto en la en la Disposición Adicional Primera RD-Ley 7/2011, referido al supuesto en el que la renegociación del convenio colectivo denunciado hace tiempo se consideraba encontrarse estancado⁴³⁵.

El TC ha sentenciado los recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios preceptos de la Ley 3/2012, recursos por supuesta vulneración de derechos constitucionales de negociación colectiva, libertad sindical y tutela judicial efectiva. La STC 16 de julio de 2014 ha declarado que la facultad atribuida a la CCNCC u órgano similar en las Comunidades Autónomas, de acordar el descuelgue, no contravienen la CE, siendo compatible con el principio de la fuerza vinculante del convenio colectivo, con el derecho de libertad sindical y con el derecho a la tutela judicial efectiva⁴³⁶. La sentencia declara que el descuelgue del convenio colectivo y la intervención prevista de la CCNCC están constitucionalmente justificadas.

Se impugna el artículo 14.1 Ley 3/2012, que daba nueva redacción al artículo 82.3 ET, o sea, la inaplicación o descuelgue del convenio colectivo estatutario. Concretamente, la posibilidad reconocida a cualquiera de las partes, en caso de discrepancia no resuelta, de someter la solución a la CCNCC o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, en última instancia y tras haber concluido sin acuerdo el procedimiento de negociación. Esta redacción legal vulneraría el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos y el ejercicio de la actividad sindical garantizada a través del reconocimiento constitucional de la libertad sindical, así como el derecho a la tutela judicial efectiva. La contravención de todos ellos ha servido de fundamento para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.

⁴²⁹ Artículo 10.1 RD-Ley 17/1977.

⁴³⁰ Vivero Serrano, J.B. La terminación de la huelga. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Página 135 y siguientes.

⁴³¹ Artículo 10.2 RD-Ley 17/1977.

⁴³² Vivero Serrano, J.B. La terminación de la huelga. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Página 559 y siguientes.

⁴³³ Artículo 76 ET, artículos 28 a 42 del Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores, RD 1844/1994, de 9 de septiembre y artículos 127 a 132 LJS.

⁴³⁴ Declarado inconstitucional STC 11/1981: “la articulación de un llamado arbitraje público obligatorio para resolver los conflictos sobre la modificación de condiciones de trabajo...puede contravenir el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 37 CE”

⁴³⁵ Derogado por Ley 3/2012.

⁴³⁶ Artículos 37.1, 28.1 y 24.1 CE.

El TC rechaza la existencia de un determinado modelo constitucional de relaciones laborales, en el que prime de manera categórica el poder sindical de negociación: “La Constitución no contiene un modelo cerrado de relaciones laborales ni, en particular, de ninguno de los elementos del derecho a la negociación colectiva; se limita en su art. 37.1 a reconocer el derecho, cuya garantía encomienda al legislador, a señalar quiénes son sus titulares (los representantes de los trabajadores y empresarios) y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios)”, lo que indica el amplio poder del que goza el legislador, “de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta”.

En lo concerniente a la fuerza vinculante del convenio colectivo, el TC ha establecido que el empresario debe respetar el resultado alcanzado y plasmado en el convenio colectivo y su fuerza vinculante, que deberá someterse a los procedimientos de modificación convencional establecidos⁴³⁷. De tal forma que para modificar un convenio colectivo no bastará con contar con la aceptación de los trabajadores individualmente considerados, ya que haría ineficaz la fuerza vinculante del convenio colectivo. Ahora bien, “no significa que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas”, “debiendo ser en la ley o en los propios convenios colectivos donde se establezca el sistema para su modificación o denuncia”.

Destaca el TC⁴³⁸ que “la inaplicación para la que se solicita la decisión o laudo arbitral no se permite en bloque sobre todo el convenio colectivo, ... pues únicamente se habilita para las concretas materias delimitadas en el artículo 82.3 ET”. Ello supone un reconocimiento a la fuerza vinculante del convenio colectivo, que no debe ser considerada desde un prisma absoluto, posibilitando ciertas limitaciones al concepto, cuando son referidas a las condiciones tasadas en la ley, que además, son materias directamente ligadas a las causas que motivan su inaplicación, porque así se defiende la productividad y por ende el empleo.

El procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo estipuladas convencionalmente tanto en convenio de empresa como de sector, constituye una excepción a la fuerza vinculante del convenio colectivo⁴³⁹. A tal respecto manifiesta el TC

⁴³⁷ STC 225/2001, de 26 de noviembre.

⁴³⁸ “la inaplicación para la que se solicita la decisión o laudo arbitral no se permite en bloque sobre todo el convenio colectivo; está sometida a restricciones materiales, pues únicamente se habilita para las concretas materias delimitadas en el artículo 82.3 ET: en concreto, jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones; y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Por tanto, la limitación que experimenta la fuerza vinculante del convenio no alcanza a todas las condiciones de trabajo o materias pactadas en el convenio colectivo, sino que, por el contrario, se ciñe estrictamente a las tasadas por el precepto legal; puede observarse que, por su objeto, dichas condiciones laborales o materias seleccionadas por el legislador se encuentran directamente ligadas a las causas que motivan la inaplicación y, en definitiva, a la finalidad de defensa de la productividad de la empresa y sus consecuencias sobre el mantenimiento del empleo”.

⁴³⁹ “La regulación contenida en el art. 82.3 LET constituye, pues, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET; en su virtud es posible pretender tanto la inaplicación de un convenio de empresa como la de un convenio sectorial. La norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima; pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio,

que “la norma responde a una finalidad constitucionalmente legítima; pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurran en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (artículo 40.1 CE)”. Y continúa diciendo que “resulta constitucionalmente justificada...la propia medida de inaplicación del convenio colectivo en las materias tasadas”. La imposición por ministerio de la Ley de “la adopción de un mecanismo legal que permita la adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de productividad, competitividad y viabilidad empresariales que sobrevengan, ante el riesgo de que el mantenimiento de las condiciones laborales pactadas pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa, afectando a los puestos de trabajo y, consiguientemente, al gasto público por desempleo”, debe ser considerado como presupuesto constitucional del mantenimiento de la empresa.

La inaplicación de condiciones de trabajo previstas por el legislador, tiene como fin facilitar la viabilidad de la empresa y limitar en lo posible la opción empresarial de extinguir los contratos de trabajo, “constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (artículo 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España”. Declara la sentencia que la medida es razonable y proporcionada, tendente a preservar los bienes constitucionalmente protegidos (derecho al trabajo, a la libertad de empresa en una economía de mercado y la realización de una política por los poderes públicos orientada al pleno empleo), entre otras cosas por estar sujeta a límites causales (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)⁴⁴⁰.

Admitido como constitucional la posibilidad legal de articular un procedimiento de inaplicación del convenio colectivo, se ve necesario resolver de manera acertada la falta de acuerdo entre empresa y trabajadores, dentro de las medidas de flexibilidad interna, instituidas para hacer frente a una situación de dificultad económica o necesidad de adaptación, con la doble finalidad de la defensa de la productividad y en evitación de

ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (artículo 40 CE)”.

⁴⁴⁰ “La aplicación de la medida controvertida requiere, por tanto, la presencia de las circunstancias justificativas indicadas, todas ellas estrechamente vinculadas a la viabilidad y competitividad de la entidad empresarial. Consecuencia adicional de ello es que, en los convenios colectivos sectoriales, desde la perspectiva de su eficacia personal, la inaplicación que en su caso decida la CCNCC u órgano autonómico correspondiente queda exclusivamente limitada a las empresas concretas en que, individualmente, existan tales causas y haya mediado la correspondiente solicitud; se mantiene inalterada la fuerza vinculante del convenio en el resto de empresas que queden dentro de su ámbito de aplicación. Por lo demás, la posterior regulación reglamentaria ha dispuesto que la decisión de la CCNCC o el laudo arbitral deberán emitir su criterio sobre la concurrencia o no de estas causas justificativas; en caso de no apreciarlas, así se declarará, no procediendo la inaplicación. Por el contrario, cuando se aprecie su presencia, habrá de pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación, previa valoración de su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados; como fruto de esta ponderación, se podrá aceptar la solicitud de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad (artículos 22 y 24 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC)”.

extinciones de los contratos de trabajo, dada la descomunal tasa de desempleo. Lo que ha sido bendecido también por el TC cuando se refiere a los “intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, los que permiten concluir que la intervención decisoria o arbitral diseñada en el artículo 82.3 ET, goza de justificación legítima”.

El TC ha analizado la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas discutidas recogidas en el artículo 82.3 ET⁴⁴¹, para lo que analiza su régimen jurídico en lo concerniente a los límites, circunstancias y garantías del descuelgue del convenio colectivo. Se dilucida ahora el objeto de la intervención de la CCNCC⁴⁴² con decisión directa o mediante procedimiento arbitral sobre el descuelgue de las condiciones de

⁴⁴¹ El TC ha razonado la constitucionalidad del descuelgue y la intervención de la CCNCC de manera muy gráfica en el siguiente párrafo y con el siguiente argumento: “Este Tribunal considera que la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos prevista por el artículo 82.3 ET resulta constitucionalmente justificada, como la propia medida de inaplicación del convenio colectivo en las materias tasadas; dispone, como presupuesto del mantenimiento de la empresa, la adopción de un mecanismo legal que permita la adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de productividad, competitividad y viabilidad empresariales que sobrevengan, ante el riesgo de que el mantenimiento de las condiciones laborales pactadas pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa, afectando a los puestos de trabajo, y consiguientemente al gasto público por desempleo. Sin perjuicio de resultar válida para los convenios de empresa, esta justificación adquiere especial relevancia en el ámbito de los convenios sectoriales; dada la eficacia personal general que, como opción legislativa, atribuye nuestro ordenamiento a los convenios estatutarios (artículo 82.3 ET), las condiciones de trabajo en ellos estipuladas obligarán a todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, pese a no haber participado directamente en su negociación y con independencia de sus circunstancias. De este modo, con el fin de ajustar las condiciones de trabajo a su propia realidad, el precepto cuestionado proporciona a estas empresas un mecanismo de flexibilidad interna, que en buena parte de los países europeos se obtiene mediante la atribución a los convenios colectivos de eficacia personal limitada —esto es, restringiendo en principio su aplicación sólo a los empresarios y trabajadores representados por los sujetos signatarios—, en claro contraste con la ya comentada eficacia personal general o *erga omnes* que, como peculiaridad, el legislador español ha decidido asignar a los convenios colectivos estatutarios y de la que este Tribunal ya ha dado cuenta en pronunciamientos previos (por todas, STC 73/1984, de 27 de junio, FJ 2)”.

⁴⁴² En relación con la naturaleza y características de la CCNCC, que lleva a cabo la intervención decisoria o arbitral de inaplicación, la sentencia razona su intervención así: “Se trata de un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pero de composición tripartita y paritaria, estando formado por representantes de la Administración general del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas... Por su naturaleza, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos constituye un órgano que no se encuentra incorporado en la estructura jerárquica del citado Ministerio y, conforme a la regulación reglamentaria, ejerce sus competencias “con independencia y autonomía funcional plenas” (art. 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y art. 2 del Real Decreto 1362/2012)... y por más que el voto de los representantes de la Administración pública pueda resultar determinante en los supuestos en que las posiciones de los representantes de los empresarios y los trabajadores estén enfrentadas, la posición de la Administración pública nunca tendrá alcance decisorio por sí sola; siempre será necesario el apoyo de parte de los representantes de los agentes sociales en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para adoptar la decisión que proceda. Por otra parte, ningún motivo hay para presumir que el voto de los representantes de la Administración pública vaya a ser favorable a la inaplicación del convenio, como no dejan de poner de relieve los resultados hasta el momento producidos. La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 CE), que evidentemente no están sólo integrados por la defensa de la productividad y la libertad de empresa (artículo 38 CE), sino también por el respeto a los demás derechos, bienes y principios constitucionales, como el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1), el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), o la realización de una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE). Debe ser la ponderación de todos estos elementos la que, en cada caso y en atención a las circunstancias concurrentes, determine su decisión.

trabajo previstas en un convenio colectivo, siempre previa solicitud de parte, considerando la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que deben ser acreditadas y conectadas con la viabilidad y competitividad de la empresa. Hay que advertir que la limitación de la fuerza vinculante del convenio no alcanza a todas las condiciones de trabajo o materias pactadas en el convenio. Sólo quedarán afectadas por el descuelgue las tasadas por el precepto legal y ligadas a las causas que motivan la inaplicación.

La resolución a la que llegue la CCNCC⁴⁴³, que podrá aceptar la solicitud en su integridad, en parte, o rechazándola sin más. Sobre la base de que la inaplicación de condiciones decidida por la CCNCC, quedará exclusivamente limitada a la empresa concreta que incoa en su momento el procedimiento invocando la existencia de las causas, siguiendo siendo de aplicación en sus propios términos, el resto del contenido del convenio colectivo para la propia empresa y para el caso de otras empresas incluidas en su ámbito de aplicación, garantizándose la aplicación íntegra del convenio colectivo. Además, la decisión o laudo arbitral de inaplicación tiene una eficacia temporal limitada, decayendo ante la aplicación de un nuevo convenio colectivo aplicable en la empresa⁴⁴⁴.

Es importante subrayar el carácter subsidiario⁴⁴⁵ y excepcional de la decisión o laudo de inaplicación formalizado por la CCNCC, que solo será posible cuando fracasan

⁴⁴³ La declaración de razonabilidad y proporcionalidad de la medida relacionada con la intervención de la CCNCC, con la adopción de decisiones relacionadas con los procedimientos ante ella planteado en los casos de controversias por los desacuerdos habidos en los periodos de consultas en supuestos de descuelgue, ha sido dispuesta por el constitucional con la siguiente argumentación: “Para efectuar este enjuiciamiento es necesario atender al régimen jurídico que acompaña la cuestionada decisión o arbitraje del artículo 82.3 ET, cuyo análisis permite apreciar los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada su aplicación.

⁴⁴⁴ “La eventual inaplicación del convenio colectivo resultante de la intervención decisoria o arbitral se halla también sujeta a límites temporales. Como ya hemos avanzado, el artículo 82.3 LET atribuye a la decisión de la Comisión la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas, respecto a los que se indica que su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada. Establecido este tope, la normativa reglamentaria ha precisado que la decisión o laudo arbitral determinarán la específica duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo (artículos 22 y 24 del Real Decreto 1362/2012). La decisión arbitral de inaplicación tiene, pues, una eficacia temporal limitada, cediendo en todo caso ante un nuevo fruto de la autonomía colectiva aplicable en la empresa”.

⁴⁴⁵ “El carácter subsidiario con que la inaplicación del convenio por decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (o de los órganos autonómicos correspondientes, en su caso) se contempla por el artículo 82.3 ET; sólo se admite para el supuesto de que fracasen los sucesivos cauces que con carácter previo y preceptivo deben seguir el empresario y los representantes de los trabajadores para resolver la discrepancia por ellos mismos o por los medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva. Del régimen jurídico establecido en el citado precepto, en la redacción dada al mismo por el art. 14.1 de la Ley 3/2012, resulta que sólo permite que se pueda proceder a la inaplicación del convenio “por acuerdo” entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio de empresa (o en ausencia de éstos, una comisión designada por los propios trabajadores conforme al artículo 41.4 ET), previo desarrollo de un período de consultas entre ellos de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas y la posibilidad de evitar o reducir los efectos y consecuencias sobre los trabajadores afectados y en que ambas partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución del acuerdo. En caso de no alcanzarse acuerdo en el período de consultas, cualquiera de las partes podrá entonces someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio ... De no haberse solicitado la intervención de la comisión del convenio o si ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, a fin de solventar de manera efectiva las discrepancias,

los correspondientes procedimientos previos y preceptivos que se imponen a las partes contendientes, el empresario o los representantes de los trabajadores, para la solución de los desacuerdos por las mismas partes, aplicando los procedimientos de solución extra judicial convencionalmente dispuestos. El TC manifiesta en la sentencia que se otorga preferencia inicial a la autonomía colectiva para la resolución del conflicto, de tal modo que el sometimiento de la controversia a la intervención decisoria o arbitral de la CCNCC, es calificada como opción de último recurso. Es decir, las partes no han sido capaces de llegar a acuerdos, mediante mecanismos de solución directo instituido por ellas mismas, ni tampoco mediante el sometimiento de las partes a los mecanismos de solución extra judicial auspiciados por la negociación colectiva.

En lo concerniente con el órgano en sí, esto es, con la CCNCC⁴⁴⁶ u órgano autonómico similar, es importante hacer mención de su naturaleza y características: su composición tripartita y paritaria, por lo que la posición de los representantes de la

incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante. Finalmente, sólo cuando no fueran aplicables los anteriores procedimientos o éstos no hubieran resuelto la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, en su caso)".⁴⁴⁶ "La naturaleza y características del órgano encargado de llevar a cabo la intervención decisoria o arbitral de inaplicación. Sin perjuicio de la actuación de los órganos autonómicos cuando resulten competentes, esta función se asigna a la CCNCC. Se trata de un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pero de composición tripartita y paritaria, estando formado por representantes de la Administración general del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas (disposición final segunda ET); puede adoptar la decisión en su propio seno o por un árbitro designado al efecto "con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad". Por su naturaleza, la CCNCC constituye un órgano que no se encuentra incorporado en la estructura jerárquica del citado Ministerio y, conforme a la regulación reglamentaria, ejerce sus competencias "con independencia y autonomía funcional plenas" (artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y artículo 2 del Real Decreto 1362/2012). Según la normativa reglamentaria de desarrollo, los acuerdos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el supuesto del art. 82.3 ET se adoptarán "preferentemente por consenso" y subsidiariamente, de no ser posible, por mayoría absoluta de los miembros de la comisión permanente o, en su caso, del pleno (artículos 8.3 y 16 del Real Decreto 1362/2012). En consecuencia, por más que el voto de los representantes de la Administración pública pueda resultar determinante en los supuestos en que las posiciones de los representantes de los empresarios y los trabajadores estén enfrentadas, la posición de la Administración pública nunca tendrá alcance decisorio por sí sola; siempre será necesario el apoyo de parte de los representantes de los agentes sociales en la CCNCC para adoptar la decisión que proceda. Por otra parte, ningún motivo hay para presumir que el voto de los representantes de la Administración pública vaya a ser favorable a la inaplicación del convenio, como no dejan de poner de relieve los resultados hasta el momento producidos. La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 CE), que evidentemente no están sólo integrados por la defensa de la productividad y la libertad de empresa (artículo 38 CE), sino también por el respeto a los demás derechos, bienes y principios constitucionales, como el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1), el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), o la realización de una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE). Debe ser la ponderación de todos estos elementos la que, en cada caso y en atención a las circunstancias concurrentes, determine su decisión. En suma, la regulación contenida en el párrafo octavo del artículo 82.3 ET (en la redacción dada por el artículo 14.1 de la Ley 3/2012) permite constatar que la intervención decisoria se asigna a un órgano en el que, junto a la representación de la Administración, tienen también presencia representantes de los trabajadores y de los empresarios, habiendo establecido la normativa mecanismos dirigidos a garantizar que la decisión de la CCNCC (o el laudo del árbitro que se designe, en su caso) resulte independiente e imparcial. Además, las consideraciones realizadas reflejan que, aparte de que la CCNCC interviene sólo cuando fracasa la negociación colectiva, la negociación sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio no cesa, sino que continúa en el seno de la propia CCNCC que debe buscar el consenso entre sus miembros (artículos 8.3 y 16 del Real Decreto 1362/2012)".

Administración Pública es minoritaria. La toma de acuerdos exige para el caso de que no haya consenso, el voto mayoritario de sus miembros. El ejercicio de sus funciones se realizará con independencia y autonomía funcional plenas respecto del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Las decisiones de la CCNCC o el laudo arbitral que se dicte en su caso, están sometida a posible impugnación judicial⁴⁴⁷.

El TC que ha efectuado el análisis de lo manifestado hasta ahora, en los anteriores párrafos inmediatos de la sentencia en liza, entendió que “el precepto legal impugnado contempla una medida razonable que supera las requeridas exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los artículos 35.1, 38 y 40.1 CE”, considerando el “conjunto de restricciones y garantías a que queda sujeta y que, consiguientemente, moderan la limitación del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios”.

El motivo del recurso de inconstitucionalidad relacionado con la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE, se basa en que supuestamente se establecen restricciones al control judicial de la decisión de la CCNCC, al señalarse unos motivos tasados de impugnación, entre los que no se incluye el análisis de la concurrencia del hecho causal determinante del descuelgue del convenio o la debida valoración de la pertinencia de la modificación de condiciones de trabajo, con el fin perseguido por el descuelgue. Llevando la cuestión al ámbito procesal, vemos como la decisión directa del órgano o laudo de inaplicación “tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET”⁴⁴⁸. Éste menciona que “estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. 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”⁴⁴⁹. Además, la impugnación conforme a la modalidad procesal prevista para los convenios colectivos, supone también la posibilidad de impugnación judicial cuando se entienda que la decisión o laudo arbitral “conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros”⁴⁵⁰. A colación con lo expuesto resuelve el TC afirmando “que el art. 82.3, párrafo octavo ET, somete expresamente la decisión arbitral de la CCNCC o del órgano autonómico correspondiente, a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales, sino que se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa”. Debe ser

⁴⁴⁷ Una “garantía final” consiste en que “la decisión de la CCNCC o el laudo arbitral están sometidos a posible control judicial”.

⁴⁴⁸ Artículo 82.3 ET.

⁴⁴⁹ Artículo 91.2, segundo párrafo ET.

⁴⁵⁰ artículo 163.1 LRJS.

“interpretado el precepto en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la CCNCC u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas, hemos de descartar que el párrafo octavo del art. 82.3 ET, en la redacción dada por el art. 14.1 Ley 3/2012, resulte contrario al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE”.

La solución interpretativa del TC sobre el artículo 14.1 Ley 3/2012, que lleva a considerarlo constitucional⁴⁵¹, se debe a la naturaleza de los conflictos económicos o de intereses, que sólo pueden ser resueltos en vía extrajudicial⁴⁵², “aunque también han estado presentes aspectos jurídicos relevantes, como los presupuestos de aplicación de la intervención de la CCNCC, como también los elementos relativos a la adopción y contenido de la decisión directa o laudo arbitral, cuya emisión por la CCNCC o árbitro designado, tiene su origen en la iniciativa de cualquiera de las partes, sin exigirse el mutuo acuerdo de ambas”. Consecuencia de ello, el TC ha tenido en cuenta que el control judicial de las decisiones de la CCNCC o del laudo arbitral, “no se limita a aspectos externos o procedimentales”, sino que “se extienden también a aspectos de fondo (de posible ilegalidad) del asunto objeto de la decisión o arbitraje”, también “el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas”

La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012 en lo concerniente al procedimiento de inaplicación es manifiesta por las razones aludidas. Sin embargo, un amplio espectro político del Congreso de los Diputados, entendió lo contrario y presentó el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Además de ello, parte de la doctrina muestran su disconformidad, alegando entre otras cosas las razones expuestas al respecto por el Comité de libertad sindical de la OIT y el Comité Europeo de Derechos Sociales. También apoyan la postura en el sentido del voto particular que tuvo la sentencia 119/2014, a la que se adhirieron otros tres magistrados. De manera sintética, las críticas a la intervención del TC relacionada con la reforma laboral de 2012, pueden reconducirse a dos puntos: el primero se refiere al canon de constitucionalidad, o sea, la garantía del contenido esencial, sobre la que el voto particular de Valdés Dal-Ré concentra parte de su atención. Todo indica que la sentencia se decanta por limitarse fundamentalmente al juicio de proporcionalidad, que se ha convertido desde hace más de veinte años en el canon de constitucionalidad de las leyes y de otras intervenciones restrictivas de los poderes públicos, incluso particulares⁴⁵³. En segundo lugar, la crítica se centra en el propio juicio de proporcionalidad, por haber entendido algunos que los juicios de idoneidad o adecuación, así como el de necesidad quedan realmente oscuros y confusos en el examen y análisis que la sentencia realiza al artículo 82.3 ET. Además, el

⁴⁵¹ El arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, cuando el mismo es susceptible del control judicial, que no se restringe a un juicio externo, sino dicho control también queda circunscrito al fondo de la cuestión en que consiste la decisión arbitral. A sensu contrario, se ha declarado inconstitucional por STC 75/1996, de 30 de abril, el arbitraje obligatorio cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral.

⁴⁵² STC 208/1993, de 28 de junio.

⁴⁵³ Vivero Serrano J.B. El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos. Tirant lo Blanch, Valencia 2015. Páginas 74 y 75.

juicio de proporcionalidad “stricto sensu”, ha sido despachado en una sola frase, como sí la ponderación en lugar de conducir a un determinado resultado, fuese la manera de presentar formalmente un resultado decidido de antemano⁴⁵⁴.

15.7.5.3. El procedimiento ante la CCNCC.

El sometimiento a la intervención de la CCNCC no es exigida por la Ley. Por lo que hay que concluir que es voluntaria. Sólo que sí una de las partes decide poner en manos de la CCNCC el desacuerdo, se convierte en obligatoria. Es decir, no se exige en acuerdo de las partes para someterse. Sí así fuere, el revuelo suscitado con sus intervención y forma de proceder, no existirían en la práctica.

La Disposición Final Segunda. 2 ET (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), dispone que “reglamentariamente se establecerá la composición y organización de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, así como sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo para el desarrollo de las funciones de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”. Ha dado cumplimiento al mandato recogido en la Disposición transcrita, el RD 1362/2012, 27 de diciembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la CCNCC.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud de parte interesada. Solicitud que deberá ser presentada por vía electrónica en la sede electrónica del Ministerio de Empleo.

La solicitud deberá indicar el motivo de la discrepancia existente, que imposibilitó el acuerdo en el período de consultas. Además, se expondrá de manera concreta, clara y exacta la pretensión pretendida con el descuelgue. Ello conlleva determinar fehacientemente las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su período de aplicación. Amén de ello, se acompañará a la solicitud, de toda la documentación recogida en el artículo 20 RD 1362/2012⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Vivero Serrano J.B. El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos. Tirant lo Blanch, Valencia 2015. Páginas 75 y 76.

⁴⁵⁵ Artículo 20 (Documentación). A la solicitud a que se refiere el artículo anterior, se acompañará la siguiente documentación presentada por vía electrónica:

- a) Identificación del solicitante, centros de trabajo afectados y dirección de correo electrónico.
- b) Identificación de los representantes de los trabajadores, incluyendo, en todo caso, nombre, DNI y dirección de correo electrónico a la que se les puedan efectuar comunicaciones.
- c) Acreditación de haberse desarrollado el periodo de consultas y, en su caso, actas de las reuniones celebradas y posición de la otra parte que da lugar a la discrepancia.
- d) En el supuesto de haber sometido la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo, acreditación de ello y, en su caso, pronunciamiento de la misma.
- e) En su caso, declaración de no ser aplicable a la parte que insta el procedimiento el Acuerdo Interprofesional de ámbito estatal para la solución efectiva de las discrepancias a que se refiere el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.
- f) En el caso de haber sometido la discrepancia al procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, acreditación de ello y, en su caso, resultado de la misma.
- g) Identificación del convenio colectivo vigente del que se pretenden inaplicar determinadas condiciones de trabajo, indicando su vigencia temporal.

Entre la documentación se incluirá también, sí es que la hubiera, la conformidad de las partes sobre el procedimiento para la solución de las discrepancias, que consistirán, bien en la intervención directa por la propia CCNCC, bien en la designación de un árbitro entre expertos imparciales e independientes. En caso de desacuerdo entre las partes entre las opciones resolutorias, será la CCNCC la que adopte el procedimiento a su juicio más conveniente, bien la intervención directa de la Comisión, bien la designación de un árbitro.

Cuando la decisión sea adoptada en el seno de la Comisión, esta será motivada y resolverá sobre las condiciones sobre el descuelgue de las condiciones previstas en el convenio colectivo. Así mismo, deberá pronunciarse sobre la concurrencia de las causas alegadas. Sí las causas alegadas no concurren porque no son acreditadas por quien las invoca, deberá ser declarado en la decisión, cuyo efecto inmediato es la improcedencia de la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo.

Apreciada la concurrencia de la causa alegada y acreditada, la CCNCC deberá decidir sobre la pretensión de descuelgue de las condiciones de trabajo, considerando su adecuación en relación con la causa alegada y teniendo en cuenta sus efectos sobre los trabajadores afectados por la inaplicación de las condiciones de trabajo. La decisión adoptada por la comisión en este caso, podrá aceptar la pretensión inaplicatoria en sus propios términos, proponer una inaplicación diferenciada de la pretensión, asumiendo la decisión un descuelgue sujeto a distintos grados de intensidad. También podrá rechazar la pretensión, declarando no procedente la inaplicación de condiciones de trabajo.

La decisión de la Comisión deberá indicar el período temporal de la inaplicación de las condiciones de trabajo.

h) Documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A tales efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos, 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.

i) Relaciones pormenorizadas de las condiciones de trabajo del convenio colectivo que se pretenden inaplicar y su incardinación entre las materias previstas en las letras a) a g) del párrafo segundo del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, detallando las nuevas condiciones del trabajo que se quieren aplicar y el período durante el cual se pretenden establecer.

j) Acreditación de haber entregado a la otra parte de la discrepancia copia de la solicitud presentada a la Comisión, junto con la documentación establecida en este artículo.

k) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor. Cuando afecte a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma.

l) Conformidad, en su caso, de las partes de la discrepancia sobre el procedimiento para la solución de la misma de entre los establecidos en el artículo 16.3 y, de haber optado por la designación de un árbitro, conformidad, en su caso, sobre su nombramiento.

m) Información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora, especificando si son representación unitaria o representación elegida conforme al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

La decisión debe formalizarse en un plazo no superior a veinticinco días, a contar desde la fecha de la solicitud. Ésta será vinculante para las partes de la controversia y será inmediatamente ejecutiva⁴⁵⁶.

Para el caso en el que el desacuerdo de las partes se resuelva por un árbitro, será preferentemente nombrado el que lo sea de mutuo acuerdo de las partes. Sí no hay conformidad en la designación arbitral, se está al procedimiento dispuesto sobre designación de árbitros⁴⁵⁷. Puesto en marcha dicho procedimiento, sí no fuera posible la designación de un árbitro, entonces la decisión se tomará en el seno de la Comisión.

Sí ha sido designado el árbitro, se le traslada por la Comisión la solicitud presentada por la parte interesada y la documentación que la acompaña. El árbitro podrá requerir la comparecencia de las partes o en su caso documentación complementaria o ambas cosas⁴⁵⁸. Contará el árbitro para resolver del plazo concedido por la Comisión, que en ningún caso será superior a veinticinco días, a contar desde el del sometimiento de la discrepancia a la Comisión. El laudo arbitral deberá ser motivado, debiéndose pronunciar en primer lugar sobre la concurrencia o no de la causa o causas que se invoquen, que justificaran o no el descuelgue de las condiciones de trabajo⁴⁵⁹. Apreciada por el árbitro la causa, éste deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación, de tal forma que llevará a cabo el necesario juicio de adecuación de la causa a la pretensión de inaplicación, así como los efectos sobre los trabajadores. El laudo podrá aceptar la pretensión inaplicatoria en sus propios términos, proponer una inaplicación diferenciada de la pretensión, asumiendo la decisión un descuelgue sujeto a distintos grados de intensidad. También podrá rechazar la pretensión, declarando no procedente la inaplicación de condiciones de trabajo. También, el laudo deberá indicar el período temporal de la inaplicación de las condiciones de trabajo. El laudo será vinculante para las partes de la controversia y será inmediatamente ejecutivo. Con carácter inmediato será comunicado por el árbitro a la Comisión el contenido del laudo y por ésta a las partes.

15.7.5.4. Comunicaciones y depósitos de las decisiones de la CCNCC.

Existe la obligación de notificar a la Autoridad laboral, los acuerdos de descuelgue o de inaplicación de condiciones laborales convencionalmente dispuestas, a los meros efectos de depósitos⁴⁶⁰. La solicitud de depósito de los instrumentos utilizados para el descuelgue, cuando se haya hecho efectivo, deberán incluir el texto del acuerdo, decisión o laudo alcanzado a cuyo través. Esa obligación de depósito se extiende a su vez a los laudos arbitrales y decisiones de la CCNCC sobre descuelgue de condiciones de trabajo, así como los conseguidos en el seno de la comisión paritaria del convenio

⁴⁵⁶ Artículo 22 RD 1362/2012.

⁴⁵⁷ Artículo 23 RD 1362/2012.

⁴⁵⁸ Artículo 24 RD 1362/2012.

⁴⁵⁹ Artículo 24.3 RD 1362/2012.

⁴⁶⁰ Disposición Adicional Cuarta RD 713/2010, añadida por el RD 1362/2012, que regula la CCNCC.

colectivo⁴⁶¹. Lógicamente, la obligación de comunicación se materializa cuando el resultado de los instrumentos de intervención de solución de conflictos, finalicen con el descuelgue de las condiciones de trabajo. Con la única excepción de haber quedado integrado dicho procedimiento de descuelgue, en un procedimiento de despido colectivo, cuando el descuelgue se plantea como medida de acompañamiento, debiéndose en este caso a la finalización del período de consultas, comunicar por el empresario a la autoridad laboral el resultado del mismo⁴⁶².

Queda excluido el registro y también la publicación en el boletín correspondiente, que no obstante sí se exige la publicación, cuando de lo que se trata es de acuerdos parciales, para la modificación de parte del contenido del convenio colectivo, prorrogado y en trámite de renegociación, referidos en el artículo 86 ET⁴⁶³.

15.8. La impugnación jurisdiccional del descuelgue del convenio colectivo.

15.8.1. Los motivos de impugnación y los sujetos legitimados.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas (económicas, productivas, organizativas o de producción), y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social, por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión⁴⁶⁴. Pero la cuestión a plantear a bote pronto, es sí sólo cabe plantear la impugnación, cuando concorra vicios del consentimiento en la formación del acuerdo o cuando se hayan adoptado en fraude de ley, o es posible la impugnación por otras razones. La respuesta es que efectivamente no se puede circunscribir la impugnación del acuerdo de inaplicación, a la exclusiva concurrencia de vicios de consentimiento o al fraude de ley en la conclusión del acuerdo. Veamos en consecuencia cuáles son los posibles motivos de impugnación el respecto.

15.8.1.1. La posible impugnación directa del acuerdo.

Cuando el objeto del debate se centra en las causas, de tal forma que existente el acuerdo, se presume la concurrencia de las causas invocadas en el procedimiento.

El contenido del artículo 82.3 ET, parece limitar las posibilidades de impugnación, en cuanto que se trata de una presunción legal que debe ser calificada “*iuris tantum*”, que dispensa al empresario de la prueba de la existencia de la causa. Se presumen ciertas las causas que se invoquen y acrediten y fundamente el acuerdo. Pero,

⁴⁶¹ Disposición Adicional Cuarta RD 713/2010, añadida por el RD 1362/2012.

⁴⁶² Artículo 12.1 RD 1483/2012.

⁴⁶³ Artículo 2.1. RD 713/2010, redacción dada por la Disposición Final Tercera RD 1362/2012.

⁴⁶⁴ Artículo 82.3 ET.

la certeza de la causa no se produce, cuando en la conclusión del acuerdo se aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si se apreciase fraude en la conclusión del acuerdo, se abre la posibilidad de impugnación del acuerdo, por concurrir algún vicio del consentimiento o bien porque se eluden las normas recogidas en la ley. Y ello tiene como consecuencia, que el acuerdo habido no está conectado a las causas como determina la presunción, dejando de existir el presupuesto exigido para el descuelgue.

La posibilidad de impugnar el acuerdo por incumplimiento del procedimiento, exige acreditar la concurrencia de fraude o en su caso abuso de derecho, lo que en el caso analizado, exige la conculcación de las normas referentes al período de consultas. Se deduce lo dicho, relacionando los artículos 41 y 82.3 ET. Sí nos vamos al régimen jurídico de la modalidad procesal de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el artículo 138 LJS declarará nulo el acuerdo, cuando haya sido adoptado en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al período de consultas. Por analogía, teniendo en cuenta el vínculo de unión entre el descuelgue y la modificación sustancial en el artículo 41.4 ET, las normas relativas sobre el período de consultas, son las mismas para ambos procedimientos, entendiendo que el efecto debe ser el mismo cuando se concluya el acuerdo mediando fraude de ley.

Hay que preguntarse ahora cual es la vía para formalizar la impugnación. La LJS ha limitado el ámbito de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos⁴⁶⁵, a los convenios colectivos estatutarios y a los laudos sustitutivos de ellos. La LJS ha ampliado el ámbito de la modalidad procesal de conflicto colectivo⁴⁶⁶, que incluye en su ámbito las demandas que afecten a un grupo genérico, susceptible de determinación individual y que se refieran a la aplicación e interpretación de los pactos o acuerdos de empresa, así como la impugnación directa de los convenios colectivos no comprendidos en el artículo 163 LJS⁴⁶⁷.

El problema subyace cuando consideramos que el acuerdo de inaplicación de condiciones, cumple una función reguladora de las nuevas condiciones de trabajo a aplicar en el ámbito de la empresa, lo que nos llevaría a pensar que su impugnación sería a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos. Podría defenderse esa vía, siempre que la fundamentación de la ilegalidad o la lesión grave de intereses de terceros, no se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación del acuerdo. Sin embargo y a pesar de la modalidad procesal ahora en liza de impugnación de convenios colectivos, la Autoridad laboral no se considera en ningún caso sujeto legitimado para la impugnación, a pesar de que el acuerdo de descuelgue es objeto de depósito, pero no de registro y publicación⁴⁶⁸. Por lo que la impugnación del acuerdo de

⁴⁶⁵ Artículos 163 a 165 LJS.

⁴⁶⁶ Artículos 153 y siguientes LJS.

⁴⁶⁷ Molina Navarrete, C. Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social. La Ley 2012. Página 291.

⁴⁶⁸ No es de aplicación al caso analizado la previsión contenida en el artículo 90.5 ET que dice que “si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes”.

descuelgue, utilizando la vía de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, deberá ser instada por los sujetos legitimados en el artículo 165 LJS⁴⁶⁹.

Ahora bien, sí el objeto de la impugnación del acuerdo se refiere a los vicios de consentimiento o fraude en la concurrencia de la causa que se invoca, como quiera que se trata de un conflicto de interés y no de la impugnación de una norma, el cauce procedimental adecuado es el del conflicto colectivo⁴⁷⁰. Siendo legitimados para promoverlo los sindicatos, cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto; los empresarios y órganos de representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior⁴⁷¹. Sin embargo, no estarán legitimadas las asociaciones de empresarios, a las que el artículo 154 LJS atribuye legitimación, si su ámbito de actuación coincide o es más amplio que el del conflicto lo que acontece en el caso de la impugnación del acuerdo de descuelgue, cuyo ámbito es la empresa o inferior, el centro de trabajo⁴⁷². Tampoco están legitimadas para la impugnación en estos casos, ni las comisiones constituidas “ex profeso”, en ausencia de representación legal de los trabajadores, ni los trabajadores directamente⁴⁷³, que sí lo estarán sin embargo, para interponer la correspondiente demanda utilizando para ello la vía del proceso ordinario⁴⁷⁴.

El cauce habitual de la impugnación de los acuerdos alcanzados en el período de consultas, es la modalidad procesal de conflicto colectivo, por quienes estén legitimados para ello en el artículo 154 LJS, cualquiera que sea el tamaño de la empresa y el número de trabajadores afectados. El ejercicio de la acción no está sometida al plazo de caducidad de 20 días hábiles, que rige en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino que hay que estar al plazo de prescripción de un año, a contar desde que los sujetos legitimados para impugnar, tuvieron conocimiento del acuerdo de descuelgue. La demanda se puede interponer no obstante mediando acuerdo como no, ya que ocurre en ocasiones, que la empresa decide inaplicar condiciones de trabajo convencionalmente establecidas, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, siguiendo el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo recogido en el artículo 41 ET y sin sujeción por lo tanto a las previsiones contenidas en el artículo 82.3 ET. Lo que no es posible por la remisión que el artículo 41.6 ET hace al artículo 82.3 ET, como conducto ineludible de modificación de condiciones de trabajo

⁴⁶⁹ La legitimación activa para impugnar el acuerdo, si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal. Si el motivo de la impugnación fuera la lesividad, a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado. No se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

Estarán pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio.

⁴⁷⁰ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 187.

⁴⁷¹ Artículo 154 LJS.

⁴⁷² Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 187.

⁴⁷³ Los trabajadores afectados por el descuelgue y por lo tanto, trabajadores a los que se les modifica sus condiciones de trabajo, no están legitimados para impugnar individualmente la medida, utilizando para ello la modalidad procesal de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Sin embargo, el trabajador podrá impugnar individualmente la medida con la finalidad de ser repuesto en sus anteriores condiciones, en el marco del proceso ordinario o en su caso utilizando otras vías como la de la extinción del contrato a instancia del trabajador, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 ET.

⁴⁷⁴ Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013. Página 187.

convencionalmente dispuestas⁴⁷⁵. Sin embargo, se ha desestimado la demanda de impugnación del acuerdo de descuelgue, aduciendo que no ha habido un auténtico proceso negociador, por haberse incardinado el mismo en el seno de un proceso de negociación colectiva, en el procedimiento de renovación de un convenio colectivo sectorial provincial, que había sido denunciado por finalización de su duración pactada y entre tanto, se acordó el descuelgue de ciertas condiciones de trabajo convencionalmente dispuestas, en el convenio que había sido denunciado, por los sujetos legitimados en el ámbito de la empresa, para acordar el descuelgue de condiciones, no pudiéndose probar que la comunicación de inicio del período de consultas, se llevara a efecto de manera concisa y con anterioridad a la firma del acuerdo, mediando el plazo de 15 días, si después de firmado el acuerdo, se procedió a comunicar formalmente el inicio del periodo de consultas , con firma de un nuevo acuerdo⁴⁷⁶.

15.8.1.2. Los demás supuestos de impugnación

A. La impugnación del acuerdo por motivos no relacionados con la concurrencia de las causas, sino cuando en la adopción del acuerdo se han incumplido requisitos procedimentales.

Bien incumpliendo los requisitos de legitimación de los sujetos intervinientes en el período de consultas y que concluyen el acuerdo, bien porque no se hayan respetado los plazos de duración del período establecido en la ley para el período de consultas.

B. La impugnación de la decisión adoptada por el empresario en aplicación del acuerdo.

Se plantea a este respecto el siguiente problema, consistente en que el artículo 82.3 ET no dispone de exigencia alguna, referida a la decisión empresarial, adoptada por el empresario a partir del acuerdo para materializar la inaplicación. Incluso, tampoco se requiere en el artículo 82.3 ET, un trámite de notificación a los trabajadores, si bien, estos deberán de tener constancia de las nuevas condiciones de trabajo⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ STSJ Las Palmas 30 de septiembre de 2013.

⁴⁷⁶ STSJ Castilla León 25 de septiembre de 2013.

⁴⁷⁷ Artículo 2.3, 3.2 y 4 RD 1659/1998, 24 de junio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

C. La impugnación de la aplicación del acuerdo por el empresario, cuando los trabajadores discrepan de la interpretación que del mismo hace el empresario.

En este caso se abre una doble vía, la de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en cuanto que afecta a un colectivo genérico susceptible de determinación individual⁴⁷⁸, y la impugnación por el trabajador individualmente considerado⁴⁷⁹.

Se analiza ahora la posibilidad de cuestionar los actos de aplicación del acuerdo de descuelgue, sin cuestionar el acuerdo en sí⁴⁸⁰.

D. La impugnación del acuerdo de descuelgue cuando el empresario incumpla las obligaciones dispuestas en el artículo 82.3 ET, consideradas graves.

Podría justificar entonces la solicitud del trabajador de dar por extinguido el contrato de trabajo, por invocación de la causa prevista en el artículo 50.1.c) ET⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Artículo 153.1 LJS.

⁴⁷⁹ Existe un paralelismo entre el descuelgue de condiciones de trabajo convencionalmente impuestas, recogida en el artículo 82.3 ET y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, recogidas en el artículo 41 ET, que a los efectos procesales, debe ser puesto en relación con el artículo 138 LJS, admite la impugnación de la decisión empresarial habiendo habido acuerdo y por supuesto sin acuerdo, ya que la decisión empresarial, es inmediatamente ejecutiva finalizado el período de consultas.

⁴⁸⁰ Se ha planteado la posibilidad de utilizar para ello, la vía del artículo 138 LJS, que regula la modalidad procesal de impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Suponiendo el descuelgue una modificación de condiciones, no existe sin embargo previsión legal alguna, que permita la impugnación de la decisión empresarial, en los casos referidos en el artículo 82.3 ET. Pero de lo que no hay dudas, es que el trabajador como tal, pueda oponerse a la aplicación que el empresario está haciendo en la ejecución del acuerdo de descuelgue en su caso sobre las preferencias atribuidas a determinados trabajadores. Sin embargo lo dicho, todo hace indicar que la vía del artículo 138 ET, no es la procedente para el caso de la aplicación de condiciones de trabajo durante la ejecución del acuerdo de descuelgue, ya que el artículo 138 ET parece limitar su objeto, a las decisiones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores en virtud de decisión unilateral del empresario, aunque no hayan seguido el procedimiento del artículo 41 ET. Se refiere este último caso a que la decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo haya sido adoptada a partir de procedimientos específicos que pueden establecerse en la negociación colectiva. A pesar de la ampliación del objeto de esta modalidad procesal por la Ley 36/2011, no alcanza a abrazar en su seno las modificaciones de condiciones convencionalmente dispuestas, conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET. Y en consecuencia hay que entender, que la impugnación por el trabajador individualmente afectado se llevará utilizando la vía del proceso ordinario. Sí la impugnación se plantea de forma colectiva, deberá acudir al procedimiento de conflicto colectivo, que suspenderá los procesos ordinarios individuales pendientes de resolución o que se planteen en el futuro, interrumpiéndose la prescripción de las acciones individuales (artículos 153 y 160 LJS).

⁴⁸¹ “Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados”.

E. La impugnación de los laudos arbitrales y de las decisiones directas adoptadas en el seno de la CCNCC.

Sean dictadas dentro del elenco de mecanismos de solución extra judicial convencionalmente dispuestos, bien lo sean las decisiones directas emitidas por la CCNCC, bien los laudos arbitrales emitidos a instancias de la CCNCC. Todos ellos serán impugnados a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos⁴⁸², teniendo en cuenta lo dispuesto al respecto en el artículo 91.2, segundo párrafo ET. Los sujetos legitimados para impugnar estos laudos o decisiones directamente adoptadas en el seno de la CCNCC⁴⁸³, son los mismos que los que lo están para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad, no encontrándose legitimados para ello, los delegados sindicales cuyos nombramientos no cumplen los requisitos previstos en el artículo 10 LOLS.

La decisión directa adoptada en el seno de la CCNCC a favor del descuelgue, no es posible por haberse considerado nula con posterioridad por sentencia judicial, cuando la empresa en el período de consultas del procedimiento de descuelgue, no formuló las concretas medidas de inaplicación de condiciones de trabajo en la mesa negociadora ante la representación de los trabajadores, sino que solo lo hizo cuando inició el correspondiente procedimiento ante la CCNCC. El tribunal entendió que se había producido una quiebra de la buena fe, que debe regir las negociaciones de este tipo de procedimiento durante el periodo de consultas, constituyendo la conducta empresarial un fraude de ley, ya que se pretendió que la CCNCC se pronunciase sobre una propuesta nueva, lo que excede lógicamente de las funciones encomendadas a la Comisión, que necesariamente circunscribe su actuación a las cuestiones y pretensiones debatidas con carácter previo en el período de consultas⁴⁸⁴.

F. La impugnación del acuerdo habido en conciliación y mediación⁴⁸⁵.

⁴⁸² Artículos 163 y siguientes LJS.

⁴⁸³ Hay que tener en cuenta que las decisiones adoptadas sustitutivas del acuerdo, a través de los mecanismos referidos de solución ante el desacuerdo en el periodo de consultas, tendrán la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas, siendo recurribles conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET.

⁴⁸⁴ SAN 19 de junio de 2013.

⁴⁸⁵ Cuando estos sean los mecanismos de solución elegidos, por venir impuestos en el convenio colectivo cuyas condiciones se pretenden modificar, a falta de regulación del procedimiento a seguir entre los mismos en el clausulado del convenio colectivo aplicable, habrá de estarse a los efectos del procedimiento a seguir, a las reglas generales, que en la actualidad vienen recogida en el ASAC V. Lo acordado con intervención de estos mecanismos de solución, tendrán la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo habido durante el periodo de consultas, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 ET, siendo de aplicación al efecto desde la perspectiva procesal los artículos 67 y 68 LJS.

Como medio de solución extra judicial convencionalmente impuesta o por decidirlo las partes legitimadas para la adopción del acuerdo. Los motivos de impugnación son los mismos que para la impugnación del convenio colectivo, esto es, ilegalidad, lesividad y vicios de consentimiento. El ejercicio de la acción para la impugnación de la resolución adoptada, será el general de prescripción de un año.

G. La impugnación de la decisión adoptada por la comisión paritaria, cuando la intervención de esta se ajusta a las previsiones contenidas en el artículo 82.3 ET.

A falta de regulación del procedimiento a seguir por la misma en el clausulado del convenio colectivo aplicable, habrá de estarse a los efectos del procedimiento aplicable, a las reglas generales, que en la actualidad vienen recogida en el ASAC V. Lo acordado con intervención de este mecanismo de solución, tendrán la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo habido durante el periodo de consultas. Solución distinta de la dispuesta en el artículo 91.1 ET, que otorga a la comisión paritaria en sus resoluciones sobre la aplicación e interpretación del convenio colectivo, la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos estatutarios. Pero, cuando la intervención de la comisión paritaria, es consecuencia del desacuerdo habido en el periodo de consultas del procedimiento de descuelgue, no se refiere por lo tanto a la aplicación del contenido del acuerdo de descuelgue, sino a la inexistencia de acuerdo para la inaplicación o descuelgue de condiciones de trabajo. De tal forma que la eficacia de la decisión de la comisión, será la contemplada en el artículo 82.3 ET, esto es, la misma que la del acuerdo de inaplicación y nunca la derivada del artículo 91.1 ET, para los casos de interpretación y aplicación.

Bibliografía.

Aradilla Marqués, J. La indisponibilidad del convenio colectivo y sus límites. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

Casa Bahamonde. ME. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencias de los convenios colectivos. Relaciones Laborales Nº 17 y 18. 1994.

- Castro Argüelles, M.A. Inaplicación o descuelgue del convenio colectivo. Civitas 2013.
- Cruces Aguilera, J; Lago Peñas, J.M; Moreno Preciado, R; Rocha Sánchez, F; Sanz Berzal, E. El impacto de la Reforma Laboral de 2012 en la Negociación Colectiva (2013-2015). CC.OO. Fundación 1º de mayo. Lefebvre El Derecho.
- Cruces Aguilera, J; Lago Peñas, J.M; Moreno Preciado, R; Rocha Sánchez, F; Sanz Berzal, E. El impacto de la Reforma Laboral de 2012 en la Negociación Colectiva (2013-2015). CC.OO. Fundación 1º de mayo. Lefebvre El Derecho.
- Cruz Villalón, J. La reforma laboral de 2010. Relaciones Laborales n^{os} 21 y 22, 2010.
- Del Rey Rodríguez; S. Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. TL, n^o 107, 2010.
- Escudero Rodríguez, R. Negociación colectiva en las Reformas laborales de 2010, 2011 y 2012. Cimca, 2013.
- Francisco J. Prados de Reyes, F.J. (coordinador) VV.AA. Reformas estructurales y Negociación Colectiva. XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2012.
- Franco, F., Pérez de los Cobos Orihuel, J.M., GOERLICH PESET, J.M. Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español. ACARL, Madrid, 1989.
- García Perrote, I., Mercader Uguina, J.R. (dirs). La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Lex Nova, 2010.
- García Perrote, I; Mercader Uguina, J.R. La Reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio). Lex Nova, 2011.
- García-Perrote Escartín, I. Manual de Derecho del Trabajo 4ª Edición. Editorial Tirant lo blanch. Valencia 2014.
- González del Rey Rodríguez, I. Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo. REDT, n^o 75, 1996.
- Guía de la negociación colectiva 2015. VV.AA. Ministerio de empleo y seguridad social; Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado.
- Llano Sánchez, M. La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010: puntos críticos. Actualidad laboral n^o 22, 2010.
- Martín Valverde A. Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo. VV. AA. (E. Borrajo Dacruz ed), Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Los convenios colectivos de trabajo: puntos críticos. EDERSA, Tomo XII, Volumen 2º, 2ª edición 1995.
- Molina Navarrete, C. Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social. La Ley 2012.
- Monereo Perez, J.L. El sistema de negociación colectiva en España. Aranzadi, 2014.

Monge Recalde, J.L. Técnicas de negociación colectiva: el decálogo del buen negociado. Fundación Confemetal, 2008.

Montoya Melgar, A. Derecho del trabajo (37ª edición). Tecnos, 2016.

Navarro Nieto, F. Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva. Temas Laborales, nº 107, 2010.

Rodríguez Fernández, M.L. La negociación colectiva europea. Consejo General del Poder Judicial - Centro Documentación, 2006.

Ruesga Benito, S. M. Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva. Ministerio de Asuntos Sociales, 2012.

Sala Franco. T. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Nº 58.

Solans Latre, M.A. El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos. MTAS, 2004.

Valdes Dal-RÉ, F. “La inaplicación de condiciones d trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, en J. Lahera Forteza (coord.), Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas. Cinca, Madrid, 2012.

Valdes Dal-RÉ, F. La negociación colectiva, entre tradición y renovación. Comares, 2016.

Vivero Serrano J.B. El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

Vivero Serrano, J.B. “La solución autónoma de determinados conflictos colectivos incompatibles con el paradigma de la empresa flexible”, en W. Sanguineti Raymond (coord.), Observatorio de la negociación colectiva. Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas de 2010, 2011 y 2012. Cinca-CC.OO, Madrid, 2013.

VV.AA. (presentación Blasco Pellicer, A). Guía de la negociación colectiva 2015. Ministerio de empleo y seguridad social; Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado.

Índice

Libro V	1
La negociación colectiva: el convenio colectivo y demás acuerdos colectivos	1
El convenio colectivo de empresa y el descuelgue: remedios ante la debilidad del modelo laboral español	1

1. Introducción: La modernización del mercado laboral pasa ineludiblemente por la determinación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa.	3
2. Concepto	5
3. La negociación colectiva como derecho constitucional.	6
4. La naturaleza jurídica del convenio colectivo: Convenio colectivo estatutario y convenio colectivo extra estatutario. Otros acuerdos colectivos.	7
4.1. Diferencias entre el convenio colectivo estatutario y el extra estatutario.	8
4.2. Los acuerdos de empresas y otros acuerdos colectivos.	10
5. El convenio colectivo extra estatutario.	12
5.1. Legitimados para negociar.	14
5.2. Control judicial.	14
6. La diferente tipología de la negociación colectiva estatutaria.	15
6.1. Acuerdos interprofesionales, convenios y acuerdos sobre materias concretas.	15
7. Legitimación para negociar el convenio colectivo estatutario.	17
7.1 Capacidad negociadora.	17
7.2. Legitimación convencional.	17
7.3. La triple legitimación en el convenio de empresa o de centro de trabajo.	18
7.3.1. Legitimación inicial.	18
7.3.2. Legitimación plena, que determina la validez constitución de la comisión negociadora.	19
7.3.3. La legitimación decisoria.	21
7.4. El convenio franja.	22
7.4.1. Legitimación inicial.	22
7.4.2. Legitimación plena.	22
7.4.3. Legitimación decisoria.	23
7.5. Convenios sectoriales.	23
7.5.1. Legitimación inicial.	23
7.5.2. Legitimación plena.	25
7.5.3. Legitimación decisoria.	26
7.6 Convenios de grupos de empresas.	27
7.6.1. Legitimación inicial.	27
7.6.2. Legitimación plena.	27
7.6.3. La legitimación decisoria.	28
7.7. Convenios de empresas contratistas y subcontratistas que prestan servicios para una empresa principal.	28
8. Procedimiento de negociación: normas sobre elaboración del convenio colectivo.	28
8.1. La determinación del ámbito del convenio colectivo.	30

8.2. Constitución y composición de la unidad negociadora.	31
8.3. La obligación legal de negociar de buena fe.	32
8.4. La adopción de acuerdos.	33
8.5. Las demás formalidades del convenio colectivo.	33
8.5.1 Contenido mínimo del convenio y los efectos de su omisión.	35
8.5.2. La presunción de legalidad del convenio y su publicación.	35
8.6. El contenido del convenio colectivo.	36
8.6.1. El principio de norma mínima: el respeto a la ley.	36
8.6.2. La determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, que tiene que coincidir con la real representación de las partes negociadoras.	39
8.6.3. El convenio colectivo no puede afectar a terceros ajenos al ámbito natural del convenio colectivo.	39
8.6.4. La prohibición de discriminación y las medidas de igualdad convencional por razón de género.	40
8.6.5. Clausulas normativas y clausulas obligacionales.	42
8.6.5.1. <i>Las clausulas normativas.</i>	42
8.6.5.2. <i>Las clausulas obligacionales.</i>	44
8.7. Las materias propias que integran su contenido: las llamadas materias laborales.	45
9. Vigencia y ultra actividad del convenio colectivo.	47
9.1 Vigencia del convenio colectivo.	48
9.2 Denuncia del convenio colectivo.	49
9.3 La ultra actividad del convenio colectivo.	49
9.4. La revisión parcial del convenio colectivo.	54
9.5. La sucesión de convenios colectivos.	55
10. La concurrencia de convenios colectivos.	55
11. Administración e interpretación del convenio colectivo.	59
11.1. La comisión paritaria.	59
11.2. Medios autónomos para resolver los conflictos de aplicación e interpretación del convenio colectivo.	61
12. El proceso de impugnación de convenios colectivos: el control de legalidad y de lesividad.	62
12.1. La impugnación de oficio por la autoridad laboral de los convenios colectivos estatutarios.	63
12.1.1. Las causas de la impugnación de oficio por la autoridad laboral: ilegalidad, lesividad e infracción del principio de igualdad.	64
12.1.2. La comunicación-demanda de oficio.	65
12.1.3. Las partes.	66

12.1.4 Procedimiento y su finalización.....	67
12.2 La impugnación directa del convenio colectivo por los trámites de la modalidad procesal de conflicto colectivo.	67
12.2.2. Sujetos legitimados.....	68
12.2.2.1. <i>Legitimación activa.</i>	68
12.2.2.2. <i>Legitimación pasiva.</i>	70
12.3. Procedimiento y su finalización.....	70
13. Adhesión y extensión de convenios colectivos.....	72
13.1. Adhesión de convenios colectivos.....	72
13.2. Extensión de los convenios colectivos.	73
14. La regulación administrativa de las condiciones de trabajo.	76
15. La inaplicación o el descuelgue del convenio colectivo. Especiales relaciones con el convenio de empresa y su prioridad aplicativa.....	78
15.1. Introducción.....	78
15.2. La configuración legal del descuelgue.	82
15.3. Un instrumento más de la flexibilización de la negociación colectiva y por ende de las relaciones laborales.....	82
15.4. Del origen convencional del descuelgue salarial al descuelgue legal de ciertas condiciones de trabajo impuestas convencionalmente.....	86
15.4.1 Antecedentes.	86
15.4.1.1. <i>Desde el ET en su redacción originaria de 1980, hasta la reforma introducida por la Ley 11/1994, con efectos hasta el año 2010.</i>	86
15.4.1.2. <i>La ley 35/2010 y la breve incursión del RD-Ley 10/2010.</i>	88
15.4.1.3. <i>El RD-Ley 7/2011, de reforma de la negociación colectiva.</i>	91
15.4.2. El descuelgue y la Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo: situación actual.	92
15.5 Las distintas funcionalidades del descuelgue.....	93
15.5.1 Como modificación de condiciones de trabajo convencionalmente establecidas.	93
15.5.2. Las causas y las materias susceptibles de descuelgue: el presupuesto legal habilitante.	94
15.5.3. Procedimiento de descuelgue.....	98
15.5.4. El contenido del acuerdo.....	106
15.5.5. La duración de los acuerdos de descuelgue y su renovación.	107
15.6. El descuelgue y los Acuerdos interprofesionales: las posibilidades atribuibles a la negociación colectiva en materia de descuelgue en la actualidad.	109
15.7. Los medios de solución extrajudicial en materia de inaplicación de convenios colectivos.	110
15.7.1. Los medios pactados de solución de conflictos.	110

15.7.2. Intervención de la comisión paritaria.....	112
15.7.3. Los procedimientos de solución convencionalmente aplicables.	114
15.7.4. Los diferentes procedimientos de arbitrajes.....	115
15.7.5. El procedimiento obligatorio de solución: intervención directa de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el arbitraje propuesta por esta.	118
15.7.5.1 <i>Un largo camino iniciado en 1994 hasta hoy.</i>	118
15.7.5.2. <i>Análisis de la constitucionalidad de la las resoluciones de la CCNCC: directas y las controversias sujetas a arbitraje.</i>	120
15.7.5.3. <i>El procedimiento ante la CCNCC.</i>	130
15.7.5.4. <i>Comunicaciones y depósitos de las decisiones de la CCNCC.</i>	132
15.8. La impugnación jurisdiccional del descuelgue del convenio colectivo.	133
15.8.1. Los motivos de impugnación y los sujetos legitimados.	133
15.8.1.1. <i>La posible impugnación directa del acuerdo.</i>	133
15.8.1.2. <i>Los demás supuestos de impugnación</i>	136
A. <i>La impugnación del acuerdo por motivos no relacionados con la concurrencia de las causas, sino cuando en la adopción del acuerdo se han incumplido requisitos procedimentales.</i>	136
B. <i>La impugnación de la decisión adoptada por el empresario en aplicación del acuerdo.</i>	136
C. <i>La impugnación de la aplicación del acuerdo por el empresario, cuando los trabajadores discrepan de la interpretación que del mismo hace el empresario.</i>	137
D. <i>La impugnación del acuerdo de descuelgue cuando el empresario incumpla las obligaciones dispuestas en el artículo 82.3 ET, consideradas graves.</i>	137
E. <i>La impugnación de los laudos arbitrales y de las decisiones directas adoptadas en el seno de la CCNCC.</i>	138
F. <i>La impugnación del acuerdo habido en conciliación y mediación.</i>	138
G. <i>La impugnación de la decisión adoptada por la comisión paritaria, cuando la intervención de esta se ajusta a las previsiones contenidas en el artículo 82.3 ET.</i>	139
Bibliografía.	139

