

LA OPCIÓN DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL RÉGIMEN SALARIAL. NOVEDADES Y REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN ESPAÑA*

THE OPTION OF SUBSTANTIALLY MODIFYING THE SALARY SYSTEM. NEW ELEMENTS AND REFLECTIONS ON THE LATEST REFORMS IN SPAIN

Fernando MORENO DE VEGA Y LOMO**

RESUMEN: El presente trabajo aborda los aspectos básicos del régimen de descuelgue salarial en el ordenamiento español. Tal prerrogativa posibilita a ciertas empresas en crisis dejar de aplicar temporalmente las tablas retributivas previstas en convenio colectivo, circunstancia que puede perjudicar o beneficiar a los trabajadores, dependiendo de la óptica con que se quiera mirar. Esta temática ha sido recientemente reformada en su tratamiento legislativo (2010 y 2012), con lo que cabe justificar un estudio comparativo que, además, permita comprobar una evolución de sus opciones como medida de flexibilidad interna de las propias empresas.

Palabras clave: fuentes de la relación laboral, negociación colectiva estatutaria, contenido mínimo, eficacia del convenio, régimen salarial.

ABSTRACT: This study broaches the basic aspects of the rules governing the salary opt out clause in the Spanish legal system. This prerogative makes it possible for certain companies in crisis temporarily to discontinue applying the pay scales stipulated in a collective bargaining agreement, a circumstance that could hurt or benefit the workers, depending on the perspective one takes. This matter has recently been reformed in the legislation (2010 y 2012), thus justifying a comparative study that will furthermore allow us to confirm an evolution in the options available for businesses as a measure of internal flexibility.

Keywords: Labour relations sources, statutory collective bargaining, minimum contents, effectiveness of collective bargaining agreements, salary system.

* Artículo recibido el 17 de mayo de 2011 y aceptado para su publicación el 14 de enero de 2012.

** Profesor titular en el Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social de la Universidad de Salamanca.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La dogmática sobre el descuelgue salarial.* III. *El presupuesto de la inestabilidad económica como germen del proceso.* IV. *El trámite procedural para un descuelgue salarial.* V. *Acuerdo positivo o acuerdo negativo sobre inaplicación. Efectos en materia de contenido y sobre segundas instancias participativas.* VI. *Una reflexión en particular. La inclusión del régimen de descuelgue como contenido mínimo del convenio estatutario y las controversias que ello sugiere.* VII. *Epílogo.*

I. INTRODUCCIÓN

La estructura del sistema de relaciones laborales del ordenamiento jurídico español se ha visto condicionada a lo largo de su constante, pero informe evolución histórica, por una serie de vicisitudes y fases que ofrecen carta de naturaleza a una simbiótica realidad. En términos meramente exponenciales, la existencia en el periodo aproximado de un siglo que transita entre 1873 y 1978 de dos formas de estado republicano, un estado nacional sindicalista al albergo de la siempre aborrecible dictadura y una monarquía parlamentaria, representan prueba fiel de la mencionada afirmación. Sin embargo, no es menos cierto que en este mar revuelto emerge con fuerza el discurrir lineal de una serie de ideales cuyo presente y futuro se manifiesta en términos de clave para comprender el espíritu y régimen operativo de la temática legal que habrá de ser objeto de abordaje en el presente estudio, en particular, el progresivo incremento de notoriedad que subyace al papel de la negociación colectiva de condiciones de trabajo.

Situándonos a este respecto en la historia más reciente —y por tal cabe entender la enarbolada desde la reforma del mercado de trabajo de 1994 hasta el momento presente—, el objetivo prioritario es el de articular los mecanismos oportunos para que, al mantener los niveles de protección e igualdad entre las partes de la relación laboral, se materialice una progresión en la capacidad de adaptabilidad a las nuevas circunstancias; ahí es donde juega un papel capital la promoción del poder normativo propio de los agentes sociales. Hasta tal punto es importante esta previsión que, en palabras de destacados representantes de la doctrina especializada, “no resulta en modo alguno atrevido afirmar que la denominada reforma

del mercado de trabajo ha modificado la práctica totalidad de los principios de ordenación jurídica del tejido negocial".¹

Tratando de precisar un tanto más los términos temáticos objeto de análisis, la reforma laboral de 1994 facilita la novedosa consideración de la negociación colectiva a través de una doble vía:

- Reducción de la intervención normativa del legislador estatal. En otros términos, con base en los dictados de una revitalizada relación de supletoriedad, la legislación parlamentaria cede a favor de la autonomía colectiva ciertas parcelas temáticas de la realidad jurídico-social para su institucionalización normativa mediante convenio colectivo.
- Atribución de otros campos a la negociación colectiva con carácter *ex novo*. Se posibilita, de este modo, una vía de actuación directa frente al operativo de orden mediato, por delegación, que representa la anterior opción.²

En este orden de cosas y como exponente de ambas líneas de actuación, resulta preceptivo incidir en el operativo sobre descuelgue salarial, porque si la finalidad última que informa la política del legislador contemporáneo es la de mejorar el nivel de competitividad de las empresas, así como la promoción del grado de acoplamiento de la normativa laboral a la específica tesitura de las mismas, parece bastante oportuno el ejercicio de estimular la negociación colectiva y, en particular, este peculiar régimen de inaplicación salarial como nítida declaración de flexiseguridad en el ámbito del régimen retributivo.

Pues bien, tras la vigencia de, en términos aproximativos, década y media de este régimen de descuelgue, el legislador decide en 2010 renovar ciertos aspectos legales de su aparato funcional al considerarse una infravalorada opción de flexibilidad interna —así, al menos, cabe calificar en estricta opinión personal— frente a otras posibilidades de corte externo que pudieran repercutir perniciosamente en el volumen de empleo. El objetivo, de entrada, parece ser el de completar el edificio jurídico de su

¹ Véase Valdés Dal-Ré, F., “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, p. 282.

² Véase Matía Prim, J., “Sentido y alcance de la reforma del mercado de trabajo”, en varios autores, *La Reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 1994.

régimen activo, con especial mención a la resolución de controversias que el transcurso de sus diferentes etapas pueda ocasionar; por todo ello, y tomando como referencia el cimiento normativo ya asentado, la presente investigación se centrará en aquellos aspectos que han merecido tal atención por el legislador de la reciente enmienda normativa.

Debe saber el lector, para finalizar este prólogo, que la presente investigación constituye una nueva reflexión,³ por quien esto escribe, de una interesante selección de todas aquellas ideas que, en su momento, fueron materialmente escritas y dialécticamente defendidas para obtener el título de doctor en derecho por la Universidad de Salamanca (España), motivación harto suficiente que, no obstante, unida a la reforma sobre la prerrogativa planteada con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre,⁴ y, sobre todo, el extraordinario interés que en el cónclave de estudiosos mexicanos de derecho del trabajo ha despertado esta temática —así me consta por estudiantes de tal nacionalidad con los que he tenido el gusto de coincidir en estudios de doctorado— me llevan a compartir reflexiones con la presente publicación.

II. LA DOGMÁTICA SOBRE EL DESCUELGO SALARIAL

Mediante una primera aproximación, quizá informal, pero sin duda ilustrativa de lo que es una definición de cláusula de descuelgo salarial, podría presentarse ésta como una prerrogativa de base legal en cuya virtud todas aquellas empresas que puedan acreditar una suficiente y continuada situación de inestabilidad económica, pueden dejar de aplicar el régimen salarial —descolgarse del mismo, en recurso a la terminología coloquial— previsto en el convenio colectivo supraempresarial, en cuyo ámbito de aplicación geográfico y funcional se integran, para temporalmente regirse por otro más apropiado —reducido, cabe entender— acorde a su desequilibrio presupuestario.

Como fácilmente se puede deducir, nos hallamos ante una evidente transformación de contenidos en ciertas soluciones normativas, más concretamente en aquellas que toman como centro neurálgico el principal

³ Una síntesis de la misma fue además defendida como comunicación oficial por su autor en las *XXII Jornades Catalanes de Dret Social. Les Reformes Laborals del 2010*, Lleida, 10 y 11 de marzo de 2011.

⁴ BOE de 18 de septiembre de 2010.

derecho que a todo trabajador asiste por el simple hecho de ser tal: el cobro de una retribución económica como contrapartida a la ejecución de una actividad profesional. Ahora bien, debe saber en igual medida el lector que no representa tal substantividad el verdadero punto de inflexión en la enmienda de la temática, sino más bien la incidencia que la misma ha de revestir en el cotejo de fuentes reguladoras de la relación laboral, en particular la revisión del papel tradicional del convenio colectivo de trabajo como técnica privativa de reglamentación de condiciones laborales.⁵

En este orden de cosas, la interrogante que de manera inmediata se erige en el horizonte es la siguiente: ¿conlleva la práctica del descuelgue salarial una desnaturalización de la figura del convenio colectivo? Es cierto que en los primeros meses de vida laboral, tras la reforma de 1994, fueron muchas y consistentes las voces, tanto doctrinales como profesionales, que clamaron por la anticonstitucionalidad de tal regla legal. Recordemos brevemente tales tesis.

1. El supuesto atentado a la eficacia normativa del convenio colectivo estatutario

La eficacia del convenio colectivo arbitrado conforme al Estatuto de los Trabajadores —esto es, la respuesta a la pregunta sobre qué representa tal figura en el entero ordenamiento jurídico— es una cuestión tan complicada de resolver que se termina aseverando que un convenio vale lo que valgan sus efectos, de ahí que esta cuestión sobre la eficacia sea una de las más importantes, acaso la que más, en el régimen jurídico de la norma pactada por los representantes de las partes.⁶ Pues bien, y sin perder el hilo de la reflexión, el actual artículo 37 de la Constitución española otorga a los convenios “fuerza vinculante” que, en opinión del Tribunal Constitucional, en tanto máxime intérprete de la norma fundamental, supone reconocer a tales instrumentos una eficacia normativa⁷ que, sin embargo, parece quedar ahora desvirtuada por causa de un trámite de descuelgue,⁸ degenerando

⁵ Palomeque López, M. C., “Prólogo”, en Moreno de Vega y Lomo, F., *La inaplicación salarial del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, monografía, 2001.

⁶ Véase Palomeque López, M. C., *Derecho sindical español*, 5a. ed., Tecnos, 1994, p. 354.

⁷ Por todas, STC 58/1985, de 30 de abril.

⁸ Para un primer acercamiento a la controversia, véase Casas Baamonde, M. E., “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1997.

todo ello en la destrucción de la naturaleza de una figura que nace al amparo de la democracia.

Aun en contra de la línea de opinión mayoritaria, la teoría de quien esto escribe se basa en negar tal atentado a la identificación del convenio colectivo como norma jurídica por efecto directo de un descuelgue salarial. Tres son, a este respecto, los argumentos en que hilo mi tesis:

1) Con base en las referencias que acaban de ser apuntadas sobre la eficacia normativa del convenio colectivo, resulta fácil concluir en la inclusión de esta figura en el catálogo de fuentes de derecho objetivo.⁹ Pues bien, frente a la tesis extremista de quienes opinan que el resultado de un descuelgue salarial provoca una alteración de contenidos que rompe con la naturaleza de fuente de tal norma, cabe declarar la interpretación espiritual a cuyo tenor si el legislador de la reforma de 1994 postula como uno de sus fines prioritarios el impulso de la negociación colectiva, no cabe en parámetros racionales que ofrezca carta de naturaleza a una prerrogativa que parece atacar la esencia normativa de la institución.¹⁰

2) Otra de las características importantes de la norma convenida es la concerniente a que sus previsiones normativas gozan de aplicabilidad directa e inmediata a las relaciones laborales que se integran en su ámbito de aplicación sin necesidad, en consecuencia, de que sean asumidas por cada contrato de trabajo de manera unilateral. Al hilo de esta cuestión, hay quien propone que por causa de un descuelgue se ve truncado este principio de automaticidad en la aplicación y, con ello, su eficacia normativa. Sin embargo, y nuevamente al amparo de los dictados de una opinión personal, creo que la solución es la contraria, esto es, puede que ciertos contenidos convencionales —el régimen salarial, señaladamente— pierdan su funcionalidad aplicativa, pero lo que también es cierto es que tal cualidad peyorativa no invade al resto de previsiones de la norma; en otras palabras, la posible ruptura de este nexo en relación a la eficacia del conjunto, no puede terminar declinando en una conclusión de corte absolutista. Además y por si todo ello no fuere suficiente, aportar también que el nuevo régimen

⁹ Véase Alonso Olea, M., *Las fuentes del derecho. En especial del derecho del trabajo según la Constitución*, Civitas, 1982, y Palomeque López, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC, 1991.

¹⁰ Ideal ya defendido por mi parte hace una década, y sobre el que mantengo idéntica interpretación en la actualidad. Véase, a este respecto, Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 45 y 46.

salarial que habrá de regir en sustitución del anterior, disfrutará de idéntica pauta aplicativa como si del originario se tratara.

3) El tercer gran postulado sobre el que tradicionalmente se asienta la eficacia normativa de los convenios colectivos negociados al amparo del Estatuto de los Trabajadores, es el concerniente a la imposibilidad de que sus cláusulas puedan verse exceptuadas con base en decisiones fundamentadas en la autonomía individual de las partes contratantes o incluso —lo que sería más grave— en una toma de opinión individual de la figura del empresario. Pretendidamente, en materia de descuelgue se ha querido ver una opción unilateral por parte de la empresa para desbarcar ciertas condiciones de trabajo —retributivas— en el juego de la relación laboral, pero resulta evidente, al menos conforme a una inicial aproximación, que es a quien ha de beneficiar el fruto de esta institución; sin embargo, tampoco se puede acreditar esta argumentación, ya que, sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre la temática, el empresario puede solicitar —que no arbitrar— un trámite de descuelgue salarial, es decir, puede dar el pistoletazo de salida a un procedimiento que, ulteriormente, queda circunscrito a consultas y decisiones a través de procedimientos colectivos y paritarios. Dicho en otras palabras, y para reforzar este ideal, un descuelgue salarial no puede ser considerado sinónimo de un ideal de supremacía de la autonomía individual sobre la colectiva y, por ende, no es factible concluir en una lesión de la eficacia normativa del convenio colectivo.

2. *Una hipótesis en relación a la eficacia personal*

El segundo gran foco de discusión que plantea problemas de identidad en cuanto a la legalidad de la cláusula de descuelgue salarial, es el que concierne a la eficacia personal del convenio colectivo. Por tal, como primera toma de contacto, cabe entender la relación existente entre el convenio colectivo y su unidad de negociación o conjunto de singulares contratos de trabajo al amparo de su ámbito geográfico y funcional. La pregunta, en este instante, es la que a continuación se formula: ¿la norma convencional ampara a todos cuantos se encuentran en su círculo de cobertura o sólo a quienes han participado directamente en su negociación?

Tomando en cuenta la referencia textual del artículo 82.3 (primer párrafo) del Estatuto de los Trabajadores: “Los convenios colectivos regulados por

esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”.

Con fundamento en la mención literal transcrita, se consagra en el sistema español el principio de eficacia personal general, en cuya virtud, la norma resultante del poder normativo que comparten los agentes sociales afecta a todo aquel sujeto que se enmarque en su ámbito de influencia, con independencia de si, en el momento originario de su nacimiento, fue parte de la comisión negociadora.

Con base en esta capital idea, y tras una lectura interpretativa rápida de lo que un proceso de descuelgue conlleva, pudiere parecer que, en efecto, la eficacia personal general del convenio supraempresarial se ve notoriamente erosionada, puesto que hay una empresa inicialmente amparada que ahora se ve exceptuada en materia salarial. En consecuencia, todo convenio que a lo largo de su ciclo vital deja de abarcar una o varias organizaciones productivas que en su génesis sí incluía, cabe concluir que ha visto alterada su eficacia personal general.

Como contraste a este primer posicionamiento evidentemente crítico con los dictados de la reforma, mi opinión personal es que no cabe hablar de vulneración de la eficacia personal general por causa de un descuelgue salarial; esto puede ser justificado por dos razones:

a) Un convenio colectivo, salvo supuestos de prórroga que por motivo de sucesión en el tiempo sólo mantiene en vigor su contenido normativo, pero no el obligacional, debe ser valorado en su conjunto. Así las cosas, si una empresa se descuelga en términos salariales, ello no conlleva el que automáticamente ese convenio pase a ser de eficacia personal limitada, pues puede que sigan incluyéndose otras empresas cuyos miembros no tuvieron representación propia y directa en la comisión negociadora del convenio.¹¹ Así, por definición, el convenio nunca puede ser de eficacia personal limitada.

b) Poniéndonos en el caso extremo de que todas las empresas sin representación en comisión negociadora se descolgaren, tampoco cabría hablar de eficacia personal limitada, pues ésta sólo sería aplicable a la temática salarial pero no al resto de cláusulas convencionales y, como comen-

¹¹ En similar interpretación, Albiol Montesinos, I., *El convenio colectivo en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, p. 71.

zaba en mi exposición argumentativa, el convenio debe ser valorado en su conjunto.

La explicación más razonable que quizá sirva para aportar luz en esta controversia, es la concerniente no ya a la conveniencia sino más bien a la necesidad de distinguir entre eficacia personal y ámbito de aplicación del convenio colectivo. En este orden de cosas, y dado que en líneas previas fue enmarcada la primera propuesta conceptual, aproximémonos ahora a la segunda.

De entrada, las previsiones normativas a tomar en consideración para tratar el ámbito de aplicación son los artículos 83.1 y 85.3.b) del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de cuya interpretación sistemática son las partes negociadoras —estructura horizontal del convenio— quienes habrán de precisar el ámbito personal de dicha norma —estructura vertical o unidad de negociación— revistiendo ello un tenor de obligatoriedad como exponente de inclusión en el contenido mínimo de toda norma convencional estatutaria. Pues bien, esta definición tiene aspectos en común con la eficacia personal y otros que la diferencian, en cuyo caso resulta preceptivo un abordaje más detallado de esta introspección.

El punto de conexión entre ambos reside en manifestar que la eficacia personal de un convenio colectivo ha de ser modelada en el marco de su ámbito personal de aplicación. Resulta obvio pensar que si todo convenio colectivo debe predicar una eficacia en tanto es norma jurídica y, paralelamente, en toda norma estatutaria ha de quedar bien definido su ámbito personal de aplicación por prescripción de contenido mínimo, mal podría ser abordada la eficacia personal del convenio si éste no tiene previamente definido su ámbito —personal— de aplicación, y ello sin contar las opciones de que pudiera ser objeto de acciones de impugnación por ilegalidad debido a incumplimiento de contenido mínimo.

Por lo que atiende al otro platillo de la balanza, esto es, la diferencia entre ambas propuestas conceptuales, cabe advertir que, en interpretación literal, mientras el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a eficacia personal, el 83 de idéntica norma cita el ámbito de aplicación, y que, aunque conectados, no significan lo mismo en tanto, por una parte, los ámbitos funcional, temporal, territorial y, por supuesto, personal del convenio serán los que los sujetos negociadores libremente decidan en uso de la potestad legal del artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores; eso sí, cumplimentado este trámite, la eficacia personal del convenio es

necesariamente general como prevé la propia terminología del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores,¹² puesto que, en caso contrario, se ofrecerá vía libre a un convenio extra estatutario que, aunque lícito en el marco constitucional, queda fuera del ámbito del presente análisis.

No obstante y por si esta argumentación no resultare bastante, hay una segunda reflexión que contribuye a ratificar tal afirmación. Mientras que el artículo 82 del Estatuto circunscribe la eficacia general a sujetos individualmente considerados, la incidencia del descuelgue salarial se vincula a empresas que, en condiciones normales, engloban a un conjunto de trabajadores considerados como una colectividad, aspecto que, en consecuencia, posibilita el que no quepa hablar de vulneración de la eficacia personal del convenio, sino en todo caso respecto de su ámbito personal de aplicación,¹³ pues éste último es el que toma como punto de referencia en su precisión el patrón “empresa” y no el de sujeto individualmente considerado.¹⁴

Así las cosas y a modo de conclusión personal, a pesar de la redacción textual del artículo 82.3 (segundo párrafo) que parece vincularse como excepción al anterior y enarbolar por ello un régimen alternativo a la eficacia personal general, creo que más bien se trata de una desafortunada redacción formal que de una opción de contenido jurídico. Considero que el objetivo de un descuelgue salarial no es el de excluir del ámbito de cobertura de un convenio a quienes no estén representados en comisión negociadora, sino el de favorecer la adaptabilidad a las concretas empresas, por lo que tampoco la eficacia personal debe ser considerada, en lo que a su presunta lesión concierne, un punto negro en el edificio jurídico de su régimen estructural.¹⁵

¹² En idéntica línea interpretativa, Sala Franco, T., “El Estatuto de los Trabajadores (comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo)”, *Revista de Derecho Privado*, 1981, p. 557, y Sagardoy Bengoechea, J. A., *La eficacia de los convenios colectivos y su eficacia en el Estatuto de los Trabajadores*, IES, 1981.

¹³ En similar (además de reciente) línea interpretativa, véase Gorelli Hernández, J., “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2011, p. 405.

¹⁴ Véase, a este respecto, las reflexiones de Molero Manglano, C., *Régimen jurídico de la libertad sindical y la negociación colectiva*, Instituto de Empresa, 1983, p. 41.

¹⁵ En parecida línea interpretativa, otros destacados representantes de la doctrina especializada como Mercader Uguina, J., *Modernas tendencias en la ordenación salarial (la incidencia sobre el salario de la reforma laboral)*, Aranzadi Social, 1996, p. 51.

III. EL PRESUPUESTO DE LA INESTABILIDAD ECONÓMICA COMO GERMEN DEL PROCESO

El pilar fundamental sobre el que se asienta el régimen de descuelgue salarial es el principio de causalidad. El empresario no puede recurrir a la práctica de este expediente cuando lo estime oportuno, sino cuando concurra el motivo o causa que posibilita esta modificación en ciertas condiciones de trabajo. Pues bien, tras la última modificación legal del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, arbitrada por la Ley 35/2010, ese presupuesto último legitimador de un descuelgue salarial queda materializado en un daño a la estabilidad económica de la empresa susceptible de afectar negativamente al nivel de empleo en dicha estructura productiva, constituyendo este postrero inciso la novedad cualitativa respecto del régimen ordinario arbitrado en 1994.¹⁶ Así las cosas, cabe una reflexión por separado de ambos ingredientes, sin perder de vista el horizonte de su relación causa-efecto.

1. *El daño a la estabilidad económica de la empresa*

En lo que concierne al desequilibrio financiero, se trata de un ingrediente que ya aparecía en la ley bajo unos trazos excesivamente genéricos. Esta previsión puede originar una doble lectura: por un lado, una regla tan abstracta otorga amplias posibilidades de concreción a la negociación colectiva,¹⁷ logrando así el tan ansiado objetivo de la flexibilidad; por su parte y en el bando contrario, hay quienes postulan una regulación mucho más estricta en el tenor literal de la letra de la ley¹⁸ al objeto de cimentar un alto grado de objetividad que evite interpretaciones distorsionadas y consecuencias jurídicas desmesuradas, en términos peyorativos, contra los trabajadores afectados.

En opinión personal, el presupuesto habilitador para un descuelgue salarial debe sustentarse sobre la base de estos dos postulados:

¹⁶ Véase artículo 6 (apartado uno) Ley 35/2010.

¹⁷ Véase Pérez-Espinosa Sánchez, F., “La relación ley y convenio colectivo: a propósito de la vigencia de la Ley de Jornada Máxima de 29 de junio de 1983”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16, 1983, p. 526.

¹⁸ Véase Merino Senovilla, H. y Román de la Torre, Ma. D., “Cláusulas dispositivas y convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1988, pp. 981 y ss.

1) Daño económico: la práctica convencional suele traducir esta expresión como “situación de pérdidas mantenidas”, el problema es que luego no precisa los límites de la misma, con lo que no efectúa un desarrollo adecuado de las previsiones legales. Como nota característica a resaltar, y aunque pueda resultar redundante, se encuentra la necesidad de que el daño presente un talante económico, esto es, aquel que pudiera hacer peligrar tanto la aplicación de los incrementos salariales pactados para cada anualidad de vigencia de la norma, así como también aquellos que pudieran convertir en inviable el desarrollo de la propia actividad empresarial.¹⁹

2) Ámbito de incidencia: es necesario aquilatar el enclave temporal y espacial que institucionaliza la noción de daño económico. Por lo que respecta al ámbito temporal, la fórmula de mayor predicamento es la de exigir una inestabilidad económica ya producida, pues habilitar una práctica de descuelgue, con fundamento en una situación de pérdidas que pudiera llegar a producirse, puede ser un germe de exégesis falaz;²⁰ sea como fuere, no se trata tampoco de una práctica ilícita. En lo que concierne, por otro lado, al ámbito espacial, habría que subrayar cómo el déficit cubre a la empresa en su conjunto, pero no en exclusiva a una de sus unidades productivas, en caso de organización pluricelular.²¹ En este aspecto, también cabe esperar una labor de complemento por parte de la negociación colectiva.

Junto a estos dos grandes focos de atención temática, cabría reflejar también la necesidad de aportar suficientes documentos acreditativos de tal situación de inconsistencia económica —pues tan importante ha de ser la alegación de una causa, como la prueba de la misma—,²² así como la precisión de la duración mínima de tal crisis —como regla general comúnmente aceptada, el bienio inmediatamente anterior a la

¹⁹ Véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 59-64.

²⁰ Respecto a la problemática sobre cuándo debe producirse la inestabilidad económica, véanse las reflexiones de Pérez de los Cobos Orihuel, F., “Mecanismos legales de descuelgue salarial”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, p. 194; Rey Guanter, S. del, *La dimensión de la empresa en la reforma laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 86, y Martín Urriza, C., “La cláusula de descuelgue salarial tras la reforma laboral (análisis de las estrategias sindicales y patronales)”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1996, pp. 416 y ss.

²¹ Véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 65-71.

²² Véase *ibidem*, pp. 71-79.

solicitud de inaplicación salarial—, aspecto que no debe confundir al lector pues, aunque se trata de una nueva reflexión a enmarcar en el segmento temporal del descuelgue, no coincide con la aportada en líneas previas, en donde se analizaba cuándo debe materializarse el daño económico; ahora se presenta hasta cuándo debe ser condicionante, como resultado de poder aplicar un trámite de descuelgue.²³

2. *La puesta en juego de los niveles de ocupación*

Por lo que se refiere al segundo gran presupuesto que ha de condicionar la inestabilidad económica germen del descuelgue, eso que con fundamento en la Ley 35/2010 se expresa como un daño susceptible de afectación negativa al nivel de empleo de la empresa, acaso refleja la materialización formal en la letra de la ley de aquello que, sin más, ha de ser considerado como el espíritu de esta práctica de descuelgue.

Cuando se realiza una aproximación inicial al fundamento de la prerrogativa, tal parece un estilete a favor de la empresa para manejar el régimen retributivo de sus empleados y, con ello, el balance económico de la propia estructura productiva;²⁴ sin embargo, también el trabajador debe obtener una lectura positiva del proceso pues, a cambio de reducir durante cierto tiempo su remuneración, conserva su puesto de trabajo, el cual, bajo otras circunstancias, seguramente hubiese sido amortizado por el empresario debido a situación de crisis o, de manera más sencilla, por extinción de la organización productiva.

Esta es la propuesta que, intencionadamente, refleja el legislador en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 10/2010, en el sentido de promover este tipo de prácticas como alternativa a la destrucción masiva de puestos de trabajo,²⁵ siempre que, eso sí, la negociación colectiva

²³ Véase *ibidem*, pp. 79-87.

²⁴ Frente a la importancia de base que tiene el tratamiento salarial en la negociación colectiva, contrasta con ello la escasa información que, con posterioridad, reciben los trabajadores sobre la situación de la empresa. Véase a este respecto, Aragón Medina, J. y Gutiérrez Benito, E., “La negociación colectiva y la formación de los salarios en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 9, 1996, p. 97.

²⁵ Destacados representantes de la doctrina se plantean si esta novedosa referencia legal posibilita la existencia no ya de una sino de dos causas para el descuelgue: la clásica de la inestabilidad económica y la nueva referente a la posibilidad de pérdida de empleos; no

participe adecuadamente en el proceso como mecanismo de garantía; de lo contrario, saltaríamos de un expediente no traumático de flexibilidad interna a un arma depredadora en manos del empresario que nos haría retroceder a los dictados históricos de la cuestión social²⁶ y, sobre todo, a no lograr la plena efectividad de los dictados sobre el necesario equilibrio que, actualmente, deben inspirar la elasticidad estructural de las empresas y la inmunidad de los trabajadores.

IV. EL TRÁMITE PROCEDIMENTAL PARA UN DESCUELGO SALARIAL

Sin lugar a dudas, cabe asentir que nos hallamos ante el núcleo temático central que justifica la reforma de la materia acontecida en 2010. Desde la génesis de la cláusula de descuelgue salarial en 1994, uno de los principales puntos críticos de su régimen jurídico estriba en la presunta contradicción que se producía entre los párrafos segundo y tercero del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, en tanto el primero establecía la necesidad de que todo convenio colectivo estatutario supraempresarial incluyese las condiciones y procedimientos para la inaplicación, mientras que el segundo preveía un régimen de actuaciones que entraría en juego en defecto —por inexistencia— del primero, sin percibirse el legislador —conforme a los dictados de una interpretación inicial, cabe insistir— del tenor de obligatoriedad que informa el primer condicionante, ratificado todo ello con su inclusión como parte del contenido mínimo en los convenios negociados conforme al título III del Estatuto de los Trabajadores y de ámbito superior a la empresa.²⁷ Así las cosas, hasta la reforma de 2010 se enarbolaban dos opciones de gobierno para un potencial descuelgue: el procedimiento principal —de origen convencional— y el secundario —de origen legal—.²⁸ A continuación, hay que analizar cómo se compone el tejido jurídico en la actualidad.

La más destacada novedad en el entramado normativo viene dada por la modificación respecto a quién ostenta la voz cantante en un trámite formal

obstante, concluyen en que sigue siendo una sola pero más específica o detallada, tesis que evidentemente suscribo. Véase, a este respecto, Gorelli Hernández, J., *op. cit.*, pp. 410 y 411.

²⁶ Véase Palomeque López, M. C., *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo español (1873-1923)*, 5a. ed., Tecnos, 1995, pp. 5-9.

²⁷ Véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 31-40.

²⁸ Véase *ibidem*, pp. 88-122.

de descuelgue salarial. Cuando antes era el convenio el que mantenía la iniciativa para tal regulación, ahora es el legislador estatal quien toma las riendas con el objeto de reglamentar el método, teniendo ello constancia a lo largo de sus diferentes fases, desde el párrafo segundo al sexto del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

1. Activación del expediente

En la fase de inicio, la principal novedad es quién haya de ser el órgano receptor de la solicitud de descuelgue y, a este respecto, la actualizada regulación legal menciona expresamente a “los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1”²⁹ hecho que, de entrada, cierra un tanto el círculo de potenciales participantes en el proceso del lado de los trabajadores, por cuanto, hasta la reforma, podían operar como tales la representación unitaria, la sindical, la comisión paritaria del convenio e incluso —si bien en supuestos excepcionales— los propios trabajadores de la empresa afectada; ahora y tras la modificación normativa arbitrada por la Ley 35/2010, converge un doble regla a tomar en consideración:

1a. Los representantes de los trabajadores habilitados para actuar en un posible expediente de descuelgue salarial son aquellos mencionados en el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, la habilitación negociadora preceptuada para convenios estatutarios a nivel de empresa o inferior.

2a. En caso de ausencia de tales órganos representativos, y por remisión al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, podrán tener presencia los propios trabajadores de la empresa afectada.³⁰

Ciertamente, y sobre todo en lo que atiende a la exégesis de la primera regla, surgen dudas; concretamente dos: ¿cabe entender en tal proceso la exceptuación de los órganos de representación sindical que pudieran tener

²⁹ Nueva redacción del artículo 82.3 (párrafo segundo) ET.

³⁰ Véase artículo 41.4 (párrafo tercero) ET, en la nueva redacción conformada por el artículo 5o., Ley 35/2010. Ello no debe entenderse, como duda algún sector de la doctrina, a modo de rebaja en la eficacia normativa del convenio por permitir la negociación a sujetos no legitimados conforme al artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores (véase, a modo de ejemplo, Gorelli Hernández, J., *op. cit.*, p. 407).

cabida en la estructura organizativa afectada? En segundo término, ¿la representación legal en cuestión es la del ámbito de aplicación del convenio supraempresarial, respecto del que se produce el descuelgue, o en exclusiva la implantada en la empresa afectada?

Respecto de la primera interrogante, en principio la respuesta es negativa en tanto el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores arbitra licencia para que, cumpliendo ciertos requisitos adicionales, puedan ser partícipes los órganos de representación sindical y carácter colectivo, esto es, las secciones sindicales de empresa. Sin embargo, esta enseñanza negativa invierte el sentido a favor de otra de talante contrario, y por tanto, de exclusión en el juego del descuelgue, con base en la interpretación literal del novedoso artículo 82.3 (párrafo tercero) del Estatuto de los Trabajadores, que expresamente refiere a la representación legal, debiendo entenderse por tal la de carácter unitario al amparo del título III del Estatuto de los Trabajadores, pero no la voluntaria de origen sindical conforme a lo previsto en los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985. En mi opinión, sí es admisible el juego de la representación sindical, pues el calificativo de legal, al que nos acabamos de referir, no juega tanto en su tenor de obligatoriedad sino por su referencia a la ley, concretamente al artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores; aspecto distinto es afirmar que sus opciones en el juego se reducen porque ya no le basta ser una instancia representativa sino además cumplir esas exigencias adicionales que le legitiman como negociador. En cualquiera de los casos, ello no es suficiente para censurar en origen sus posibilidades de participar en el expediente de descuelgue salarial.³¹

Con relación a la segunda interrogante, la controversia gira en torno a si la representación legal legitimada para participar en el descuelgue es en exclusiva la implantada en la empresa afectada, podría darse lugar a que el definitivo acuerdo de empresa que impulsa la inaplicación y que, cabe recordar, reviste la misma eficacia jurídica de carácter normativo,³²

³¹ Puntualizar que los delegados sindicales, en tanto órganos de representación sindical y carácter unipersonal, sí quedan novedosamente excluidos de la opción de participar en un descuelgue al no integrarse en el concepto de “representaciones sindicales” del artículo 87.1, ET. La presente sí es, por tanto, una novedad de enjundia respecto al momento previo a la reforma, pues nada se especificaba en este sentido ni a favor ni en contra.

³² Aun cuando la doctrina mayoritaria se decanta por esta tesis (véase, a modo de ejemplo, Escudero Rodríguez, R., “Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa”, en D.R.© 2012. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 134, pp. 539-570.

implicara una alteración de un convenio de ámbito superior, saltándose de este modo la prohibición de concurrencia más elemental entre productos nacidos de la autonomía colectiva. La lectura a ofrecer es que la relación entablada entre ambos instrumentos normativos —convenio colectivo y acuerdo de empresa— no es de concurrencia, no al menos de concurrencia conflictiva, sino de complementariedad al abrigo de una particular modalidad de relación jerárquica directamente habilitada por ley.³³

2. *El círculo de desarrollo*

En primer término, me gustaría llamar la atención sobre un dato que, si bien ya ha sido incidentalmente presentado en líneas previas, quizá sea este el momento oportuno para valorarlo con detalle; me refiero al hecho de que, aunque la nueva regulación sobre descuelgue aporte algo más que su predecesora en aspectos de procedimiento, no cierra la espiral de razonamientos al respecto por el hecho de remitirse a una práctica específica sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas. Así las cosas, ¿el expediente de descuelgue salarial es un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas?

Por un lado, podría concluirse que sí,³⁴ pues se trata de dos prerrogativas fuertemente revitalizadas con la reforma de 1994 que afectan a los sistemas y condiciones de remuneración, que actúan bajo el principio de causalidad, y cuyo marco operativo se aleja de las instancias decisorias de carácter individual para centrarse en los pactos colectivos, con especial mención al acuerdo de empresa.

varios autores, *La reforma del mercado..., cit.*, p. 55), no faltan voces discordantes al respecto; véase, como uno de tales exponentes, Pradas Montilla, R., “Negociación colectiva en la nueva LRET”, *Documentación Laboral*, núm. 43, 1994.

³³ Cabe puntualizar que, en primer lugar, no resultan de aplicación las reglas sobre concurrencia del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que para ello necesitamos dos convenios colectivos como regla general; además, en segundo término, es el propio legislador estatutario (artículo 82.3, segundo párrafo) el que habilita al legislador convencional (acuerdo de empresa) para alterar el propio convenio supraempresarial. Para un estudio más detenido de esta cuestión, véase Mercader Uguina, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, 1994, pp. 352 y ss, así como Goerlich Peset, J. M., “Pactos informales de empresa”, en varios autores, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Acarl, 1989, pp. 89 y ss.

³⁴ Véase, a modo de ejemplo, Camps Ruiz, L. M., *La modificación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 63.

Sin embargo, y como principal presupuesto para la divergencia, el que atiende al tipo de norma convencional sobre la que incide la prerrogativa —necesariamente el convenio supraempresarial en el caso del descuelgue, y también (aunque no en exclusiva) representando ello la diferencia fundamental, en la modificación sustancial— y el ámbito personal de afectación de la misma, localizándose en la empresa para el descuelgue salarial; o bien, por el contrario, la posibilidad de afectación a una pluralidad de trabajadores que no se integran en la misma unidad productiva, para el caso de la prerrogativa del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Una vez aportadas con carácter exponencial ciertas analogías y diferencias, parece evidente que ambas cumplen el objetivo de flexibilizar y adaptar la tesitura de cada empresa al mercado laboral, pero no está claro hasta qué punto una figura se enmarca dentro de la otra. Creo que debe pesar más su carácter divergente, como lo prueba su regulación en apartados distintos de una misma ley, aunque tampoco resulta descabellado pensar en una cierta simetría de naturaleza jurídica, pues su causa es prácticamente idéntica.

Tras esta inicial reflexión de corte dogmático, centremos nuestra atención en los principales presupuestos de procedimiento que han de desarrollar ese periodo de consultas. A este respecto, es lo cierto que ya antes de la reforma se legalizaba esta temática, entre otras, y con carácter prioritario, la diferencia es que ahora su ciclo viene claramente canalizado por ley, cuando antes era el convenio colectivo el que debía delimitar tales pautas al amparo de una relación de supletoriedad,³⁵ y dado que los convenios no eran particularmente diligentes con este fin, lo cierto es que el único postulado que cabía esperar para el proceso es el reservado al principio de la buena fe. Actualmente, sin embargo, la práctica en el florecimiento de este trámite de descuelgue ya está mucho más acompañada gracias al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores —por remisión desde el artículo 82.3 (segundo párrafo) de idéntica norma—, en cuya virtud será preceptivo un trámite de diálogo entre empresa y representación legal de los trabajadores por espacio mínimo de quince días, en el cual, como objeto, se abordarán los motivos de tal decisión empresarial, así como las pautas necesarias para la minimización de sus efectos supuestamente negativos.

³⁵ Véase García-Perrote Escartín, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, 1987.

A modo de reflexión sobre todas estas aportaciones en materia de comienzo y desarrollo de un expediente de descuelgue, es lo cierto que el legislador de la reforma de 2010 se muestra mucho más preciso y contundente que el de 1994. Originariamente, y ante la casi total ausencia de previsiones normativas al respecto, eran las propias partes negociadoras quienes debían precisar tales condicionantes, quedando el acuerdo de empresa —sin más limitaciones de contenido jurídico— y la posible actuación de la comisión paritaria como vías subsidiarias de intervención. Hasta el día de hoy, y quizás por un demérito resultadista, es el mismo legislador estatutario quien toma las riendas en la fase metodológica al objeto de garantizar lo que, como mínimo, cabe esperar en todo este trámite: seguridad jurídica, garantía de la buena fe en la articulación —así como resultados efectivos— en esa causa de la flexibilidad y adaptación a los nuevos y difíciles contornos que contemporáneamente marcan el devenir del mercado de trabajo en una sociedad económica globalizada y en crisis.

V. ACUERDO POSITIVO O ACUERDO NEGATIVO
SOBRE INAPLICACIÓN. EFECTOS EN MATERIA DE CONTENIDO
Y SOBRE SEGUNDAS INSTANCIAS PARTICIPATIVAS

Merece un epígrafe propio, en el presente estudio, la fase de finalización del proceso de descuelgue salarial, y ello no sólo porque representa el término del expediente, sino también —acaso como razón principal— porque ha sido el presupuesto que ha recibido mayor trato de reforma con la Ley 35/2010. No obstante y como advertencia de inicio, valga el anticipar que en este bloque se retomarán aspectos ya citados en otros anteriores, principalmente los que atienden al estado procedural en sentido propio, ya que están vinculados en una evidente relación causa-efecto; el objetivo no es el de parecer redundante, sino el poder analizar las consecuencias que emanan de cualesquiera trámites valorativos, con subrayable mención a la eficacia atribuible al pacto de descuelgue.

La primera idea clave que debe cimentar esta reflexión, y sin que ello deba ser entendido como una perogrullada, es la concerniente a que un trámite de descuelgue puede finalizar con un acuerdo positivo o con un acuerdo negativo; planteada la controversia en otros términos, no por el simple hecho de activar un descuelgue, necesariamente se ha de arribar a la conclusión de que, tiempo después, el mismo producirá efectos, pues una

cosa es su posible puesta en marcha y otra su definitiva eficacia. Por todo ello, es factible justificar que esta fase final del trámite tiene vida propia, ya que representa el factor verdaderamente constitutivo de sus efectos.

1. *En torno al compromiso favorable*

Por lo que hace referencia al acuerdo positivo de descuelgue, la nueva conformación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores —específicamente sus párrafos cuarto y quinto— ofrece una serie de pautas sumamente interesantes para el estudio; a saber: la presunción de sus causas justificativas, el contenido del acuerdo, la necesidad de su notificación a la comisión paritaria del convenio supraempresarial y, por último, las opciones formales así como causas para su impugnación. La notoriedad de estos temas apoya un examen por separado de cada uno de los mismos.

A. *La presunción de sus causas justificativas*

De manera sorprendente, el párrafo cuarto del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores ofrece carta de naturaleza a una redacción formal en cuya virtud “cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo”. En opinión de quien esto escribe, se trata de una afirmación muy ligera por parte del legislador cuya indebida exégesis puede dar lugar a consecuencias no deseadas.

Como ya ha quedado claro en reflexiones previas, un descuelgue salarial está indefectiblemente sujeto al principio de causalidad, el cual se traduce en una suficiente tesis de inestabilidad económica; lo que parece ya no tiene tan claro el legislador es su vertiente empírica, esto es, el instante en que debe ser valorada, y por lo tanto realmente exigida la eficacia de tal condición inexcusable, circunstancia que puede representar una fuente más que evidente de problemas que terminen degenerando en lecciones manifiestamente negativas contra quien menos lo merece.³⁶ Así las cosas, considero que si el legislador estatal quiere arbitrar una presunción de causas justificativas con el fin de que todo convenio estatutario supraempresarial

³⁶ Véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 32 y ss.

albergue en su clausulado los condicionantes y procedimientos para el descuelgue, cabe aceptarlo, pero teniendo en cuenta que ya no toda esta temática es contenido mínimo de la norma convenida; incluso, pudiera tener sentido si tal presunción de concurrencia de la inestabilidad económica se dirige a la solicitud de entablar negociaciones en orden a un futuro pacto, pues al menos no se ha producido la consecuencia final; sin embargo, cuando el periodo de consultas se extingue con acuerdo es porque, de hecho o por derecho, ha quedado demostrada la crisis presupuestaria en la que se basa la estructura productiva para llevar a cabo la inaplicación, pero no simplemente presumir al final del camino que han concurrido todos los ingredientes para legalizar el trámite.

Debo reconocer que me invaden muy serias dudas acerca de si esta pauta normativa es un mero error de expresividad formal por parte de la ley o si verdaderamente no hay certeza en cuanto a la exégesis de los presupuestos de contenido que condicionan el régimen jurídico de tan importante prerrogativa. Sirva al menos la presente reflexión, para llamar la atención de quien corresponda sobre esta disquisición que se cierne en este controvertido entramado legal, y contribuir así a evitar un recurso, no tanto desmedido sino más bien indebido, de este instrumento llamado a jugar un papel importante en el futuro a corto y medio plazo de la realidad económica y social.

B. En torno al contenido del acuerdo

Con anterioridad a la reforma de 2010, para el descuelgue salarial debía concurrir —en condiciones normales— un acuerdo de empresa; lo que no se conocía, salvo especificaciones complementarias del convenio supraempresarial, es cuál había de ser el contenido de dicho pacto colectivo. Pues bien, la nueva regulación estatutaria incorpora un párrafo quinto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se prevén tres grandes postulados de contenido que, en consecuencia, resulta necesario analizar: el nuevo régimen salarial aplicable por causa del descuelgue —la que cabría denominar en términos coloquiales como cláusula de “recuelgue” salarial—, la recuperación de las condiciones salariales y una previsión sobre duración máxima de la inaplicación. Todo esto, cabe entender, no opera como clausulado máximo sino más bien mínimo, pensando en la eficacia de la prerrogativa y en la plena garantía de los derechos y deberes de las partes afectadas.

a. La determinación del nuevo régimen salarial aplicable

Acaso el presente deba ser considerado uno de los ingredientes más importantes —sino el que más— que debe contemplar el acuerdo de empresa; la justificación parece obvia: si por efecto de un descuelgue una empresa deja de aplicar durante un tiempo el régimen retributivo previsto en el convenio supraempresarial en el cual se integra, habrá que determinar cuáles serán las nuevas condiciones económicas aplicables, de lo contrario el proceso quedará inacabado³⁷ y los trabajadores a buen seguro perjudicados.

La diferencia entre este aspecto y el analizado en líneas previas, es que tanto antes de la reforma de 2010 como a raíz de la misma, el legislador estatal da un paso al frente y aborda la cuestión. En ambas ocasiones y como denominador común, se contempla no ya la conveniencia sino la necesidad de un acuerdo en el seno de la empresa afectada en el que se estipule el nuevo régimen económico alternativo que habrá de ser aplicado. Ahora bien, no es menos cierto que, hasta 2010, también cabía una opción que ahora parece que queda en fuera de juego, una posibilidad que además fue empleada en la realidad práctica consistente en que el propio convenio supraempresarial, desde el que se suscita el descuelgue, contemplara el nuevo compromiso salarial de sustitución, lo cual no venía expresamente reconocido —tampoco prohibido— por la norma estatutaria.³⁸

Como reflexión básica y personal a este respecto, creo que se trata de un intento de singularizar, de personalizar, en el ámbito de cada concreta empresa, el entero proceso de descuelgue salarial; si la decisión de inaplicación viene por acuerdo de la propia empresa, que sea en ese mismo concierto donde se precise el entramado salarial alternativo antes que dejarlo a unas instancias representativas del ámbito geográfico y funcional superior que pudieran hacer inviable el criterio último de la flexibilidad con base en una especie de lejanía respecto a la realidad de la empresa que se ve comprometida. Así las cosas, me permito insistir, aunque el modo operativo de esta práctica ya era viable antes de la reforma de 2010, ahora

³⁷ En idéntica línea de conclusiones, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F., *op. cit.*, p. 208; Martínez Emperador, R., “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en varios autores, *Puntos críticos de la reforma laboral*, Centro de Estudios “Ramón Areces”, 1996, p. 119, y Agut García, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 327.

³⁸ Véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 124 y 125.

quedá mejor definido si cabe, constituyendo naturalmente un punto a favor del actual legislador, al dejar meridianamente claro que, aunque pueda ser enmarcado como un trámite independiente, debe quedar englobado en el gran acuerdo marco de descuelgue.

b. La convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales

En consideraciones previas de este trabajo, se ha aludido ya a la extraordinaria importancia que el principio de causalidad ostenta en la raíz de un potencial expediente de descuelgue salarial, valorándolo en el doble foco de atención que representa la alegación de la situación de inestabilidad económica y, casi más importante, la documentación probatoria en torno a la veracidad de la misma. Pues bien, en este punto incide la reforma de 2010 subrayando la importancia de las denominadas —en recurso a la terminología coloquial— cláusulas de “recuelgue salarial”.³⁹

Los convenios supraempresariales han ido cumpliendo con mayor o menor suficiencia la enumeración descriptiva de los documentos que, llegado el caso, pueden dar vía libre a un descuelgue salarial; balances, cuentas de resultados o informes de auditores y censores jurados de cuentas son, sin duda, los utilizados con mayor frecuencia.⁴⁰ Sin embargo, en contadas ocasiones han optado por fomentar estudios específicos sobre la incidencia del régimen salarial regulado en la empresa de turno, teniendo en mente, como es obvio, el futuro a corto y medio plazo de la propia empresa. La presente ha sido una demanda constante —que yo suscribo—⁴¹ en la exégesis de los estudiosos del derecho del trabajo que ahora, por fin, ven la luz de manera expresa y oficial.

Así las cosas, el acuerdo de empresa que habilita el descuelgue no sólo debe recoger el régimen salarial sustitutivo, sino también el compromiso de los firmantes de recuperación del postulado retributivo descolgado

³⁹ Véase artículo 82.3 (párrafo quinto), ET.

⁴⁰ Se trata de una selección documental que trae causa de uno de los principales pactos, producto de la concertación social, en que se recoge originariamente la cláusula de descuelgue salarial en el ordenamiento español: el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980. Para un análisis más detallado de esta perspectiva histórica, véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 74 y ss.

⁴¹ Véase *ibidem*, p. 78.

si se rescatan las condiciones de normalidad financiera en la estructura productiva que recurrió al descuelgue, un aspecto digno de mención, pues permite subrayar la interinidad de un descuelgue salarial al tiempo que lo aleja del círculo de posibles prácticas abusivas por parte del empresario.

c. Duración del descuelgue

Como el lector puede fácilmente deducir a estas alturas, son varios los presupuestos relacionados con el descuelgue salarial que admiten una valoración desde la perspectiva del factor tiempo: la duración de la inestabilidad económica o la extensión del segmento temporal, que suelen prever los propios convenios supraempresariales para solicitar el descuelgue, son acaso dos de los exponentes más representativos. Sin embargo, cabe la referencia a otra manifestación tradicionalmente obviada en su trato desde la reforma de 1994 y que, por contra, ahora pasa a ostentar un pasaje legal: la duración del descuelgue salarial. Hasta 2010 era muy difícil prever al comienzo del proceso cuál sería la extensión máxima del descuelgue, de hecho y como acaba de citarse ni siquiera se contemplaban las condiciones de “recuelgue”, pero ahora el legislador de 2010 entra de lleno en el abordaje de la cuestión y estipula dos reglas para su término: el periodo de duración del convenio supraempresarial o tres años de máximo en caso de ser ésta superior.⁴²

Ambas premisas parecen revestidas de cierta lógica, y por tanto, deben contribuir a la causa con el fin de evitar tratos desproporcionados. Tan sólo apuntar la conveniencia de que, en caso de que actúe la primera, tratar de evitar prolongaciones demasiado extensas por aplicación de las reglas de ultra actividad debido a la sucesión de normas convencionales, dado que estamos ante un postulado que forma parte del contenido normativo del convenio colectivo estatutario.

C. La notificación del acuerdo de descuelgue a la comisión paritaria

Este requisito, complementario sin lugar a dudas respecto al principal de la adopción del acuerdo, venía siendo ya contemplado por la mayoritaria

⁴² Véase artículo 82.3 (párrafo quinto), ET.

práctica convencional hasta la reforma de 2010,⁴³ en consecuencia, no ha de resultar extraño que si ahora el legislador pretende ser más exigente en el gobierno de un expediente de descuelgue salarial, contemple, de manera más decidida, este condicionante.⁴⁴ Así las cosas y, de entrada, una previsión legal de este tenor merece un juicio claramente positivo, pues sirve para, de algún modo, ratificar la eficacia del acuerdo previamente alcanzado por las partes interesadas; ahora bien y apuntado ello, procedo a formular una reflexión crítica con base en lo que, entiendo, es una deficiente regulación por parte del legislador.

Es cierto que aunque hasta el 2010 la intervención de la comisión era posible en tanto que ahora es preceptiva, el denominador común que vincula ambos momentos normativos es que el legislador, sobre todo el actual, mantiene que su presencia en el trámite reviste el patrón jurídico de deber, pero no precisa con exactitud cuál es la causa del mismo. El caso es que, siendo así las cosas, si su intervención deviene obligada es porque algún motivo justificativo debe haber, pero no determina —es lo que debería haber cumplido— si tal notificación es con el propósito de ratificar la aprobación del acuerdo o, simplemente, se trata de un sencillo órgano receptor con fines de mero conocimiento de un acuerdo, que goza ya de vida propia en el ordenamiento jurídico; en otras palabras, la diferencia entre operar como un trámite constitutivo o, por el contrario, solamente declarativo del pacto de inaplicación salarial.

Como se puede advertir, la duda es notoriamente razonable; si se menciona a la comisión paritaria del convenio supraempresarial, pero no se le atribuye ninguna función en concreto, parece que muestra una influencia declarativa respecto de un pacto que ya goza de eficacia plena, pero ¿qué sentido tiene el que un convenio colectivo —y ahora también la ley— prescriban una necesaria notificación a la comisión paritaria, si con posterioridad no se le confiere ningún cometido respecto al pacto en cuestión? En opinión personal, sí debe ser exigible su intervención y además con carácter constitutivo, es decir, como presupuesto de validación del éxito del acuerdo de descuelgue; sin embargo, hay que sopesar que ante la falta

⁴³ Véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 106-108.

⁴⁴ Sobre la importancia que, en términos generales, tiene la comisión paritaria sobre los convenios colectivos y, en particular, en materia de descuelgue salarial, véase Ballester Pastor, M. A. y Altes Tárrega, J. A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1996.

de una previsión legal de desarrollo en la materia, habrá que estar a cada convenio colectivo para ver en qué términos regula dicha prerrogativa.

D. La impugnación del acuerdo positivo para el descuelgue salarial

A tenor de la renovada prescripción normativa, el acuerdo “sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso del derecho en su conclusión”.⁴⁵ La principal reflexión que este presupuesto legal sugiere es que, adoptado el acuerdo, el mismo sólo podrá ser formalmente controvertido por la parte interesada con fundamento en razones de forma pero no de fondo; dicho de otro modo, no cabe discutir el contenido del pacto, sino en todo caso cómo se ha llegado al mismo.

Hasta cierto punto, tal cláusula no está exenta de razón si pensamos que, a lo largo del proceso, cada una de las fases que terminan abocando al pacto han ido pasando su control de legalidad, de lo contrario no se hubiese llegado al mismo; ahora bien, no es menos cierto afirmar que la legislación no es especialmente certera a la hora de habilitar tales motivos de impugnación, ya que en ocasiones es complicada y delicada la interpretación de tipos de injusto propios de la legislación penal y, además, porque no precisa el aspecto sobre el procedimiento —y, por tanto, posible concurrencia de responsabilidades— que habrá de albergar tal reclamación.

2. El modelo operativo en caso de disparidad

En lo que concierne a una posible desavenencia en el periodo negociador, aquello que en términos para la identificación cabría considerar como acuerdo negativo para la inaplicación, frente a la práctica inexistencia de referencias legales hasta 2010, se produce una interesante novedad —doble además— con apoyo en las últimas manifestaciones normativas.

En primer lugar, y a tenor del Real Decreto Ley 10/2010,⁴⁶ ante desacuerdo hay que recurrir a los procesos de mediación que presuntamente debe contener todo convenio supraempresarial o acuerdo interprofesional en la materia, teniendo además en cuenta la opción, para este caso, de que venga contemplado por cualquiera de las dos normas citadas un arbitraje.

⁴⁵ Véase artículo 82.3 (párrafo cuarto), ET.

⁴⁶ BOE de 17 de junio de 2010.

En segundo término y respecto de esta inicial plantilla temática, la Ley 35/2010 que desarrolla y sustituye al Real Decreto Ley incorpora dos novedades: primera, se modifica la referencia específica al trámite de mediación por otra más genérica a favor de “los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos”; segunda, se suprime la opción del convenio colectivo —quedando por tanto y en exclusiva la del acuerdo estructural— como instrumento regulador de los mecanismos para dirimir las diferencias.⁴⁷

La lectura que ello sugiere es que, en cuanto a los posibles procedimientos, el mecanismo inicialmente previsto de la mediación, cuyo fin básico es el de limar asperezas pero sin proponer una solución, no iba a tener demasiada utilidad dada la trascendencia de los intereses en juego, y aunque el legislador tampoco ofrece un paso adelante, cabe deducir de la nueva previsión que es mejor optar por la conciliación o el arbitraje, donde sí hay una propuesta de solución. Respecto del instrumento normativo que debe albergar tal previsión, la ley opta por excluir al convenio del que se practica el descuelgue a favor del acuerdo marco aplicable al sector correspondiente, puesto que es el más indicado, en cumplimiento de sus funciones, para regular los condicionantes que habrán de influir en las futuras negociaciones colectivas, tanto en lo que atiende a sujetos partícipes como contenidos a tratar. Así las cosas, el legislador estatal —en favor de la ecuanimidad— prefiere que no sea la específica norma supraempresarial sino el convenio de convenios del sector el encargado de arbitrar tan vidriosas condiciones.

Entonces, cabe afirmar como reflexión última que no es lo fundamental ni el dónde ni el tipo de mecanismo elegido para reorientar la discrepancia, lo más importante es que, a la postre, se regulen, pues antes la ley ni siquiera los mencionaba y, sin duda, cumplen una función básica a la hora de conseguir que un potencial descuelgue salarial llegue a buen término.

VI. UNA REFLEXIÓN EN PARTICULAR. LA INCLUSIÓN DEL RÉGIMEN DE DESCUELGO COMO CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO ESTATUTARIO Y LAS CONTROVERSIAS QUE ELLO SUGIERE

Uno de los principales centros de imputación temática y normativos en el estudio del convenio colectivo es el referente a su contenido, no en vano

⁴⁷ Véase, para ambos supuestos, artículo 82.3 (párrafo sexto), ET.

D.R.© 2012. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 134, pp. 539-570.

estamos ante la fuente privativa del derecho del trabajo con el fin de regular condiciones de empleo. Pues bien, tradicionalmente se distingue entre tres grandes tipos de contenido en un convenio estatutario:

- **Normativo:** conjunto de cláusulas dirigidas a la estructura vertical o unidad de negociación, esto es, las condiciones que regirán la relación laboral, en su más pura esencia.
- **Obligacional:** cúmulo de estipulaciones que tienen como destino la estructura horizontal, es decir, a los propios sujetos o agentes negociadores con vistas a futuras negociaciones.
- **Mínimo:** aquellos dictados que necesariamente deben integrar todo convenio estatutario, so pena de poder ser promovida su impugnación.

Hay que decir que desde el renacimiento de la opción de descuelgue salarial en 1994, el legislador le otorgó tanta importancia que la incluyó como quinta pauta de contenido mínimo en la negociación colectiva estatutaria; una apuesta sin duda por reseñar su notoriedad. Sin embargo, con la reforma de 2010 se suprime esta obligación de incluir una genérica regulación sobre descuelgue salarial como contenido mínimo, a salvo de una previsión que tiene que ver con el señalamiento de los procedimientos para dirimir discrepancias en caso de acuerdo negativo.⁴⁸ La pregunta, llegados a este punto, sería: ¿qué hay de malo en la regulación normativa teórica o, en su caso, qué de negativo provoca la misma en la realidad práctica, para que década y media después el legislador aseste una estocada a tal previsión?

Intentando resumir un poco la apasionante historia de esta controversia, eran dos las críticas más exacerbadas que, desde el origen, se vertieron contra esta regulación: primera, que introducía una diferenciación entre convenios colectivos, por razón de la unidad de negociación; segunda, que entra en contradicción con la regulación general sobre inaplicación salarial ofrecida por el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Indaguemos un tanto más en cada una de las mismas.

En lo que atiende a la discriminación convencional con base en el criterio de la unidad de negociación, resulta que de las cinco históricas

⁴⁸ Véase artículo 85.3.c), ET, en la nueva redacción conformada por el artículo 5o. (apartado dos), Ley 35/2010.

pautas de contenido mínimo, sólo aquella que concierne al descuelgue es exigible a convenios estatutarios que, además, sean de ámbito superior a la empresa. En opinión personal, tiene perfecto sentido el que estas pautas de inaplicación sólo reviertan sobre convenios supraempresariales, si tenemos en cuenta su finalidad última de flexibilidad mediante la adaptación a cada empresa de las condiciones salariales, de tal manera que si no hay negociación de ámbito superior, no habrá necesidad de acomodación a cada concreta empresa.⁴⁹

Así las cosas, cabe afirmar que tiene perfecto sentido el que este tipo de cláusulas se regulen en convenios supraempresariales, lo que pudiera ser criticable es que tal previsión se enmarque como parte del contenido mínimo de los mismos, por cuanto induce a confusión por supuesta contravención —ya presentada al inicio del análisis sobre trámite procedimental— con la regulación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, controversia que, con fines de no redundar sino simplemente rememorar, se resume en una interrogante: ¿cómo puede el artículo 85 del Estatuto obligar a ciertos convenios a englobar la cláusula de descuelgue cuando resulta que la regla principal consagrada en el artículo 82 de idéntica norma va acompañada de una directriz subsidiaria que parece suprimir su eventual carácter imperativo?

Lo cierto es que han sido muchas y variadas las opiniones que a lo largo de los primeros años de vida de esta premisa han postulado la ausencia de tal contradicción, ahora bien, no resulta menos verídico que también se han mostrado contundentes los argumentos de réplica frente a las mismas. Sea como fuere, quien esto escribe postuló desde un primer momento a favor de la inexistencia de dicha antinomia, basándome con carácter principal en que, al objeto de lograr la mayor relevancia posible en el fundamento de este instrumento de descuelgue al servicio de la flexibilidad en el mercado laboral, el legislador estatutario de 1994 la erige como pauta integrante del contenido mínimo de los convenios estatutarios supraempresariales; ahora bien, si tal norma convencional no prevé una regulación específica sobre descuelgue salarial, ello no ha de dar lugar a motivo suficiente para promover la impugnación del convenio, porque, en primer término, considero que una recusación por ilegalidad ante equívocos de contenido

⁴⁹ Para un tratamiento más detallado, véase Moreno de Vega y Lomo, F., *op. cit.*, pp. 26-30.

está más pensada para errores por exceso que por defecto, esto es, que un convenio diga más de lo que debe antes que quedarse corto y, en segundo lugar, porque si obvia la regulación de descuelgue, siempre quedará el recurso a la vía alternativa reglamentada en el propio Estatuto de los Trabajadores.⁵⁰

Sea como fuere, y al margen de tales polémicas, la reforma de 2010 acaba con el problema al consagrar, en su última manifestación normativa, que con fines de descuelgue salarial sólo debe figurar como contenido mínimo los procedimientos para resolver discrepancias en la toma de acuerdos, así como la adaptación —de haberlos— de los trámites que a tales propósitos pueden establecer acuerdos profesionales. Dicho en otras palabras, contenido mínimo del convenio supraempresarial es en exclusiva aquél encaminado a solventar una posible falta de consenso sobre descuelgue, aspecto que dota al revestimiento jurídico de la figura de un marco más estético y, en términos de contenido, de menos opciones para la discusión.

VII. EPÍLOGO

La prerrogativa de inaplicación convencional de condiciones salariales resurge con fuerza en el ordenamiento laboral español, gracias a la reforma del mercado de trabajo de 1994 como instrumento al servicio de la flexibilidad, a través de la mejora en la capacidad de adaptabilidad empresarial a los continuos cambios en la realidad económica. El problema es que tal medida de descuelgue goza de reflejo normativo en el Estatuto de los Trabajadores, en tanto principal norma ordinaria que gobierna el designio de las relaciones laborales, hecho éste que de manera inmediata sirve para centrar el principal núcleo temático de discusión: ¿cómo es posible aceptar que sea la prioritaria norma encargada de regular los derechos y la protección de los trabajadores la que institucionalice en su contenido una pauta que irá en contra de sus intereses?

En el germen de esta cuestión, sin lugar a dudas se encuentra la esencia de los principales problemas interpretativos que se han ido suscitando con el paso del tiempo; aspectos tales como la posible afectación al contenido y eficacia —tanto normativa como personal— del convenio respecto del que se descuelgan, la correcta interpretación del principio de causalidad o las diversas fases e instrumentos que han de regir su funcionalidad, son

⁵⁰ Véase *ibidem*, p. 40.

cuestiones que ahí están y de las que se ha dado cuenta a lo largo de la presente reflexión. Precisamente por todo ello se está en disposición de concluir que, en relación al descuelgue salarial y mirando el lado positivo de la institución, su puesta en marcha va a permitir que ciertos trabajadores —los pertenecientes a la empresa en situación de inestabilidad económica— cobren un régimen retributivo temporalmente más bajo pero, al menos, mantengan su puesto de trabajo, ya que de no existir la opción de descuelgue quizás esa empresa desaparezca y, con ella, tales puestos de trabajo.

Así las cosas, sigo confiando en el espíritu positivo que económica y jurídico-laboralmente enarbola un proceso de descuelgue salarial; participo decididamente de esa propuesta legislativa que mira por el interés general a través de medidas de flexibilidad interna no particularmente traumáticas; ahora bien, del mismo modo es necesario confiar —cosa que no siempre acontece y sería deseable— en una eficaz labor de complemento por parte de los agentes sociales, pues su papel es trascendental (acaso cada día que pasa con mayor intensidad) en el plano regulador de las condiciones de trabajo.

Sin embargo, como último aporte a este trabajo, y en contraste, me permito ir advirtiéndolo, con el sentimiento personal que acaba de ser narrado: emerge en el ordenamiento español una nueva reforma en la materia, protagonizada por el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero,⁵¹ la gran reforma laboral auspiciada por el nuevo ejecutivo, el presidente Rajoy, y que se materializa al margen, en la mayoría de sus postulados, del acuerdo con los agentes sociales. No es mi intención entrar al detalle, en esta colaboración, en el estudio del nuevo entramado normativo que gobierna la prerrogativa de descuelgue salarial, entre otras cosas porque a la fecha de cierre de este trabajo, la mencionada norma no ha sido aún convalidada por el Parlamento, y puede dar lugar a reformas sobre reformas. Sea como fuere, no me resisto a dejar constancia de una primera impresión personal al respecto.

Las modificaciones tramitadas en 2010, y que sí han sido abordadas en esta investigación, no han ofrecido los frutos apetecidos. La cláusula de descuelgue ha sido escasamente utilizada, y en los casos en que efectivamente ha tenido incidencia, ha provocado más problemas que beneficios, ya que

⁵¹ BOE de 18 de febrero de 2012.

D.R.© 2012. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 134, pp. 539-570.

los posibles acuerdos quedaban paralizados por falta de consenso entre las partes, es decir, aunque se promueven los procedimientos, a la postre quedan vacíos de contenido. Siendo así las cosas, en 2012 trata de reordenarse esta situación, pero de un modo que, en mi opinión, no es aceptable; el legislador de 2012 desnaturaliza la figura al subsumirla como una opción de modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, la cual tiene un tratamiento independiente. Expresado en otros términos, se promueve el final de una institución con vida propia, que ya nace condicionada por una tacha de inconstitucionalidad a través de su integración en un régimen jurídico no menos vidrioso, pero dogmáticamente más discreto, además de políticamente correcto.

Quiero concluir, por ende, que mis sensaciones de cara al futuro no son especialmente buenas, no obstante deviene preceptivo el transcurso de un prudencial periodo de tiempo que posibilite una oportuna valoración de resultados, tras la definitiva reordenación legislativa de la temática.