

El descuelgue salarial: el papel de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo

di Fernando Fita Ortega

SOMMARIO: 1. Derecho del Trabajo y Constitución. 2. Tres premisas introductorias: La estructura de la negociación colectiva en España; la eficacia erga omnes de los convenios colectivos estatutarios, y el papel del convenio en la determinación de las condiciones de trabajo. 3. El descuelgue salarial como mecanismo para salvaguardar la competitividad de las empresas. 3.1. Condiciones necesarias para el descuelgue. 3.2. Procedimiento a seguir para el descuelgue. 4. Otras posibilidades de descuelgue. 5. Conclusiones.

1. Derecho del Trabajo y Constitución

El Derecho tiene por objeto ordenar las relaciones que se producen en la sociedad, de modo que se mitiguen los elementos potenciales de conflicto que puedan suscitarse. Desde esta perspectiva, el Derecho del Trabajo cumple la función de civilizar las relaciones sociales, sustituyendo en ellas las relaciones de fuerza por las relaciones de derecho¹, imponiendo el conjunto de valores dominantes en la sociedad a través no de la coacción, sino del consenso, esto es, de la obtención de un razonable grado de aceptación², de modo que se logra un compromiso dirigido a obtener la paz social.

Es precisamente la naturaleza transaccional que inspira al Derecho del Trabajo³, un derecho a caballo entre

conquista⁴ y concesión⁵, la que justifica que el predominio contractual inicial del empresariado haya sido sustituido por mecanismos de fijación de las condiciones de trabajo que escapan a su directo control (ya sea la negociación colectiva o el propio ordenamiento jurídico estatal) lográndose un cierto equilibrio en la desigualdad material en que se encuentran las partes de la relación laboral, pudiéndose calificar de *paradoja histórica*, el hecho de que una concentración y robustecimiento del poder económico vaya acompañada de la debilitación de las potestades normativas que éste mantenía sobre la relación de trabajo⁶.

Evidentemente, la mera existencia de un derecho dirigido a civilizar el conflicto social no lo hace desaparecer, de modo que mientras que subsista el conflicto que está en la base del Derecho del Trabajo, éste subsistirá como modelo normativo dirigido a su integración jurídica⁷. Aquello que resulta susceptible de variación son las formas, las técnicas y los criterios manejados por el Derecho del Trabajo para alcanzar semejante objetivo⁸. Y puesto que el

Derecho del Trabajo, Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos, Madrid, 1980, pp. 537 y ss..

⁴ Esto es, *La acción de los trabajadores y de sus organizaciones contra el orden capitalista*, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 18.

⁵ Esto es, fruto del “*combate del empresariado y del poder político contra la acción de los trabajadores*” PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 18.

⁶ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, p. 306.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, *cit.*, p. 19.

⁸ DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*, *Revista del Trabajo*, 76, 1984, p. 19.

¹ SUPIOT, A., *¿Por qué un derecho del trabajo?*, *Documentación Laboral*, n. 39, 1993, p. 17.

² ATIENZA, M. *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 37.

³ *Sobre el particular*, GALIANA MORENO J.M., *Reflexiones sobre el carácter transaccional del*

Derecho del Trabajo no vive de espaldas al contexto político, social, económico y cultural que lo envuelve, todos estos factores van a determinar su evolución.

En esa evolución del Derecho del Trabajo habrá que atender los límites sociológicos y jurídicos que están en su base, y que son los que van a determinar hasta dónde se va a poder transformar el Derecho del Trabajo. Como límite sociológico hay que hacer referencia al derivado del consenso sobre el que se asienta el sometimiento del conflicto social al derecho. Como límite jurídico hay que destacar el que resulta del reconocimiento constitucional de ciertos derechos sociales, fruto, a su vez, de la necesidad de obtener el necesario grado de aceptación de las reglas del juego que permita el consenso.

En el actual contexto político y económico se están poniendo a prueba ambos límites, introduciéndose reformas laborales antisociales que están empezando a quebrar dicho consenso, y que incluso tienden a ignorar el reconocimiento constitucional de ciertos derechos laborales.

En estas páginas me voy a centrar en esta última cuestión, analizando una institución del derecho del trabajo español recientemente reformada (el denominado descuelgue salarial, junto con otras posibilidades de “descuelgue”) que sirve para ejemplificar el debilitamiento de un derecho laboral constitucionalmente reconocido, como es el derecho a la negociación colectiva como instrumento de determinación de las condiciones de trabajo.

1. Tres premisas introductorias: La estructura de la negociación colectiva en España; la eficacia erga omnes de los convenios colectivos estatutarios, y el papel del convenio en la determinación de las condiciones de trabajo

Con objeto de hacer más comprensible la exposición, parece necesario detenerse, siquiera brevemente, en tres aspectos relacionados con la negociación colectiva

en España: a) La estructura de la negociación colectiva; b) la eficacia de los convenios colectivos y su valor normativo; y c) la evolución de las relaciones ley-convenio-contrato en la determinación de las condiciones de trabajo.

a) La estructura de la negociación colectiva en España

Los principales ámbitos de negociación colectiva en España son: nacional, de comunidad autónoma, interprovincial, provincial, de grupo de empresas, de empresa o de centro de trabajo. Pues bien, según se señala en la memoria elaborada por el Consejo Económico y Social de España⁹, la estructura de la negociación colectiva, que se ha mantenido relativamente estable desde finales de los años noventa, muestra una clara preponderancia, en cuanto al número de convenios registrados, de los convenios de empresa (en torno al 75% del total de los registrados)¹⁰ Sin embargo, desde el punto de vista de trabajadores cubiertos por los convenios colectivos, son los convenios colectivos provinciales aquellos que alcanzan a un mayor número de trabajadores, afectando a más de la mitad de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio, seguidos por los nacionales, que cubren en torno a una cuarta parte de los mismos¹¹.

Esta preponderancia de los convenios provinciales también se puede apreciar desde la perspectiva del número de empresas cubiertas por la negociación colectiva, en la medida en que, según datos de los convenios registrados hasta 31 de

⁹ Consejo Económico y Social de España. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009. <http://www.ces.es/memorias.jsp>, p. 403 y ss.

¹⁰ Según este documento, los convenios nacionales y autonómicos (la mayoría uniprovinciales) tienen un peso muy reducido, siendo inferior en cada uno de los casos al 2 por 100 del total de convenios.

¹¹ En este documento se señala que los convenios de empresa afectan a un número bajo de trabajadores (10 por 100), a pesar de ser los de mayor peso porcentual, debido a la estructura empresarial española, ampliamente dominada por empresas de tamaño reducido. De otra parte, se destaca que los convenios autonómicos son los que afectan a menor número de trabajadores.

agosto de 2008, los convenios de ámbito provincial representaban el 18,5% del total, afectando al 68,8% de empresas y al 53,5% de trabajadores¹².

El predominio de los convenios colectivos provinciales (explicable en buena medida atendiendo a la estructura empresarial española, dominada en buena medida por las pequeñas empresas) supone que la gran mayoría de las empresas españolas aplican unas condiciones de trabajo negociadas en un ámbito superior que, por lo tanto, puede no atender a las necesidades concretas de la empresa en la cual tales condiciones deben ser aplicadas. Existe, pues, una cierta falta de sintonía entre el lugar de la fijación de las condiciones de trabajo y el lugar de aplicación de las mismas.

b) La eficacia de los convenios colectivos en España

De la previsión del artículo 37 de la Constitución Española (C.E.), que dispone que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*, y como consecuencia de lo establecido en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.)¹³ se ha afirmado que los convenios colectivos españoles, cuando menos los denominados convenios estatutarios¹⁴, poseen una eficacia *erga omnes* y un valor de norma, de modo que un convenio colectivo en vigor no puede verse afectado por lo dispuesto en

¹² *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 29) En el cuadro III.7 recogido en esta página se aprecia, por lo demás, que los convenios de empresa representaban el 76,2%, afectando al 0,3% de las empresas y al 11% de los trabajadores; mientras que los nacionales suponían el 1,6% de los convenios, afectando al 24,3% de empresas y al 25,9% de los trabajadores.

http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Ne negociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf

¹³ *“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”*.

¹⁴ Esto es, negociados conforme a las reglas previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

un convenio colectivo de ámbito distinto, salvo pacto en contrario (artículo 84 E.T.).

Esta regla relativa a la eficacia de los convenios se encuentra, sin embargo, exceptuada desde 1994 por parte de la propia normativa laboral, la cual, en dos preceptos distintos -art. 41 y 82.3 ET¹⁵-, contempla la posibilidad de que determinadas condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo de aplicación en una empresa dejen de regir en la misma en virtud de eventuales acuerdos alcanzados entre el empresario y los representantes de los trabajadores en la misma¹⁶, esto es, acuerdos alcanzados con sujetos que poseen legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito empresarial¹⁷.

Conviene resaltar sobre el particular que, en virtud de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en ningún caso los trabajadores por sí mismos se encuentran entre los sujetos legitimados para negociar esas cláusulas de inaplicación de un convenio colectivo. En efecto, el Tribunal Constitucional¹⁸ ha venido considerando lesivo del derecho a la negociación colectiva, y por tanto contrario al derecho de libertad sindical, el que mediante pactos individuales con el colectivo de trabajadores (lo que se ha venido a

¹⁵ El art. 41, por lo que se refiere a la inaplicación de las previsiones convencionales en materia de horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento y, desde la reforma introducida por la Ley 35/2010, funciones. El art. 82.3 por lo que se refiere al régimen salarial previsto en el convenio de aplicación.

¹⁶ Cosa distinta son los mecanismos de articulación de la negociación colectiva previstos en los artículos 83,2 E.T. y apartados 2, 3 y 4 del art. 84 E.T., recientemente modificados (RDL 7/2011, de 10 de junio)

¹⁷ Según el art. 87 del E.T. *“en representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité”*.

¹⁸ Por todas, STC 238/2005, de 26 de septiembre de 2005

denominar “acuerdo individual en masa”) pueda llegarse a inaplicar lo dispuesto en un convenio colectivo de eficacia general. Como señala la STC 105/1992, de 1 de julio, *“de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE”*. Se trata, pues, *“de la afectación del derecho de negociación colectiva y, a través de él, del derecho de libertad sindical por actuaciones empresariales dirigidas a obtener a través de la autonomía individual el establecimiento de condiciones de trabajo para un conjunto de trabajadores de la empresa que modifican las previstas en el convenio colectivo de aplicación”*, de modo que, constituyendo el derecho la negociación colectiva contenido esencial de la libertad sindical, *“negar u obstaculizar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos o desvirtuar su eficacia han de entenderse no sólo como prácticas vulneradoras del art. 37.1 CE y de la fuerza vinculante de los convenios declarada por dicho precepto, sino también como violaciones del derecho de libertad sindical que consagra el art. 28.1 CE”*¹⁹.

De este modo, el respeto del derecho a la negociación colectiva viene garantizado en el instituto del descuelgue por cuanto los sujetos que lo acuerdan son aquellos que poseen capacidad para negociar un convenio colectivo de empresa, sin que esta

¹⁹ STC 238/2005, de 26 de septiembre de 2005, en la que se aborda un tema de “descuelgue” del régimen de horarios fijado por convenio (el sectorial de cajas de ahorro) a través del pacto individual con los trabajadores, por el cual éstos aceptaban realizar jornada partida frente a la continuada prevista en el convenio, para lo que la empresa ofrecía compensaciones: indemnización de 270,83 euros mensuales, tres días de permiso retribuido adicionales a las vacaciones anuales, y cheques restaurante de 7.81 euros por día trabajado en régimen de jornada partida.

voluntad colectiva pueda ser sustituida por la voluntad plural de los trabajadores afectados por el mismo descuelgue. Desde este punto de vista, más que una excepción a la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo, la posibilidad de pactar cláusulas de descuelgue constituye una excepción a la prohibición de concurrencia de convenios colectivos de diverso ámbito, dando prioridad a la negociación de ámbito empresarial frente a otros niveles de negociación.

c) El papel del convenio colectivo en la determinación de las condiciones de trabajo en España

En la determinación de las condiciones de trabajo intervienen tres “fuentes” (ley, convenio y contrato) cuya relación entre sí ha ido evolucionando a medida en que el fundamento tuitivo del derecho del trabajo ha ido abriendo paso a la necesidad de proteger la eficiencia productiva de la empresa como criterio inspirador de la norma laboral, potenciando la permeabilidad de la norma laboral a los dictados de la economía y sus repercusiones en materia de empleo.

Como es conocido, con esta evolución las fuentes heterónomas han perdido peso frente a las autónomas y, dentro de éstas, se ha puesto en discusión el papel del convenio colectivo frente al contrato de trabajo. Es lo que se venido a llamar en España como “el discreto retorno del arrendamiento de servicios”²⁰.

Por otra parte, esta evolución ha afectado a la tradicional relación de complementariedad que el convenio colectivo ha mantenido respecto de la ley (en cuya virtud el convenio vendría a mejorar los mínimos de derecho necesario fijados por la norma estatal) reforzándose la relación de complementariedad (según la cual la ley se remite al convenio en la regulación de alguna materia) y de supletoriedad (esto es, cuando las disposiciones legales solamente

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”. AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Alonso Olea*. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 1990.

resultan aplicables en defecto de previsión convencional)²¹.

Finalmente, cabría destacar que, en esa paulatina pérdida de peso de la ley frente al convenio, la normativa española ha venido a favorecer, en no pocas ocasiones, a los convenios de ámbito sectorial frente a los convenios colectivos estatales, mostrando una cierta desconfianza hacia la normativa convencional negociada en el ámbito de la empresa, en la medida en que ésta puede resultar potencialmente más proclive a los intereses del empresario²².

²¹ Paradigmática en este sentido fue la reforma operada en la normativa laboral en virtud de la ley 11/1994, de 19 de mayo. En efecto, por esta ley, que en su exposición de motivos se justifica aludiendo a la necesidad de favorecer la competitividad de las empresas y su adaptabilidad a la situación económica y productiva derivada del fenómeno de globalización de la economía, se introdujeron cambios sustanciales en las relaciones ley-convenio, potenciándose la supletoriedad y complementariedad de la ley frente al convenio, abriendo así, en las propias palabras de la exposición de motivos, “*un proceso de cesión de la norma estatal en favor de la convencional*”. Así, por ejemplo, y por lo que se refiere a las relaciones de supletoriedad, cabe referirse a la regulación del período de prueba contenida en el art. 14 del ET, en la que se pasó de una relación de suplementariedad entre ley y convenio, a una de supletoriedad, de modo que la previsión legal respecto de la duración del período de prueba solamente resulta de aplicación en defecto de previsión al respecto en el convenio colectivo de aplicación (en este sentido, CAMPS RUIZ, *La nueva regulación del mercado de trabajo*. 1994, p. 75. Si bien la determinación de la naturaleza de las previsiones legales no ha sido nunca objeto de interpretación uniforme (sobre el particular, véase, ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. pp. 99 y ss.) Por lo que se refiere a la complementariedad, cabría hacer mención de la regulación del derecho a la promoción económica, en la medida en que actualmente dicho derecho sólo lo tendrán reconocido los trabajadores cuando así se les reconozca en virtud de convenio colectivo o contrato de trabajo (art. 25 ET) en tanto que en la anterior redacción se reconocía este derecho a los trabajadores, si bien para su concreción se remitía a las previsiones del convenio o contrato de trabajo.

²² ALBIOL MONTESINOS, Coord., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*. CISS. 2007. p. 65.

Esta evolución, sin embargo, ha enlazado con otra dirigida a acercar la fijación de las condiciones de trabajo al lugar donde tales condiciones deben resultar aplicadas, de modo que previsiones negociadas en ámbitos supraempresariales puedan ser revisadas en el seno de aquellas empresas incluidas en su ámbito de aplicación. Se trata, con ello, de facilitar la adaptabilidad de la normativa laboral a las circunstancias por las que atraviesa la empresa, con objeto de garantizar su viabilidad que, de otro modo, podría verse comprometida²³. Con esta otra línea evolutiva, el estímulo va dirigido a potenciar el ámbito empresarial, frente al supraempresarial, como espacio de determinación de las condiciones de trabajo aplicables a la empresa, entendiendo que la negociación colectiva sectorial juega un papel “claramente disfuncional... desde el punto de vista económico”²⁴. Esta es la tendencia que resulta confirmada, por lo demás, en la reciente reforma de la negociación colectiva operada en virtud del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio.

3. El descuelgue salarial como mecanismo para salvaguardar la competitividad de las empresas

El descuelgue salarial, es decir, la inaplicación en una determinada empresa de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de aplicación, se

²³ CASAS BAAMONDE, Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses. Relaciones Laborales, 1995, p. 23.

Así se desprende, por lo demás, de lo previsto en el art. 82.3 ET en la medida en que establece que la inaplicación del régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa procede “*cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma*”.

²⁴ MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010” en *La reforma del mercado de trabajo* (dir. García Perrote y Mercader Uguina) Lex Nova. 2010, p. 189.

presenta como una medida dirigida a la protección de las empresas que se encuentren en situaciones difíciles en términos de competitividad y, por consiguiente, como una medida orientada en última instancia a mantener el nivel de ocupación que podría verse perjudicado en caso de pérdida de competitividad de la empresa.

Por lo demás, este mecanismo aparece actualmente encuadrado dentro de los requisitos de moderación salarial que exigen las autoridades de la Unión Europea en la aplicación del denominado “método abierto de coordinación”, con la finalidad de tutelar la competitividad de las empresas. En este sentido, la Orientación n.º 7 de la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (D.O. 24 de noviembre de 2011 L 308) dispone que *“con objeto de aumentar la competitividad y mejorar los niveles de participación, en especial de las personas menos cualificadas, y de conformidad con la orientación n.º 2 de las políticas económicas, los Estados miembros deben propiciar las adecuadas condiciones marco para la negociación salarial, y una evolución de los costes laborales compatible con la estabilidad de los precios y las tendencias en materia de productividad”*.

Así pues, si bien es evidente que la retribución constituye la principal obligación del empresario en el ámbito de la relación laboral derecho del trabajo, en el ámbito de la política económica la retribución supone una variable esencial con relación a los objetivos macroeconómicos básicos, tales como el control de la inflación y la reducción del desempleo²⁵.

Por lo que se refiere al caso español, es preciso señalar que este mecanismo de inaplicación de las condiciones previstas en un convenio colectivo no es nuevo. De hecho ya en los años 80, en una situación de crisis económica, los diversos Acuerdos

Interconfederales negociados entre Gobierno, sindicatos y organizaciones empresariales²⁶ contemplaban la posibilidad de descuelgue salarial, ordenando a los agentes sociales la inclusión de cláusulas de descuelgue en los convenios colectivos que se negociasen.

En una época de lucha contra la inflación, se trataba de conciliar los deseos de controlar la inflación con el de, al menos, no perder poder adquisitivo por parte de los trabajadores y, por último, evitar que las medidas aplicadas para garantizar dicho poder adquisitivo no implicasen un empeoramiento de la situación de aquellas empresas que estuviesen sufriendo una situación económica grave.

De este modo, tales acuerdos interconfederales contenían la orden, dirigida a los agentes negociadores de los convenios, de prever la posibilidad de inaplicación de la revisión salarial establecida en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa en caso de desviación del Índice de Precios al Consumo (I.P.C.) real respecto del previsto, de manera tal que dicha revisión no se aplicaba en las empresas con un balance económico negativo en los dos años anteriores²⁷. En todo caso, no parece que tal compromiso llegase a materializarse efectivamente en la negociación colectiva,

²⁶ Esto es, los instrumentos de concertación social: Acuerdo Marco Interconfederal de 1980 (AMI), el Acuerdo Nacional sobre Empleo de 1981 (ANE) el Acuerdo Interconfederal de 1983 (AI) y el Acuerdo Económico y Social de 1984 (AES).

²⁷ Por lo que se refiere a datos relativos a la medida de revisión salarial, se ha señalado que *“en 1983, la cláusula de revisión del AI alcanzó al 62,84 por 100 de los trabajadores afectados por convenio; en el informe sobre negociación colectiva elaborado por el Gabinete Técnico de la UGT para 1984, se pone de relieve que a 5 de septiembre, un total del 60,23 por 100 de los trabajadores afectados por convenio tenían recogida en sus acuerdos la cláusula de revisión”*. ROJO TORRECILLA, E., y PÉREZ AMORÓS, F., “El Acuerdo Económico y Social”, Revista de Política Social, núm. 145. Enero-Marzo 1985 p. 76.

²⁵ NATONIO VALLEBONA *Breviario di Diritto del Lavoro*, Giappicheli editore, 2005, pp. 292 y 293.

limitando considerablemente la operatividad de la medida²⁸.

Con la ley 11/1994, de 19 de mayo, la figura del descuelgue salarial, en cuya virtud cabe la inaplicación de las condiciones económicas fijadas en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, se incorporó al Estatuto de los Trabajadores. Esta ley del año 1994 tenía como objetivo declarado, dentro del ámbito de las decisiones políticas dirigidas a la creación de empleo, el de favorecer la competitividad de las empresas españolas, proporcionando instrumentos de gestión de recursos humanos que incidiesen favorablemente en la buena marcha de las empresas. Se pretendía, pues, introducir medidas que permitiesen una gestión flexible de los recursos humanos en la empresa, facilitando, como se dice en su Exposición de Motivos, su adaptación *“tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en que opera”*.

Así pues, como una medida más en este proceso de fomento de la adaptación a las circunstancias de la empresa, con la reforma de 1994 se pretendió establecer un mecanismo efectivo para garantizar el descuelgue del régimen salarial previsto en convenios colectivos supraempresariales en aquellas empresas cuya viabilidad económica pudiera verse seriamente afectada en caso de proceder a su aplicación.

Para lograr dicho objetivo se estableció, como contenido obligatorio de los convenios colectivos supraempresariales, *“las condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior al de la empresa...”*²⁹, contemplando un régimen supletorio para los casos en los que los convenios colectivos supraempresariales no contuviesen dicha

cláusula. En tales casos, señalaba el art. 82.2 ET, la inaplicación del régimen salarial previsto *“sólo podrá producirse por acuerdo entre empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa”*, previéndose que, en caso de falta de acuerdo la discrepancia fuese solventada por la comisión paritaria del convenio, determinándose las nuevas condiciones salariales siguiendo este mismo procedimiento (acuerdo entre empresario y representantes legales de los trabajadores y, en su defecto, por la comisión paritaria del convenio).

A raíz de la inclusión de dicho contenido mínimo de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, y en virtud de los sucesivos compromisos adquiridos en el marco de los acuerdos interconfederales para la negociación colectiva³⁰, se fue incrementando el número de éstos que fueron incluyendo tales cláusulas, de tal manera que en 2007 el número de trabajadores afectados por cláusulas de descuelgue alcanzaba el 64,7% del total frente al 48,6% en 1998³¹.

Sin embargo, el hecho de que cada vez fuese mayor el número de convenios que recogiesen la referida cláusula de inaplicación salarial no se traducían en términos de operatividad del mecanismo, y ello por cuanto al quedar en manos de la negociación colectiva sectorial la fijación

²⁸ En este sentido, GARRIDO PERES, E., “Las cláusulas de descuelgue en la nueva ordenación estatutaria” *Relaciones Laborales* Tomo I, 1995, p. 366.

²⁹ Art. 85.3.c) ET, en su redacción anterior al RD Ley 10/2010 y la posterior ley 35/2010.

³⁰ El último, el Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 1011 y 2012, registrado por Resolución de 11 de febrero de 2010 (BOE de 22 de febrero) En todo caso, tales compromisos no pasaban de ser *“una recomendación más pedagógica que otra cosa”* constituyendo un simple recordatorio de lo que la ley decía, sin añadir nada nuevo. En este sentido sobre el ANC para 2002, ALFONSO MELLADO, “El acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002” en *La reforma laboral de 2011 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002* (Coord. García Perrote-Escartín) Lex Nova, 2002, p. 322.

³¹ *La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 136) Datos provisionales referidos a los convenios colectivos registrados hasta agosto de 2008 http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf

de las condiciones y procedimientos para la inaplicación del régimen salarial, estos convenios vinieron en no pocas ocasiones a dificultar la puesta en práctica de este mecanismo mediante el establecimiento de procedimientos farragosos y complejos, condicionándolo a la existencia de circunstancias extremas, de manera que “*si la voluntad del legislador parecía situarse en posibilitar el descuelgue de las empresas en dificultades, la negociación colectiva había caminado en dirección contraria, buscando evitar, a toda costa, el mencionado descuelgue*”³².

Sobre este particular, y en el ámbito de la Comunidad Valenciana, puede señalarse que, en los convenios supraempresariales vigentes en el período 2004-2007, los motivos recogidos por la normativa sectorial para poder acudir al descuelgue consistían, básicamente en: a) Situaciones de déficit o pérdidas en ejercicios anteriores; b) posible daño a la estabilidad económica de la empresa; c) daños irreparables en su economía; d) posible puesta en peligro del mantenimiento del empleo; e) peligro para la viabilidad de la empresa -siendo que, en ocasiones, se aludía a que la situación de crisis llevase al cierre definitivo de la empresa-; o que afectase a su competitividad; que peligrasen puestos de trabajo; que supusiesen que la empresa se encontrase en situación de suspensión de

³² MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010” *cit.*, p. 191. Este autor recoge algunos ejemplos en los que los convenios admitían únicamente el descuelgue cuando la aplicación de las condiciones salariales condujese al cierre definitivo de la empresa o daños irreparables en su economía, estableciendo igualmente requisitos procedimentales muy rigurosos, tales como breves plazos perentorios a contar de la publicación del convenio, impidiendo el descuelgue si la repercusión negativa a la empresa se presentase en un momento posterior a la publicación del convenio en el BOE. En sentido similar, ALFONSO MELLADO, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch. 2010, p. 132, quien hace referencia a la existencia de convenios en los que únicamente se posibilitaba el descuelgue en caso de aprobación por unanimidad de la comisión paritaria.

pagos, expediente de regulación de empleo o hubiesen ocurrido siniestros de grave costo; que hubiese un insuficiente nivel de producción y ventas; que el incremento salarial produjese daños irreparables en la economía de la empresa; que con anterioridad se hubiera producido un descenso de facturación y resultados; que el nivel de pérdidas fuese al menos del 10% de la facturación; que la situación de crisis no resultase imputable a errores de gestión referidas al conjunto de la empresa, o errores de gestión derivados de políticas financieras extraordinarias..., exigiéndose que estas circunstancias perdurasen por un determinado período de tiempo (normalmente uno o dos años aunque en ocasiones se fijaban plazos de tres y cinco años) y regulando la documentación que el empresario debería aportar para acreditar de forma fehaciente la situación de dificultad económica por la que atraviesa la empresa, así como, en ciertos casos, determinados requisitos adicionales (aportación de memoria explicativa de la situación; adopción de un plan de viabilidad; o incorporación de un plan de futuro; relación de horas extraordinarias realizadas en el último ejercicio; contabilidad auditada ...)³³.

Con relación a esta circunstancia se ha afirmado que ha sido debida, en buena parte, a la “*irresistible inercia*” que pesa sobre la negociación colectiva española, que llevó a muchos convenios a repetir de forma mimética las previsiones del antecedente inmediato de las cláusulas de descuelgue (el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980) que venía limitando el descuelgue a la inaplicación de las subidas salariales previstas³⁴ -limitación

³³ Sobre todos estos datos véase AA.VV. *Estudio sobre la negociación colectiva en la comunidad valenciana 2004-2007*, Grupo 85 Ediciones, pp. 47 y ss. Igualmente, sobre este particular, véase, *Informe sobre la negociación colectiva valenciana*, elaborado por profesores del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y, en el punto que aquí interesa, por FITA ORTEGA Y TATAY PUCHADES, pp. 184 y ss.

³⁴ El Acuerdo Marco Interconfederal de 1980 contemplaba una banda de subida salarial entre el 13 y

que no se derivaba de la previsión legal³⁵; requiriendo que la empresa arrastrase dos años consecutivos de pérdidas y que las previsiones para el tercero fuesen pesimistas³⁶.

Llegados a esta situación, con la reforma operada en 2010 se ha pretendido salir de esta situación de estancamiento y dificultad práctica para el descuelgue salarial³⁷, eliminando el papel tutelador que el convenio sectorial jugaba respecto de este mecanismo en la anterior regulación, fijando legalmente el procedimiento y condiciones de inaplicación salarial, procurando favorecer el recurso a esta medida de flexibilidad interna, y remitiendo a la negociación colectiva únicamente el establecimiento de los procedimientos que permitan resolver los desacuerdos surgidos en la aprobación del descuelgue.

De estos dos aspectos (procedimiento y condiciones de inaplicación) me detendré brevemente en el segundo y me centraré en el primero, dada la finalidad del artículo.

3.1. Condiciones necesarias para el descuelgue

La actual regulación del descuelgue salarial, contenida en el art. 82.3 del ET, señala que el descuelgue del régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa será

el 15%, si bien señalaba que tales incrementos no resultarían de necesaria y obligada aplicación para aquellas empresas que acreditasen objetiva y fehacientemente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas en dos los ejercicios contables anteriores (1978 y 1979) debiendo tenerse en cuenta las previsiones para 1980.

³⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MENÉNDEZ MORILLO VELARDE, L. "El descuelgue salarial" *Aranzadi Social* núm. 13/2009, p 39.

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

³⁷ Cuyo objetivo ha sido el de "favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia del régimen salarial establecido, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo" (Exposición de Motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre)

posible "cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma".

Señalada legalmente la causa determinante de la inaplicación salarial prevista en el convenio colectivo de ámbito supraempresarial, el problema que se va a presentar en el futuro consistirá en determinar cuándo deberá entenderse concurrente en un caso concreto. Al respecto, un sector de la doctrina³⁸ ha señalado que, tratándose de una medida defensiva ante una situación de dificultades empresariales (acudir a un descuelgue salarial como medida alternativa a la más traumática de los despidos por causas económicas), aquella situación de dificultad debe ser real y actual³⁹ y no meramente hipotética o de futuro, debiendo revestir, por lo demás, cierta intensidad, dado que se exige que sea susceptible de poner en riesgo el mantenimiento del empleo en la empresa en cuestión, recayendo sobre el empresario la prueba del concurso de tales circunstancias. Otro sector, sin embargo, parece mantener una interpretación más flexible, considerando que la medida de descuelgue puede ser preventiva, siendo que "una empresa bien gestionada debe tomar medidas de ajuste antes de entrar en pérdidas, e impedirlo afecta negativamente al empleo potencial", siendo lo relevante que exista un riesgo para el mantenimiento del empleo por la aplicación del régimen salarial que pasa a constituirse "en el eje de rotación de precepto, al convertir el efecto sobre el empleo en factor esencial de valoración de la procedencia de la medida"⁴⁰.

Profundizando en esta interpretación menos rígida del concurso causal de la norma, se ha sostenido que no es necesario

³⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna" *cit.*, p. 134.

³⁹ Situación negativa "presente o que normalmente va a producirse si se aplican los nuevos salarios". *Ibidem*, p. 134.

⁴⁰ MERCADER UGUINA, J., "Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010" *cit.*, p. 195.

que exista una situación de riesgo actual, sino que basta con que se trate de una situación previsible, de modo que siempre que la empresa pueda acreditar que sus rendimientos no permiten pagar los salarios fijados por el convenio de ámbito superior en el medio plazo, y que, de mantenerse ese nivel salarial, es previsible que tenga que proceder a reducir plantilla, se dará el presupuesto causal que permita el descuelgue⁴¹.

Quizá ambas opiniones puedan hacerse converger, entendiendo que ambas exigen la existencia real y presente de dificultades para la empresa, sin que se deba hacer coincidir la existencia de tales dificultades con una situación de pérdidas en los resultados económicos de la empresa: seguramente una significativa disminución de beneficios sería causa suficiente para aplicar el descuelgue⁴², sin que en ningún caso se exija que la empresa haya entrado en pérdidas en el momento de proceder al descuelgue salarial. La casuística de las situaciones en las que pueda plantearse esta medida es muy variada, por lo que ésta deberá analizarse, seguramente, en términos de *razonabilidad* de la medida en el caso concreto, teniendo en cuenta, en todo caso, la flexibilización que se ha introducido por la Ley 35/2010 en la apreciación de la causa económica para proceder a un despido por este motivo⁴³ y el

⁴¹ En este sentido, DÍAZ DE ATAURRI, P.G., en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Lex Nova, 2011, p. 782.

⁴² Debiendo recordarse que el objetivo de la norma no es el de mantener el nivel de beneficios del empresario, sino el nivel de empleo en la empresa, de modo que si las posibilidades de mantenimiento del empleo no se vieran afectadas, no procederá el descuelgue.

⁴³ Tras la reforma, se ejemplifican los supuestos de situación económica negativa que permitirá el despido por este motivo (arts. 51 y 52.c ET). Así, la norma se refiere a la existencia de pérdidas actuales o previstas, o a la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo, siendo que *“a estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para*

hecho de que en este caso la medida va dirigida a garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento del empleo.

Sea como fuere, lo indiscutible es que con la nueva regulación legal se ponen límites a la excesiva restricción que la negociación colectiva venía imponiendo respecto de cuándo entender concurrente la causa legitimadora del descuelgue, al requerir en numerosas ocasiones una situación económica extremadamente complicada. Ahora bien, nada impide, desde mi punto de vista, que los convenios ayuden a precisar cuándo se podrá entender concurrente la causa habilitadora del descuelgue, siempre que con ello no se contravenga el tenor literal y finalista de la norma.

3.2. Procedimiento a seguir para el descuelgue

A los efectos de valorar cómo las reformas laborales que se van produciendo en el actual contexto político y económico introducen mermas en derechos laborales consolidados, interesa detenerse en el análisis del procedimiento de descuelgue introducido con la Ley 35/2010.

La inaplicación en una determinada empresa de las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo de aplicación de ámbito superior (provincial, autonómico, estatal...), podrá efectuarse siempre que así se acuerde entre la empresa y *“los representantes legales de los trabajadores legitimados para negociar un convenio conforme al art. 87.1 ET⁴⁴”*.

Este punto requiere algunas precisiones. En primer término debe recordarse que en España existe un doble canal de representación en la empresa (representación unitaria, de base electiva - Comités de Empresa y Delegados de Personal- y representación sindical) reconociéndosele a ambas legitimación para negociar convenios de empresa, si bien en el caso de la representación sindical, se

preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”.

⁴⁴ Referido a los convenios colectivos de empresa.

exige que tales representaciones sindicales sumen, en su conjunto, la mayoría de los miembros del Comité de Empresa.

Esta regla solamente se entiende si se tiene en cuenta que el proceso de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores (Delegados de Personal y Comités de Empresa) se encuentra fuertemente sindicalizado, de modo que son las organizaciones sindicales las que presentan la gran mayoría de las candidaturas en las elecciones a Comités de Empresa o Delegados de Personal. Ello viene explicado, en buena medida, en virtud del *criterio de audiencia* a la hora de reconocer la condición de sindicato más representativo, lo que le otorga determinados privilegios legales. Es decir, la mayor representatividad se hace depender de los resultados electorales obtenidos por los sindicatos en los procesos de elección de Comités de Empresa o Delegados de Personal o los correspondientes órganos de representación de trabajadores en la Administraciones Públicas.

En todo caso, puede concluirse, que así configurado, el mecanismo del descuelgue salarial supone una excepción a la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos de diverso ámbito de aplicación, sin que se afecte el derecho a la negociación colectiva, en la medida en que supone la posibilidad de modificar, por sujetos legitimados para negociar un convenio de empresa, la regulación salarial prevista en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que resulta de aplicación.

Sin embargo la actual regulación ha querido dar respuesta a un problema que se presenta en buena parte de las empresas españolas, como es la falta de representantes legales de los trabajadores en las empresas. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que dada la estructura empresarial española, integrada fundamentalmente por empresas con pocos trabajadores a su servicio (en 2009, el 25,07% tenía uno o dos trabajadores; el porcentaje de empresas entre tres y cinco trabajadores ascendía al 9,81%, alcanzando

el 4,24% el de las empresas con un número de empleados entre 6 y 9)⁴⁵, muchas de ellas no cuentan con estructuras de representación de trabajadores.

En efecto, entendiendo que en las empresas de reducida plantilla no resulta conveniente interponer la figura de portavoces entre el empresario y los trabajadores, la ley prevé que sólo en las empresas de más de diez trabajadores pueda existir representación unitaria de los mismos, si bien en empresas entre 6 y 10 podría constituirse este tipo de representación si así lo acordasen los trabajadores por mayoría (art. 62.1 ET). Además, debe tenerse en cuenta que siendo la circunscripción electoral el centro de trabajo, ocurre que empresas con numerosos trabajadores en su conjunto poseen centros con pocos trabajadores, sin que se hayan considerado válidas las opciones previstas en algunos convenios dirigidas a facilitar la posibilidad de elegir representantes de los trabajadores en empresas de menos de 6 trabajadores.

Por todo ello, la falta de representantes de los trabajadores con los que negociar en la empresa donde se desee realizar el descuelgue salarial es un problema que se puede dar en la realidad española. La experiencia con otras instituciones de gestión de los recursos humanos que prevén la necesidad de negociación y, en su caso, acuerdo, con los representantes legales de los trabajadores⁴⁶, así lo acredita. En tales casos las opciones interpretativas se reconducían a entender que las mismas

⁴⁵ Del total de 2.980.446 empresas inscritas a la seguridad social en 2009, 747.361 declaraban tener entre 1 ó 2 trabajadores; 292.466, de tres a cinco; y 126.664, de 6 a 9, ocupando, respectivamente, a 997.396, 1.096.903 y 913.336 trabajadores del total de 15.728.626 trabajadores en alta en la Seguridad Social, según datos extraídos del Anuario de estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo e Inmigración:

http://www.mtin.es/estadisticas/ANUARIO2009/EMP/emp01_top_EXCEL.htm.

⁴⁶ Traslados colectivos, modificación sustancial de condiciones de trabajo de origen colectivo; suspensiones del contrato de trabajo, o despidos colectivos.

debían celebrarse con la totalidad de los trabajadores, debiendo entonces adoptarse el acuerdo por unanimidad; admitir la posibilidad de designar una representación de trabajadores *ad hoc* con los que negociar; o a entender que el trámite del período de consultas no podía ser exigido, por imposible, debiendo amortizarse el trámite, dada la falta de unos representantes del interés colectivo de los trabajadores, y puesto que la normativa laboral extiende a estos sujetos una serie de prerrogativas y garantías para el adecuado desempeño de sus funciones representativas que no son trasladables a otras figuras de representación sobrevenida, lo que dificultaría la intervención de esas otras formas de representación, incrementando las posibilidades de un acuerdo abusivo⁴⁷.

Tratando de dar respuesta a este problema, la Ley 35/2010, al modificar el art. 82.3 ET prevé, para el caso de que no existan representantes de los trabajadores en la empresa, que los trabajadores puedan optar, en un plazo de cinco días desde el inicio del período de consultas⁴⁸, por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente⁴⁹, o a una comisión de igual número de componentes designados,

⁴⁷ Así lo recoge NORES TORRES, L.E., en *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. CES, 2000, pp. 199 y 200.

⁴⁸ La norma prevé que en ningún caso la falta de designación pueda suponer la paralización del plazo de negociación, por lo que este plazo continuará corriendo aunque no se haya efectuado la designación de los agentes negociadores por parte de los trabajadores.

⁴⁹ Respecto de la designación “democrática” de la misma, habrá que entender que dicha elección deberá respetar los principios de “participación”, esto es, participación de todos y cada uno de los sujetos afectados por el posible acuerdo; “igualdad”, entendido como proceso libre e igualitario de toma de decisiones, y “mayoría”, es decir, el respeto a los acuerdos adoptados mayoritariamente o por el conjunto de los demás. MERCADER UGINA, J., “Los acuerdos de descuelgue...” *cit.*, p. 199.

según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

Se soluciona así el problema existente hasta la fecha en los casos en que no existiese representación de los trabajadores en la empresa. Y se soluciona reforzando, por una parte, el nivel empresarial como ámbito de negociación y, de otra, el papel que los sindicatos más representativos pueden jugar en un terreno respecto del que tenían pocas posibilidades de actuación. Sin embargo dicha solución plantea serias dudas acerca del respeto al derecho a la negociación colectiva.

Ciertamente el derecho a la negociación colectiva no vendrá lesionado cuando la competencia para negociar se atribuya a una comisión de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma y cuyas condiciones salariales se quieren dejar de aplicar. En este caso “*se refuerza el papel de los sindicatos más representativos y representativos en al empresa, subrayándose el papel del sindicato como instrumento de representación en la empresa*”, reforzándose igualmente “*el papel de control y seguimiento sobre los actos de inaplicación del convenio de aquellos sujetos que intervinieron en el proceso de negociación del convenio de sector*”⁵⁰. En definitiva, será una comisión extraída de los sujetos legitimados para negociar el convenio colectivo que se pretende dejar de aplicar, la que acordará el descuelgue salarial.

Sin embargo la opción por una comisión *ad hoc* suscita cuestiones de legalidad

⁵⁰ MERCADER UGINA, J., “Los acuerdos de descuelgue...” *cit.*, p. 200.

constitucional⁵¹, por cuanto al estar hablando de la inaplicación de un convenio colectivo estatutario, amparado por su eficacia *erga omnes*, sería de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual resultaría lesivo de la libertad sindical admitir que mediante pactos individuales se pudiese privar de eficacia a los convenios colectivos.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sostenido que *“la autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio”*⁵².

Además, deben tenerse en cuenta las objeciones que se habían venido haciendo con relación a la posibilidad de que el acuerdo fuese alcanzado con representaciones distintas de las legalmente reconocidas, tal y como ha quedado dicho anteriormente. En efecto, téngase en cuenta que la normativa laboral reconoce, de una parte, una serie de garantías⁵³ a la representación legal de los

trabajadores, con el objeto de asegurarles una cierta indemnidad frente a posibles represalias empresariales por el ejercicio de sus funciones representativas. Al privárseles de ellas, es obvio que son mayores las posibilidades empresariales de ejercer presión para obtener el acuerdo y menores las opciones de desempeñar adecuadamente su cometido por parte de los trabajadores.

De otra parte, y por lo que se refiere a las facultades y competencias, el art. 64 ET contempla el derecho de la representación unitaria a ser informada y consultada por el empresario sobre una amplia serie de materias de contenido relativo a la situación económica de la empresa, así como de la evolución del empleo y la política de contratación en la misma, materias estas de indudable trascendencia en un procedimiento de negociación salarial de aplicación en la empresa que, como condición, exige que las perspectivas económicas de la empresa puedan verse dañadas por la aplicación de tales condiciones salariales, afectando las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma⁵⁴.

en los casos de suspensión por causas tecnológicas o económicas (art. 68. b ET); imposibilidad de ser despedido o sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la terminación del mandato –salvo revocación o dimisión– siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación (68.c ET); imposibilidad de discriminación en su promoción económica o profesional en razón del desempeño de su representación (igualmente, art. 68.c ET); derecho a expresar libremente sus opiniones en materias concernientes a la esfera de su representación, reconociéndosele el derecho a publicar y distribuir las publicaciones de interés social o laboral, sin que ello perturbe el normal desenvolvimiento del trabajo (art. 68.d ET); o el derecho a un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación (art. 68.e ET).

⁵⁴ En efecto, el art. 64 ET reconoce el derecho de la representación unitaria de los trabajadores a ser informada trimestralmente acerca de la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades; sobre las previsiones del empresario de celebrar nuevos contratos; la realización de horas complementarias por los

⁵¹ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV *La reforma laboral en la ley 35/2010*. Tirant lo blanch, 2010, pp. 135 y 136 en relación con las páginas 127 y 128.

⁵² STC 238/2005, de 26 de septiembre, en la que recoge las anteriores sentencias 208/1993, de 28 de junio; y 225/2001, de 26 de noviembre.

⁵³ Prioridad de permanencia en los puestos de trabajo en casos de traslado o desplazamiento (art. 40.4 ET) así como en los supuestos de despido colectivo (art. 51.7 ET) o despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 52.c ET); derecho del representante, y no del empresario, a optar entre readmisión o extinción indemnizada en caso de despido declarado improcedente (art. 56.4 E.T.); apertura de expediente contradictorio en el supuesto de imposición de sanciones por faltas graves o muy graves en el que sean escuchados los restantes miembros que integren la representación del personal (art. 68.a ET); prioridad de permanencia en la empresa

Ciertamente, la representación *ad hoc* introducida con la reforma operada por la ley 35/2010 podría calificarse en la actualidad como representación “*legalmente reconocida*” al haberse recogido en la norma laboral, pero ello no conlleva la extensión de estas facultades y garantías a la misma, toda vez que la ley no lo reconoce expresamente⁵⁵, y puesto que muchas de ellas carecen de sentido para una representación puntual, *ad hoc* para la negociación sobre un concreto particular.

Por otra parte, debe recordarse que en la elección de representantes unitarios de los trabajadores existe una fuerte intervención del sindicato, siendo que las candidaturas vienen normalmente presentadas por sindicatos. Ello confiere un apoyo a las representaciones unitarias así elegidas, en la medida en que el sindicato siempre estará detrás de las mismas, informando y asesorando a sus representantes acerca de los derechos y deberes derivados de la normativa laboral, y apoyando la labor de los mismos en cuestiones tan complejas como pueda resultar el análisis de la situación económica y de empleo de la empresa a la hora de valorar la procedencia del descuelgue.

4. Otras posibilidades de descuelgue

Junto al mecanismo del descuelgue apenas estudiado, la normativa laboral española contempla otra posibilidad de descuelgue de las condiciones negociadas en un convenio colectivo, si bien en este

trabajadores contratados a tiempo parcial; de los supuestos de subcontratación; de las medidas adoptadas por la empresa para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en la empresa –dato éste igualmente relevante habida cuenta de que el eventual acuerdo no puede suponer el incumplimiento de las obligaciones dirigidas a eliminar las discriminaciones retributivas por razón de género que estuvieran previstas en el convenio que resulte inaplicado.

⁵⁵ El ET reconoce las mismas al Comité de Empresa así como a los Delegados de Personal (arts. 62.2; 64 y 68 ET) y, en alguna medida, a los Delegados sindicales (art. 10.3 LOLS).

caso las materias objeto de posible descuelgue son más amplias, no limitándose exclusivamente al tema salarial. Se trata de la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el art. 41 del E.T. posible cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de modo que “*la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”⁵⁶.

Según dispone actualmente esta norma, tras la Ley 35/2010, los convenios colectivos estatutarios, sean de sector o de empresa, podrán modificarse mediante acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, rigiendo las mismas reglas que las estudiadas anteriormente en el caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, lo que permite reiterar las dudas de constitucionalidad antes señaladas, al menos por lo que se refiere al descuelgue de condiciones previstas en convenios sectoriales. En efecto, en el caso de convenios de empresa será necesario que existan representantes de los trabajadores que lo negocien, por lo que, por definición, no cabrá la representación *ad hoc* para negociar el descuelgue.

En todo caso, cabe igualmente plantearse tales dudas cuando de lo que se trate sea de acordar el descuelgue respecto de un convenio de grupo de empresas así

⁵⁶ De esta redacción, afectada por la reforma operada por la Ley 35/2010, queda patente el carácter preventivo y ofensivo de la medida adoptada por el empresario, en la medida en que la decisión de introducir modificaciones sustanciales no resulta procedente solamente con objeto de permitir que la empresa reacciones ante coyunturas difíciles reales y actuales, sino que también podrán ser adoptadas con carácter preventivo y, en todo caso, como medida ofensiva, para mejorar la situación y perspectivas de la empresa.

como de aquellos convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación⁵⁷.

Por lo que se refiere a las materias susceptibles de descuelgue, la norma no fija, con relación a los convenios de empresa, límite alguno en cuanto a las materias susceptibles de descuelgue, siendo que únicamente en caso de descuelgue de condiciones fijadas en convenios sectoriales las materias que puedan verse afectadas quedan limitadas a: horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento; funciones derivadas de la categoría profesional acordada con el trabajador según el convenio colectivo aplicable.

5. Conclusiones

En el actual contexto económico, la tendencia de la legislación laboral española es la de acercar a la empresa el ámbito de determinación de las condiciones de trabajo⁵⁸. Este acercamiento se ha producido, como hemos analizado, tanto con la institución del descuelgue salarial como con la de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Mecanismos dirigidos a tutelar la eficiencia productiva de la empresa y, con ello, a preservar el mantenimiento del empleo, constituyendo

⁵⁷ En cuyo caso la norma laboral atribuye la representación del banco social a los sindicatos más representativos, estatales o de comunidad autónoma, así como a los simplemente representativos.

⁵⁸ Como un claro ejemplo de ello, el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, por el que se reforma la negociación colectiva, modifica el artículo 84 ET, fijando con carácter general la preferencia del convenio de empresa frente a la regulación establecida en un convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en una serie de materias entre las que se encuentran, entre otras, la cuantía del salario base, el horario y distribución del tiempo de trabajo, la adaptación a la empresa del sistema de clasificación profesional, la adaptación de ciertos aspectos de las modalidades de contratación o las medidas para favorecer la conciliación entre vida laboral y familiar.

vías de ajuste en las situaciones de crisis empresariales⁵⁹.

El problema de esa estrategia deriva, como se ha visto, de la sustitución de los acuerdos alcanzados en ejercicio del derecho a la negociación colectiva por otros obtenidos con órganos a los que difícilmente puede reconocerse su condición de representación legal de los trabajadores.

En un contexto de preeminencia de las consideraciones de orden económico a las sociales, nos hemos acostumbrado a recortes en los derechos individuales de los trabajadores, predominando en su regulación la necesidad de dotar de flexibilidad a las instituciones laborales con el fin de garantizar la competitividad y adaptabilidad de las empresas, si bien con el límite de los derechos fundamentales, que quedarían como reducto inexpugnable de los derechos laborales. Sin embargo, tales recortes están afectando desde hace ya algún tiempo a los derechos colectivos, sobre todo como consecuencia del sometimiento de tales derechos a los nuevos límites derivados del respeto a las libertades fundamentales (libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales) establecidas en la construcción del mercado único europeo.

En este sentido son conocidas las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁰ imponiendo límites al derecho de huelga y negociación colectiva como consecuencia de la necesidad de proteger la libertad de prestación de servicios y de la competencia.

Ciertamente, las condiciones políticas y económicas actuales son bien diversas de aquellas existentes en el momento de la aparición del Estatuto de los Trabajadores (año 1980), pero las nuevas relaciones entre las fuentes de determinación de las condiciones de trabajo no pueden ignorar el art. 37 de la Constitución española en la medida en que este derecho reconoce el

⁵⁹ MERCADER UGINA, J., "Los acuerdos de descuelgue..." *cit.*, p. 200

⁶⁰ Fundamentalmente, asunto C-341/05, Laval y asunto C-438/05, Viking.

derecho a la negociación colectiva y garantiza la fuerza vinculante de los convenios colectivos.