

EL DESCUELGUE SALARIAL

Daniel Toscani Giménez. Profesor Titular de la Universidad de Valenciana

Comunicación presentada a la Ponencia de Belén Villalba Salvador

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN JURIDICO DE DESCUELGUE POR LA REFORMA LABORAL. III. MEDIDAS EN SUPUESTOS DE FALTA DE ACUERDO O FALTA DE REPRESENTANTES.

I. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de descuelgue salarial afectan al “núcleo duro” del convenio colectivo, Por esta razón en la normativa anterior a la reforma laboral el descuelgue debía contemplarse en el convenio colectivo supraempresarial obligatoriamente formando parte de su contenido mínimo (art. 85.3, c) del ET). Ya aquí se planteaba el primer problema: la intervención de la ley sobre el propio contenido del convenio colectivo y la facultad dispositiva de los negociadores del convenio¹.

Tras la reforma laboral de 2010 se ha modificado este precepto de manera que el contenido mínimo se refiere ahora a los “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3”.

En materia de descuelgue salarial tras la reforma, por otro lado, rigen prácticamente los mismos principios que se han establecido para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, incluyendo el sistema de solución de discrepancias, y el supuestos de ausencia de representantes legales de los trabajadores. La diferencia con el régimen previsto en el art. 82 del ET antes de la reforma es muy clara: ya no es el convenio colectivo el que tiene el monopolio en la determinación y regulación del descuelgue, ya no es contenido mínimo obligatorio, ni se exige acuerdo y control de la propia Comisión Paritaria del convenio colectivo, para que puede llevarse a cabo a nivel empresarial, sino que el protagonismo se otorga ahora al acuerdo con los representantes de los trabajadores o con una comisión “ad hoc”.

Es decir, antes de la reforma laboral era el propio convenio colectivo supraempresarial el que regulaba las condiciones y requisitos del descuelgue y sólo de manera complementaria y en las condiciones previstas en el propio convenio se llamaba al acuerdo entre la empresa y los

¹ BAYLOS GRAU, A., “Cláusulas de descuelgue” en “reforma laboral y negociación colectiva” en VII Jornadas de Estudios de negociación colectiva, de 9 de junio de 1994, 1995, pp.109-126 y en CASAS BAAMONDE, M.E., y VALDES DAL RE, F.,” La reforma del estatuto de los trabajadores” Madrid, 1994, pp322-340, CORREA CARRASCO, M., “Convenios y acuerdos colectivos de trabajo”, Pamplona 1997, Aranzadi, p.109.

representantes legales de los trabajadores. Incluso en tal supuesto, en defecto de acuerdo resolvía la discrepancia la Comisión Paritaria del Convenio. Se trataba con ello de “encauzar” este tipo de “desviaciones” por cauces necesariamente colectivos, que garantizaran la intervención de una instancia representativa de los trabajadores en la adopción de las decisiones correspondientes con el fin de hacerlo compatible con los principios que informan el desenvolvimiento del sistema sindical español. Así, a través de la remisión a instrumentos convencionales de naturaleza forzosamente colectiva, las normas reguladoras del “descuelgue” buscaban garantizar, antes que nada, que sea la propia autonomía colectiva la que, sin injerencias de instancias o poderes distintos, asuma la delicada tarea de *“corregirse a sí misma”*².

En el art. 82.3 del ET antes de la reforma laboral de 2010 se establecía el siguiente régimen jurídico para el descuelgue:

- El descuelgue lo era sólo de “los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa.
- Estos convenios colectivos establecían las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo.
- Podían solicitar el descuelgue las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación.
- Si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, esta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia se solventaba por la comisión paritaria del convenio.
- La determinación de las nuevas condiciones salariales se producía mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, en su defecto, podían encomendarla a la Comisión Paritaria del convenio”.
- Si la Comisión Paritaria no llegaba a un acuerdo sobre esta cuestión y se producía un bloqueo el convenio debía haber previsto los medios para solventar la discrepancia. Así el art. 85.3.e) establecía y sigue estableciendo como contenido mínimo del convenio: “e) La designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión”.

² PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Mecanismos de descuelgue salarial”, AL, 1997, núm. 10, pág. 191.

Esta regulación obedecía a que la cuestión del salario es un dato clave, junto a la jornada, para la competencia entre las empresas, de manera que se justificaba un reforzamiento del papel del convenio colectivo cara a los acuerdos de empresa de modificación de condiciones de trabajo para evitar problemas de competencia y dumping social³. Por esa razón es el propio convenio el que contenía en materia salarial la regulación del descuelgue, limitando así su alcance al prever excepciones. No se trataba tanto de inaplicación del convenio sino de aplicar el mismo también en aquellos casos en que se admitían excepciones a la aplicación del régimen salarial.

Todo esto ha resultado modificado por la reforma laboral, al equipararse los procedimientos de modificación y de descuelgue, con lo que pierde relevancia la cuestión ya vista de si el art. 41 era idóneo o no para modificar la retribución desde el punto de vista cuantitativo. Por otra parte el riesgo para la competencia y el dumping social aumenta con la reforma laboral al depender ya directamente del acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa o incluso de los trabajadores cuando no haya representantes la decisión de no aplicar -, y en este caso ya estamos, esta vez sí, verdaderamente ante una “inaplicación del convenio”-, las condiciones retributivas reguladas por el convenio colectivo.

II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN JURIDICO DE DESCUELGO POR LA REFORMA LABORAL

En efecto, la reforma laboral de 2010 ha vaciado de protagonismo al propio convenio colectivo y a su Comisión Paritaria, pues habilita al acuerdo de empresa con los representantes para disponer del régimen salarial sin que en principio, al parecer, tal facultad venga condicionada por el convenio. Incluso cabe hablar de que de este modo se procede a una “reforma encubierta” del sistema de negociación colectiva⁴.

En efecto el nuevo art. 82.3 del ET establece ahora el siguiente régimen jurídico:

- Se sigue refiriendo a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa.
- El descuelgue puede llevarse a cabo por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en

³ Así, MELENDEZ MORILLO-VELARDE y SEMPERE NAVARRO, A. “El descuelgue salarial como paliativo de las crisis económicas” en SEMPERE NAVARRO (Dir.) “Medidas laborales para empresas en crisis” Pamplona, 2009, Thomson-Aranzadi, p.93.

⁴ SANGUINETI, W., “Sistema de empresa y descuelgue convencional” en El Empleador en el Derecho del Trabajo, Madrid, 1999, p.344.

el ET.

- No obstante, en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET.
- Las causas del descuelgue se dan cuando la aplicación del régimen salarial pudiera dañar la situación y perspectivas económicas de la empresa afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.
- Se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 del ET.
- Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo anterior y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.
- El acuerdo deberá ser notificado a la Comisión Paritaria del convenio colectivo.
- El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración.
- El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género.
- Se elimina del contenido mínimo de los convenios colectivos, en el art. 85.3 del ET la referencia a la regulación de las condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial y se sustituye ahora por la regulación de los procedimientos para solventar de manera más efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial

- En efecto, mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 del ET, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 del ET.

La razón del cambio puede hallarse en que los convenios colectivos han exigido a muchas veces condiciones muy duras y restrictivas para que procediera el descuelgue salarial que lo han hecho en muchos caso inaplicable. Sin embargo, no parece que ello haya supuesto un gran problema para los interlocutores sociales, ni siquiera para la representación empresarial, como se observa en el Acuerdo para el empleo y negociación colectiva (BOE 22 de febrero de 2010) que cuando se refiere a la cláusula de inaplicación salarial establece lo siguiente:

“La llamada cláusula de inaplicación del régimen salarial o de descuelgue salarial **forma parte del contenido mínimo de los convenios colectivos de ámbito superior al de empresa.** Durante la vigencia de este Acuerdo, la transcendencia del objetivo de preservar el empleo y las dificultades de financiación que atraviesan las empresas, justifican la conveniencia de posibilitar la inaplicación de los incrementos salariales del convenio correspondiente a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada, como consecuencia de tal aplicación.

A tal efecto, las partes firmantes someten a la consideración de los negociadores que, cuando una empresa se encuentre en tal situación y considere imprescindible no aplicar el régimen salarial, **será necesario seguir el procedimiento previsto en el propio convenio** y en todo caso, con carácter previo, ponerlo en conocimiento de la Comisión Paritaria o Mixta del Convenio Colectivo con justificación de las razones de inestabilidad económica por las que se pretende tal inaplicación. En el supuesto de desacuerdo entre las partes, dicha Comisión ofrecerá los mecanismos de composición previstos en los convenios colectivos o en los Sistemas de Mediación y Arbitraje correspondientes.

Igualmente **será necesario que exponga las razones de empleo, los compromisos que en tal materia debe adquirir**, el plan de retorno a la aplicación del convenio en lo económico, y los mecanismos de información necesarios para su verificación”.

La exposición de motivos del RDL 10/2010 y de la ley de reforma laboral, en cambio, no menciona

claramente que se mueve en una línea distinta e incluso contraria a la del Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva. De ahí que una cierta mala conciencia le lleve a decir que se trata de “establecer los supuestos y condiciones en los que pueda ser necesaria una inaplicación excepcional de lo establecido en un convenio colectivo como medio para evitar la destrucción de puestos de trabajo. Todo ello teniendo bien presente que la negociación colectiva constituye el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad de las empresas a las necesidades cambiantes de la situación económica y para encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores”. Pero lo cierto es que hay una censura clara a la negociación colectiva, a la eficacia de la misma para llevar a cabo tal objetivo.

A este respecto, al art. 6 del Real Decreto-Ley 10/2010 y de la ley de reforma laboral al dar una nueva redacción al art. 82.3 del ET, regula **las condiciones y el procedimiento para llevar a cabo el referido descuelgue salarial, en detrimento de la negociación colectiva**, que con anterioridad era la encargada, en virtud de la remisión que realizaba el art. 82.3, en su antigua redacción, de establecer las referidas condiciones y procedimiento. Ahora se le relega a fijar los procedimientos de mediación y arbitraje para resolver las posibles discrepancias. Se opta por restar protagonismo a la negociación colectiva en favor de la ley con el propósito de articular un régimen de inaplicación salarial común para todas las empresas, en aras a una mayor seguridad jurídica que viene a solucionar muchos de los problemas interpretativos que se planteaban con la anterior regulación, cuando el convenio colectivo de ámbito superior omitía la posibilidad del descuelgue salarial⁵.

El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores sigue siendo necesario como en la regulación anterior⁶ pero ya no queda clara su relación con lo previsto en el convenio. En el antiguo art. 82.3 el papel autónomo del acuerdo sólo se daba “si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación”. Lo que era un procedimiento excepcional parece querer convertirse ahora en el normal, sin que se precise si esto será posible incluso pese a las condiciones y requisitos del descuelgue que se contemplen en convenio colectivo. Es decir, la cuestión es si el acuerdo puede a su vez descolgarse de los salarios y también de la regulación de la materia establecida en el convenio colectivo. También surge la cuestión de si se trata de una norma de Derecho Necesario que impide a la negociación colectiva supraempresarial recobrar su primacía y protagonismo, regulando de otro modo el descuelgue⁷ o no⁸, esto es, si el convenio

⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELENDEZ MORRILLO-VALVERDE, L., “Convenios colectivos y descuelgue salarial”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), “La Reforma Laboral de 2010”, Navarra, 2010, ed. Thomson-Aranzadi..

⁶ STSJ Cataluña de 3 de octubre de 2007 (AS 2347).

⁷ A favor de la primera interpretación se pronuncian GUALDA, F. y GUALDA, M., “Principales novedades del RDL 10/2010 de 16 de junio (Boe de 17 de junio) sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo” RDS n.50/2010, p. 231, tesis que compartimos.

⁸ En este sentido ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad

colectivo puede todavía disponer de medios para controlar, verificar o restringir las facultades del acuerdo a nivel de empresa. Lo que no parece que pueda el convenio colectivo es impedir la existencia del propio acuerdo, la propia facultad de los representantes, aunque sí, a nuestro juicio, los requisitos, condiciones del descuelgue pues de otro modo se estaría vulnerando el derecho constitucional a la negociación colectiva.

Con anterioridad a la reforma, la antigua redacción del art. 82.3 establecía como causa para poder llevar a cabo el descuelgue salarial, de forma supletoria, el hecho de que el convenio colectivo supraempresarial no contemplaba una regulación expresa al respecto, cuando así lo requiriera la **situación económica de la empresa**. El descuelgue sólo se podía producir cuando la estabilidad económica de la empresa pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. Podía darse por reducción de beneficios, o incluso por la existencia de pérdidas, pero sin exigir que afecte a la viabilidad de la empresa o el empleo. Aunque se ha señalado que la finalidad y la causalidad del descuelgue o la acomodación salarial impiden que pueda utilizarse como mecanismo de dumping social, lo cierto es que su propia existencia viene a alterar las reglas de competencia al fijar salarios más bajos que las empresas que si aplican el régimen salarial del convenio colectivo alterando así una de las finalidades del convenio colectivo.

No obstante, era bastante imprecisa la redacción anterior cuando justificaba el descuelgue en que la aplicación del convenio colectivo hubiera podido causar “daño en la estabilidad económica de la empresa” y afectara por tanto a su viabilidad. Pero era lógica esta redacción ya que luego el convenio colectivo era el que venía a regular las causas, los requisitos y la forma de acreditarlos. Dadas las facultades que ahora se otorgan al acuerdo de empresa, es más importante todavía si cabe precisar el supuesto y sus requisitos causales. Al limitarse a la situación económica o a la estabilidad económica el precepto se estaba refiriendo a que la aplicación del régimen salarial acarreará pérdidas a la empresa⁹, afectando a la totalidad del régimen salarial o a aspectos relevantes del mismo¹⁰. Pese a la imprecisión del antiguo art.82.3 del ET, el convenio colectivo suplía sin ningún género de problemas cómo se precisaba o concretaba el daño a la estabilidad económica y los requisitos exigibles, no bastando en muchas ocasiones la simple existencia de pérdidas, sino exigiendo otras medidas previas antes de recurrir a las extremas de descuelgue salarial, garantizando que era una vía alternativa a los despidos económicos con obligaciones de

interna” en AAVV, “La reforma laboral del RDL 10/2010”, Valencia, 2010, ed. Tirant., p.123, según el cual “es la norma legal la que regula directamente el procedimiento y condiciones del descuelgue salarial, excluyendo la negociación colectiva”.

⁹ BODAS MARTIN, R. La incidencia de la crisis económica en la negociación colectiva: alternativas a la crisis económica” en BODAS MARTIN, R. (Coord.)”La negociación colectiva ante la crisis económica” Albacete 2010, ed. Bomarzo., p.19 y STSJ Cantabria de 16 de abril de 2001 (AS.1425) 18 de octubre de 2004 (AS 2520), Cataluña 3 de octubre de 2007 (AS.2347).

¹⁰ STSJ Valladolid de 2 de mayo de 2006 (RJ 1442).

mantenimiento del empleo, entre otras¹¹ de manera que, si se daban los requisitos exigidos en el convenio, el descuelgue podía producirse¹² sin que pudieran negarse los representantes de los trabajadores al acuerdo ni los propios trabajadores afectados. Era el juez el que en última instancia decidía sobre esta cuestión.

Y en esa línea se sigue moviendo el Acuerdo Interconfederal para el empleo y la negociación colectiva de 2010, ya mencionado, cuando dice que “será necesario que exponga las razones de empleo, los compromisos que en tal materia debe adquirir”.

En la redacción anterior a la reforma de 2010, las exigencias causales se aproximaban más a las de las causas extintivas que a las de las modificativas¹³. La aproximación se habría reforzado todavía más con la reforma laboral.

Ahora, la nueva redacción del art. 82.3, de un lado, sigue hablando de la situación económica de la empresa, lo que ha de interpretarse en el mismo sentido que antes de la reforma, es decir, como situación económica ya existente. No obstante, ya se aceptaba que pudiera valorarse de manera preventiva los efectos de futuro sobre la aplicación del régimen salarial del convenio colectivo¹⁴. Pero, además, ahora se exige un requisito adicional: que **afecte “a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la empresa”**. Así, parece que ahora la exigencia causal para poder aplicar el descuelgue es menor, pues no parece que se exija de forma conjunta como condicionante para autorizar la referida inaplicación salarial tanto una situación económica, que probablemente haya que seguir entendiendo como antes de la reforma, es decir, negativa, pese a que continúa la imprecisión del texto legal, sino también como un peligro futuro para el mantenimiento del empleo, aunque no esté en juego su viabilidad.

Con la reforma laboral de 2010 se añade como elemento adicional que siempre exista riesgo para el mantenimiento del empleo por la aplicación del régimen salarial, y no mera alteración de los resultados económicos, aunque por otro lado no deja de ser una fórmula muy genérica de difícil control, pues no deja de encuadrarse en las causas de los arts. 51 y 52 del ET¹⁵.

La empresa por tanto deberá **acreditar las causas** e informar de manera suficiente a los representantes de los trabajadores. La ley de reforma laboral recoge también para este supuesto la presunción establecida en los arts. 40 y 41, es decir, que en caso de acuerdo “se entenderá que

¹¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MELENDEZ MORRILLO-VALVERDE, L., “Convenios colectivos y descuelgue salarial” cit. pp.64-76.

¹² STS de 9 de junio de 1995, (RJ 4885), STSJ Baleares 2 de septiembre de 2002 (AS.3483), Cataluña 3 de octubre de 2007, (AS. 2347).

¹³ BODAS MARTIN, R. op.cit.p.19.

¹⁴ En este sentido ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones...” op. cit. p.125.

¹⁵ De ahí la enmienda n. 118 de Esquerra/IU/Iniciativa de suprimir las causas nuevas del descuelgue.

concurrir las causas justificativas” de manera que el acuerdo “sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso del derecho en su conclusión”, no por su contenido. Pese a ello entendemos que el acuerdo sin más no supone la acreditación de las causas, sino que sólo operaría como una presunción que admite prueba en contrario, pues dadas las graves repercusiones directas que supone sobre una de las condiciones de trabajo como el salario, indirectas sobre la cotización a la Seguridad Social, el IRPF, etc., ello no debe impedir un control por parte de la Inspección de Trabajo y en su caso por el juez si se produce actividad inspectora, denuncias o reclamaciones. Nos inclinamos por esta interpretación¹⁶ pese a que en el art. 82.3 del ET se recoja una fórmula similar a la del art. 41. Nos remitimos de todos modos a lo señalado más arriba sobre la interpretación de esta presunción en la modificación de condiciones.

III. MEDIDAS EN SUPUESTOS DE FALTA DE ACUERDO O FALTA DE REPRESENTANTES

En cuanto a la **solución de las discrepancias** entre representantes de la empresa y empresario, el art. 82.3 antes de la reforma establecía que “de no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la Comisión Paritaria del convenio”.

El nuevo art. 82.3 del ET contempla diversas soluciones. Y sobre las mismas puede intervenir y prever algo el propio convenio colectivo, como, por ejemplo, que la discrepancia se resuelva por la Comisión Paritaria del convenio colectivo como en el sistema anterior toda vez que la resolución de la controversia es obligada pues el objetivo esencial es, como dice la exposición de motivos del RDL 10/2010 y de la ley de reforma laboral, “favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de régimen salarial establecido afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo. Para ello, se regule de manera más completa este procedimiento y se apela también aquí a la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias”.

Y tal bloqueo en el sistema anterior se encontraba, bien en los requisitos y condiciones previstas en el propio convenio colectivo, bien en la falta de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Por ello la reforma entiende que “no es posible mantener una regulación legal que conduce a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para estos casos de desacuerdo y que es esencial, por tanto, habilitar un procedimiento para resolver estas discrepancias”.

Y así , tras la reforma laboral de 2010 en caso de desacuerdo entre las partes será necesario acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenios o

¹⁶ En el mismo sentido GUALDA F. y GUALDA, M., op. cit. p. 231.

acuerdos interprofesionales. Los convenios o acuerdos interprofesionales podrán establecer el compromiso previo de someterse a un arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 de esta Ley.

De ahí la modificación de la letra c) del apartado 3 del artículo 85 del ET sobre el contenido de los convenios colectivos, pues deberán prever “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos”.

En los supuestos de **ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa**, se procede de manera similar a lo que ya se vio en modificación de condiciones del art. 41 del ET y con idénticos problemas de constitucionalidad, a nuestro juicio. En supuestos de descuelgue con anterioridad a la reforma laboral de 2010 alguna sentencia aislada admitió el descuelgue mediante acuerdo con los trabajadores¹⁷ en su conjunto cuando no hubiera representantes legales de los trabajadores y el convenio colectivo al regular el descuelgue exigiera tal acuerdo.

El **acuerdo de inaplicación** deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración. Por algunos sectores se ha planteado que al afectar a una materia tan importante como el salario la duración debería ser anual¹⁸. Evidentemente los niveles salariales no pueden estar por debajo del SMI, aunque nada diga el nuevo art. 82.3 del ET y tienen como límite las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género. El acuerdo de inaplicación no podrá suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género.

Los acuerdos de descuelgue pueden tener la duración que se considere necesaria dadas las circunstancias e incluso se podrán prorrogar en tanto en cuanto el convenio colectivo siga en

¹⁷ Así en STSJ País Vasco de 9 de junio de 2009, (PROV.2009, 370672).

¹⁸ Así la enmienda n. 37 de Esquerra e Iniciativa.

vigor, y en todo caso no más allá de tres años, y, por tanto, como ya se señaló más arriba para las modificaciones, en el periodo de ultractividad. Surge aquí también la cuestión de si con el nuevo convenio colectivo en caso de que persistan las mismas circunstancias económica la empresa podrá continuar con el descuelgue o si podrá iniciará uno nuevo. A favor, aun con dudas, se ha pronunciado algún sector de la doctrina¹⁹. No parece, sin embargo, que una medida que debe tener sólo carácter coyuntural y temporal pueda prorrogarse más allá de la vigencia del convenio (“en ningún caso” dice el art. 82.3 del ET), por lo que probablemente la empresa deba adoptar otro tipo de medidas y no basar su existencia en una especie de “dumping salarial”, si la comparamos con las de los demás. Ese riesgo de “dumping” puede provocar un efecto en cadena de descuelgues y una presión muy fuerte sobre los representantes legales existentes o sobre los trabajadores directamente en aquellas empresas en que no se habían celebrado elecciones sindicales, especialmente si se puede conseguir que sean proclives a los intereses de la empresa. De ahí que sea discutible que puede llevarse a cabo más allá de los tres años, que quepa proceder más allá de ese plazo máximo un nuevo descuelgue salarial por persistir las circunstancias o por surgir otras nuevas. La ley de reforma laboral no ha previsto tal supuesto, ni ha configurado el plazo máximo de tres años como algo absoluto, sumando todos los descuelgues, pero debe interpretarse así, pues de otro modo no haría falta contemplar plazo alguno. En tal caso, además, será más discutible la presunción de legitimidad y validez del acuerdo, al contrario, el control en tales casos debería ser más riguroso todavía. Finalmente el fraude no debería predicarse sólo de la conclusión del acuerdo sino también de su utilización inadecuada o injustificada cuando de los datos fiscales obrantes se deduzca que no se dan las causas o no continúa la situación económica de la empresa que justifique la inaplicación del convenio colectivo.

Otra cuestión es que puesto que el objetivo del descuelgue debe ser la adopción de medidas para evitar recurrir a otras más traumáticas, el descuelgue salarial debe suponer el mantenimiento de los empleos, mediante el reajuste de las horas de trabajo, reducción de jornadas, de tal forma que los sacrificios realizados por parte de los trabajadores en la actualidad, se puedan recuperar en el futuro cuando la situación económica de la empresa mejore²⁰.

¹⁹ ALFONSO MELLADO, C., “Las actuaciones...”, op. cit. p.128-129.

²⁰ Para un análisis pormenorizado de estos temas vid. FLORENTINO FELGUEROSO y SERGI JIMENEZ, “Sobre crisis, retrasos y reforma laboral”, El País, Negocios, 22 de febrero de 2009, pág. 8.