

## **Reforma laboral, flexibilidad interna en la empresa y régimen retributivo convencional**

Fernando Moreno de Vega y Lomo  
Profesor Titular de Universidad  
Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social  
Universidad de Salamanca

### **I. INTRODUCCIÓN.**

La estructura del sistema de relaciones laborales propio 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 los años 1.873 y 1.978 de dos formas de estado republicano, un estado nacional sindicalista al albergar 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<sup>1</sup>.

Situándonos a este respecto en la historia más reciente -y por tal cabe entender la enarbolada desde la reforma del mercado de trabajo de 1.994 hasta el momento presente- el objetivo prioritario es el de articular los mecanismos oportunos para, manteniendo los niveles de protección e igualdad entre las partes propios 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. La reforma laboral de 1.994 facilita la novedosa consideración de la negociación colectiva a través de una reducción de la intervención normativa del legislador estatal -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- pero también mediante la atribución de otros campos a la fuente privativa con carácter "ex novo", gracias a lo

---

<sup>1</sup> Vid., F. VALDÉS DAL-RE: "Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva"; *Relaciones Laborales, 1995-I*.

cual se posibilita una vía de actuación directa frente al operativo de orden mediato, por delegación, que representa la anterior opción<sup>2</sup>.

En este orden de cosas y como exponente de ambas líneas de actuación, resulta preceptivo incidir en el operativo -de origen relativamente novedoso- 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 oportuno el ejercicio de estimular la negociación colectiva y, en particular, este peculiar régimen de inaplicación salarial como nítida declaración de flexi-seguridad 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 2.010 renovar ciertos aspectos legales de su aparato funcional al considerarse una infravalorada opción de flexibilidad interna 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 régimen activo, con especial mención a la resolución de controversias que el transcurso de sus diferentes etapas pueda ocasionar; por ello la presente investigación se centrará en aquellos aspectos que han merecido tal atención para el legislador de la reciente enmienda normativa.

## **II. EL PRESUPUESTO DE LA INESTABILIDAD ECONÓMICA COMO GERMEN DEL PROCESO.**

Mediante una primera aproximación a buen seguro informal pero sin duda ilustrativa a lo que cabe sea una definición de cláusula de descuelgue salarial, a estas alturas sólo recordar la misma como aquella prerrogativa de base legal en cuya virtud las 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 pasar a regirse por otro más apropiado -reducido, cabe entender- acorde a su desequilibrio presupuestario.

---

<sup>2</sup> Vid., J. MATÍA PRIM: “Sentido y alcance de la reforma del mercado de trabajo”, en AAVV, *La Reforma del Mercado Laboral*, Editorial Lex Nova, 1994.

Dentro del vasto cúmulo de apreciaciones interpretativas que cabe sugerir, 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, la causa, que posibilita esta modificación en ciertas condiciones de trabajo. Pues bien, tras la última modificación legal del artículo 82.3 ET arbitrada por la Ley 35/2010<sup>3</sup>, 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 arbitrado en 1.994<sup>4</sup>. Deviene necesaria 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 si bien bajo unos trazos excesivamente genéricos. Esta previsión puede originar una doble lectura: por un lado, una regla tan abstracta otorga unas amplias posibilidades de concreción a la negociación colectiva, 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 ley 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:

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, 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

---

<sup>3</sup> BOE de 18 de septiembre de 2010.

<sup>4</sup> *Vid.*, artículo 6, apartado uno, Ley 35/2010.

de vigencia de la norma, así como también aquellos que pudieran convertir en inviable el desarrollo de la propia actividad empresarial<sup>5</sup>.

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, por cuanto habilitar una práctica de descuelgue con fundamento en una situación de pérdidas que pudiera llegar a producirse puede ser un germen de exégesis falaz; sea como fuere, no se trata tampoco de una práctica ilícita. En lo que concierne, por otro lado, al ámbito espacial, subrayar que el déficit cubre a la empresa en su conjunto pero no en exclusiva a una de sus unidades productivas en caso de organización pluricelular<sup>6</sup>. En este aspecto, también sería conveniente una labor de complemento por parte de la negociación colectiva.

Junto a estos dos grandes focos de atención temática, 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 cuanto la prueba de la misma<sup>7</sup>- así como la precisión de la duración mínima de tal crisis -como regla general comúnmente aceptada, el bienio inmediatamente anterior a la solicitud de inaplicación salarial- aspecto éste que no debe confundir al lector por cuanto, aunque se trata de una nueva reflexión a enmarcar en el segmento temporal del descuelgue, no coincide con la aportada en líneas previas; entonces se analizaba el cuándo debe materializarse el daño económico, ahora se presenta el hasta cuándo debe ser condicionante a resultas de poder aplicar un trámite de descuelgue<sup>8</sup>.

## **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 35/2.010 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

---

<sup>5</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; Editorial Tirant lo Blanch, 2001, páginas 59 a 64.

<sup>6</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; páginas 65 a 71.

<sup>7</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; páginas 71 a 79.

<sup>8</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; páginas 79 a 87.

aquello que, sin más, ha de ser considerado como el espíritu de esta práctica de descuelgue.

Cuando se realiza una aproximación inicial al espíritu 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; 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. Ésta es la idea que intencionadamente se refleja por el legislador en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 10/2.010, en el sentido de promover este tipo de prácticas como alternativa a la destrucción masiva de puestos de trabajo<sup>9</sup>, siempre que, eso sí, la negociación colectiva 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 social<sup>10</sup> 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.

### **III. EL TRÁMITE PROCEDIMENTAL PARA UN DESCUELQUE SALARIAL.**

Sin lugar a dudas, cabe asentir que nos hallamos ante el núcleo temático central que justifica la reforma de la materia acontecida en 2.010. Desde la génesis de la cláusula de descuelgue salarial en 1.994, 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 ET, 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

---

<sup>9</sup> 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 obstante, concluyen en que sigue siendo una sólo pero más específica o detallada, tesis que evidentemente suscribo. *Vid.*, a este respecto J. GORELLI HERNÁNDEZ: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”; *Actualidad Laboral*, 2011, nº 4, páginas 410 y 411.

<sup>10</sup> *Vid.*, M.C. PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho del Trabajo e Ideología. Medio siglo de formación ideológica del derecho del Trabajo español (1873-1923)*; Editorial Tecnos, 5ª edición, 1995, páginas 5 a 9.

percatarse 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 ET y de ámbito superior a la empresa<sup>11</sup>. Así las cosas, hasta la reforma de 2.010, se enarbolaban dos opciones de gobierno para un potencial descuelgue: el procedimiento principal -de origen convencional- y el secundario -de origen legal<sup>12</sup>-. 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 una inversión de las tornas respecto al quién ostenta la voz cantante en un trámite formal 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 al 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 ET.

### **1. Activación del expediente.**

Comenzando por la que sería fase de inicio, la principal novedad es quién haya de ser el órgano receptor de la solicitud de descuelgue. A este respecto, la novedosa 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.*”<sup>13</sup>, 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 35/2.010, 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 ET, esto es, la habilitación negociadora preceptuada para convenios estatutarios a nivel de empresa o inferior.

---

<sup>11</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; páginas 31 a 40.

<sup>12</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; páginas 88 a 122.

<sup>13</sup> Nueva redacción del artículo 82.3, párrafo segundo, ET.

2ª. En caso de ausencia de tales órganos representativos y por remisión al artículo 41.4 ET en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, podrán tener presencia los propios trabajadores de la empresa afectada<sup>14</sup>.

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 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 del primer interrogante, en principio la respuesta es negativa en tanto el artículo 87.1 ET 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 las tornas a favor de otra de talante positivo, por tanto de exclusión en el juego del descuelgue, en base a la interpretación literal del novedoso artículo 82.3 (párrafo tercero) ET, que expresamente refiere a la representación legal, debiendo entenderse por tal la de carácter unitario al amparo del Título III ET pero no la voluntaria de origen sindical conforme a lo previsto en los artículos 8 y 10 LOLS. En mi opinión, sí que es admisible el juego de la representación sindical, pues el calificativo de legal al que acabo de referirme no juega tanto en su tenor de obligatoriedad sino por su referencia a la ley, concretamente al artículo 87.1 ET; aspecto distinto es el 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<sup>15</sup>.

En relación al segundo cuestionamiento, la controversia gira en torno a que 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

---

<sup>14</sup> *Vid.*, artículo 41.4, párrafo tercero, en la nueva redacción conformada por el artículo 5 Ley 35/2010.

<sup>15</sup> Puntualizar que los delegados sindicales, en tanto órganos de representación sindical y carácter unipersonal, sí quedan novedosamente excluidos 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.

empresa que impulsa la inaplicación y que, cabe recordar, reviste la misma eficacia jurídica de carácter normativo, 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.

## **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 éste 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, pues se trata de dos prerrogativas fuertemente revitalizadas con la reforma de 1.994, 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.

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 también el ámbito personal de la misma, localizándose en la empresa, en cuanto tal, para el descuelgue salarial, o bien, por el contrario, 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 ET.

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 afín.

Tras esta inicial reflexión de corte dogmático, centro la 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<sup>16</sup>, 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. En la actualidad, sin embargo, la práctica en el florecimiento de este trámite de descuelgue ya está mucho más acompañada gracias al artículo 41.4 ET -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 que, como objeto, se abordarán los motivos de tal decisión empresarial así como las pautas necesarias para la minimización de sus efectos supuestamente negativos.

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 2.010 se muestra mucho más preciso y al tiempo contundente que el del año 1.994. 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. A día de hoy y quizá 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.

---

<sup>16</sup> Vid., I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: *Ley y Autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*; MTSS, 1987.

#### **IV. 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 35/2.010. 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 procedimental en sentido propio, ya que están vinculados en una evidente relación causa-efecto; el objetivo no es el de resultar 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 materializa el factor esencialmente 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 ET -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 las causas para su impugnación. La notoriedad de estos temas, apoya un examen por separado de cada uno de los mismos.

## 1.1. La presunción de sus causas justificativas.

De manera sorprendente, el artículo 82.3 (párrafo cuarto) ET 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 tesitura de inestabilidad económica; lo que parece que 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. Así las cosas, considero que si el legislador estatal quiere arbitrar una presunción de causas justificativas a efectos de que todo convenio estatutario supraempresarial albergue en su clausulado los condicionantes y procedimientos para el descuelgue, cabe aceptarlo teniendo en cuenta que ya no toda esta temática es contenido mínimo de la norma convenida, incluso pensando si tal presunción de inestabilidad económica se dirige a la solicitud de entablar negociaciones en orden a un futuro pacto pudiera tener su sentido 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 sustenta 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 la presente 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 nuestra realidad económica y social.

## **1.2. En torno al contenido del acuerdo.**

Con anterioridad a la reforma de 2.010, 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 ET en el que se prevén tres grandes postulados de contenido y que, en consecuencia, resulta necesario analizar: el nuevo régimen salarial aplicable por efecto del descuelgue, la que cabría denominar en términos coloquiales como cláusula de “re-cuelgue” salarial y una previsión sobre duración máxima de la inaplicación. Todo ello, cabe entender, no opera como clausulado máximo sino más bien de carácter 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 inacabado 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 2.010 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 trato en el seno de la empresa afectada en el que se estipule el régimen económico alternativo que habrá de ser aplicado. Ahora bien, no es menos cierto que, hasta el año 2.010, 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 ese compromiso salarial de sustitución, lo cual no venía expresamente reconocido -tampoco prohibido- por la norma estatutaria<sup>17</sup>.

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 en base a 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 2.010, ahora queda 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 2.010 subrayando la importancia de las denominadas -en recurso nuevamente a la terminología coloquial- cláusulas de recuelgue salarial<sup>18</sup>.

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. 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

---

<sup>17</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; páginas 124 y 125.

<sup>18</sup> Vid., artículo 83.3, párrafo quinto, ET.

sido una demanda constante -que yo suscribo<sup>19</sup>- en la exégesis de los estudiosos del Derecho del Trabajo que ahora, por fin, ve 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 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 1.994 y que, por contra, ahora pasa a ostentar un pasaje legal: la duración del descuelgue salarial. Hasta el año 2.010 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 re-cuelgue, pero ahora el legislador de 2.010 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<sup>20</sup>.

Ambas premisas parecen revestidas de cierta lógica y por tanto deben contribuir a la causa a efectos 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 causa de sucesión de normas convencionales, dado que estamos ante un postulado que forma parte del contenido normativo del convenio colectivo estatutario.

---

<sup>19</sup> *Vid.*, F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; página 78.

<sup>20</sup> *Vid.*, artículo 82.3, párrafo quinto, ET.

### **1.3. La notificación del acuerdo de descuelgue a la comisión paritaria.**

Este requisito, accesorio sin lugar a dudas respecto al principal de la adopción del acuerdo, venía siendo ya contemplado por la mayoritaria práctica convencional hasta la reforma de 2.010<sup>21</sup>, 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. Así las cosas y, de entrada, una previsión legal de este tenor merece un reconocimiento 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 en base a lo que, entiendo, es una deficiente regulación por parte del legislador.

Es cierto que aunque hasta el 2.010 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 al efecto de ratificar la aprobación del acuerdo o, simplemente, el tratarse de un sencillo órgano receptor a efectos 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 de una previsión legal

---

<sup>21</sup> *Vid.*, F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; páginas 106 a 108.

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

#### **1.4. 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”<sup>22</sup>. La principal reflexión que este presupuesto legal sugiere es que, adoptado el acuerdo, el mismo sólo podrá ser 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 el 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; pero, no es menos cierto el 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 2.010 se produce una interesante novedad -doble además- con apoyo en las últimas manifestaciones normativas.

En primer lugar y a tenor del Real Decreto Ley 10/2.010<sup>23</sup>, 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.

---

<sup>22</sup> Vid., artículo 82.3, párrafo cuarto, ET.

<sup>23</sup> BOE de 17 de junio de 2010.

En segundo término y respecto de esta inicial plantilla temática, la Ley 35/2.010 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<sup>24</sup>.

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 atiene 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.

Con todo y con ello, 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.

---

<sup>24</sup> *Vid.*, para ambos supuestos., artículo 82.3, párrafo sexto, ET.

## **V. UNA REFLEXIÓN EN PARTICULAR: LA INCLUSIÓN DEL RÉGIMEN DE DESCUELQUE COMO CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO ESTATUTARIO Y LAS CONTROVERSIAS QUE ELLO SUGIERE.**

Uno de los principales centros de imputación temática y normativa en el estudio del convenio colectivo es el referente a su contenido, no en vano estamos ante la fuente privativa del Derecho del Trabajo al efecto de regular condiciones de empleo. Hay que decir que desde el renacimiento de la opción de descuelgue salarial en 1.994, 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 2.010 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<sup>25</sup>. 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 ofertada por el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Indaguemos un tanto más en cada una de las mismas.

En lo que atiene a la discriminación convencional en base al criterio de la unidad de negociación, resulta que de las cinco históricas 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.

---

<sup>25</sup> *Vid.*, artículo 85.3.c) ET, en la nueva redacción conformada por el artículo 5, apartado dos, Ley 35/2010.

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, a efectos de no redundar sino simplemente recordar, se resume en un interrogante: ¿cómo puede el artículo 85 del Estatuto obligar a ciertos convenios a contemplar 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 varias 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 1.994 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 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<sup>26</sup>.

Sea como fuere y al margen de tales polémicas, la reforma de 2.010 acaba con el problema al consagrar, en su última manifestación normativa, que a efectos 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 efectos pueden establecer acuerdos profesionales. Dicho en otras palabras, contenido mínimo del convenio supraempresarial es en exclusiva aquel encaminado a solventar una posible falta de consenso sobre descuelgue,

---

<sup>26</sup> Vid., F. MORENO DE VEGA Y LOMO: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*; página 40.

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.

## **VI. 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 1.994 como instrumento al servicio de la flexibilidad mediante 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 el 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 correcta interpretación del principio de causalidad o las diversas fases e instrumentos que han de regir su funcionalidad, son 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 quizá 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 mediante 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.

