

# EL DESCUELGUE DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO TRAS LA REFORMA DE 2012

*Jesús Cruz Villalón*

*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*

*Universidad de Sevilla*

1. La progresiva ampliación del ámbito de actuación del descuelgue. 2. Tipología de convenios. 3. Condiciones modificables. 4. Causas justificativas. 5. Procedimiento de descuelgue. 6. Efectos del descuelgue. 7. Carácter disponible o no del régimen de descuelgue.

## 1. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL DESCUELGUE

El mecanismo de inaplicación del convenio colectivo, específicamente en materia salarial, se introduce en nuestra legislación laboral a partir de la reforma de 1994<sup>1</sup>, esencialmente como un instrumento alternativo a los despidos colectivos por causas económicas<sup>2</sup>. Ello discurría en paralelo con otro mecanismo complementario de descuelgue del resto de las condiciones de trabajo a través del procedimiento de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, igualmente introducido con mayor ímpetu a partir de la reforma laboral de 1994<sup>3</sup>. Uno y otro se articulaban por la vía en todo caso del acuerdo entre las partes, que en realidad acababa siendo una regla de preferencia aplicativa del acuerdo de empresa respecto del convenio sectorial frente a una situación de concurrencia entre dos pactos productos de la negociación colectiva.

En particular, por lo que afecta al descuelgue en materia salarial, pese a un rechazo inicial muy contundente, posteriormente fue progresivamente incorporándose la cláusula correspondiente en los convenios

---

<sup>1</sup> Ley 10/1994, de 19 de mayo.

<sup>2</sup> Sobre los antecedentes del mismo, cfr. GARRIDO PÉREZ, E., “Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria”, *Relaciones Laborales* nº 1 (1995). AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 1999.

<sup>3</sup> Por todos, CRUZ VILLALÓN, J., “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, *Relaciones Laborales*, nº 17-18 (1994).

colectivos, de modo que se atendía a la previsión legal de que fueran los convenios colectivos quienes procedieran a regular tanto las causas como el procedimiento específico de descuelgue. No obstante, los requisitos establecidos en la negociación colectiva con carácter general eran en tal grado restrictivos, que materialmente quedaba bloqueada la posibilidad de acudir a la fórmula del descuelgue ante auténticas situaciones de crisis empresariales en las que la medida podía resultar idónea como procedimiento que pudiera servir útilmente como alternativa para evitar que las empresas tuvieran que acudir a medidas de superior gravedad como serían los despidos colectivos. Se percibía a estos efectos una cierta coincidencia tanto por parte de las organizaciones sindicales como de las propias asociaciones empresariales de no favorecer los descuelgues, en la medida en que se contemplaban como fórmulas no deseables de posible competencia desleal entre las empresas.

A resultas, en todo caso, del escaso uso del mecanismo de descuelgue, particularmente del relativo a la materia salarial, la reforma laboral de 2010 procedió a ampliar el margen de actuación práctico de los descuelgues, esencialmente por dos vías<sup>4</sup>. Una primera, no permitir que fueran los convenios sectoriales los que establecieran los requisitos determinantes de la inaplicación convencional, siendo la propia norma estatal quien fijase los requisitos causales y procedimentales del descuelgue. Una segunda, evitar que el descuelgue dependiera de la voluntad de la comisión paritaria constituida para la aplicación e interpretación del convenio sectorial, residenciando la decisión de manera autónoma en el ámbito de la empresa, por vía de acuerdo mutuo entre la dirección de la misma y los representantes de los trabajadores. En todo caso, la fórmula siempre giraba en torno al criterio general de propiciar mecanismos de flexibilidad interna negociada, en términos tales que la adopción de los mecanismos de modificación de las condiciones pactadas en los convenios colectivos estatutarios se llevara a cabo en todo caso sobre la base del acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores; eso sí, con la preocupante fórmula para las empresas donde no existieran comités de empresa ni delegados de personal, de poder proceder a designar una representación '*ad hoc*' directamente por parte de los propios trabajadores en la empresa, con evidentes riesgos de aplicación distorsionada en la práctica que no garantizaban plenamente la autonomía y libertad de decisión de los trabajadores en la empresa. Con carácter general esa

<sup>4</sup> Ley 35/2010, de 16 de septiembre (BOE de 18 de septiembre), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo.

lógica de la flexibilidad negociada, permitía que el acuerdo entre las partes lo fuese tanto de manera directa, por acuerdo expreso entre los mencionados representantes, como de forma indirecta, por vía de los mecanismos de mediación y arbitraje, en todo caso voluntariamente asumidos<sup>5</sup>.

Finalmente, la reforma de 2011 en materia de negociación colectiva ahondo algo más en el modelo precedente de refuerzo de las posibilidades de acudir a los mecanismos de descuelgue, aunque con algunas correcciones de segundo orden<sup>6</sup>. De un lado, cierta apertura causal; de otro lado, retorno a un cierto protagonismo de las comisiones paritarias de los convenios colectivos sectoriales, con especial apelación a la solución final por la vía de los mecanismos de mediación y arbitraje<sup>7</sup>.

A partir de tales antecedentes, podría pensarse que la última de las reformas, la que se produce a principios de 2012 constituye un cierto hilo conductor común con las precedentes, de modo que se limita a profundizar en la misma línea, presentándose como una vuelta de tuerca más en un proceso de acentuado fomento legislativo de los mecanismos de modificación de condiciones pactadas en los convenios colectivos<sup>8</sup>. Sin embargo, como un primer balance de carácter general, aproximativo de lo que se desmenuzará inmediatamente a continuación, el alcance de la reforma en esta materia a nuestro juicio es de superior alcance, comporta un cambio cualitativo de envergadura, en la medida en que ya no queda garantizado que el mecanismo de descuelgue se incardine en la lógica de la flexibilidad negociada. El propio preámbulo del texto legal así lo explicita. Baste a tal efecto con reproducir las consideraciones al respecto de la mencionada exposición de motivos de la Ley, que resultan bien elocuentes e ilustrativas al respecto:

<sup>5</sup> Sobre el alcance y significación de la reforma de 2010, cfr. Entre otros, LAHERA FORTEZA, J., “El descuelgue salarial”, en AA.VV., (VALDÉS DAL-RE, F., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., VALDÉS ALONSO, A., coords.), *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, ed. Reus 2011. MERCADER UGUINA, J., Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010, en AA. VV., *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, 17 de septiembre*, ed. Lex Nova, Valladolid 2010. CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales* n° 21-22 (2010).

<sup>6</sup> RDL 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

<sup>7</sup> Al respecto, CRUZ VILLALÓN, J., El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva, en *Relaciones Laborales* n° 23-24 (2011).

<sup>8</sup> Primero por vía del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; posteriormente convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

“La última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, esta Ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”.

## 2. TIPOLOGÍA DE CONVENIOS

La última de las reformas mantiene la dualidad de tratamiento entre convenios colectivos estatutarios y el resto de los pactos y acuerdos colectivos, incluyendo en el segundo de los grupos a los convenios colectivos extraestatutarios así como a los acuerdos de empresa. En términos formales la diferencia se produce en clave sistemática de ubicación por precepto de las correspondientes fórmulas de inaplicación convencional: el mecanismo de descuelgue de condiciones previsto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores se restringe a los convenios colectivos estatutarios, en tanto que los restantes productos de la negociación colectiva quedan reconducidos a los procedimientos de modificaciones sustanciales del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores. Desde la perspectiva material lo relevante es que todos aquellos convenios y acuerdos que no tienen el carácter de convenios estatutarios, al canalizarse por la vía del art. 41 ET, a la postre se pueden modificar por decisión unilateral del empleador, aparte de otros efectos ampliatorios de no poca trascendencia, en los términos que por contraste analizaremos a continuación: se amplían al máximo las causas justificativas de la inaplicación, la relación de condiciones modificables es ilimitada al ser la lista correspondiente una relación abierta y ni siquiera se

someten al período de consultas cuando se les da el tratamiento de modificaciones individuales por no superar los umbrales cuantitativos previstos en dicho precepto para marcar la frontera entre cambios individuales y colectivos.

De todos estos elementos diferenciales en el tratamiento entre unos y otros tipos de convenios y acuerdos colectivos, el de mayor alcance es el que permite que la inaplicación de lo pactado se produzca por voluntad unilateral del empleador, con amplia superación del principio civil de que el cumplimiento de los contratos no puede quedar a voluntad de una de las partes y, sobre todo, contraviniendo el principio laboral de garantía del *pacta sunt servanda* colectivo. Dicho de otro modo, con ello no queda garantizado el respeto a la fuerza vinculante de los convenios colectivos garantizada constitucionalmente (art. 37.1 CE). En la medida en que esa garantía de fuerza vinculante no se puede restringir en exclusiva a los convenios colectivos estatutarios, sino que es una regla de alcance constitucional a favor del conjunto de los convenios colectivos celebrados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, se vulnera el mandato constitucional cuando se habilita un procedimiento fácil y de muy escasa limitación que desemboca en facultar al empleador para que no respete la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Es cierto que algún pronunciamiento aislado de nuestro Tribunal Supremo ha admitido la corrección de esta fórmula tal como está presente desde hace tiempo reflejada en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores<sup>9</sup>. Sin embargo, dicho pronunciamiento, aparte de no haberse reiterado hasta el momento presente como para considerarse que el mismo crea jurisprudencia asentada, se efectúa exclusivamente desde la perspectiva de interpretación de la legalidad ordinaria y, por ello, sin entrar a fondo en el análisis de las objeciones de constitucionalidad que se le pueden hacer al mecanismo de modificación unilateral tal como se encuentra recogido en el citado art. 41 ET.

Visto este elemento desde la otra perspectiva, comoquiera que todos los descuelgues de convenios estatutarios a partir de ahora se desenvuelven extramuros del procedimiento de modificaciones sustanciales (art. 41.6 ET), situándose necesariamente en el ámbito de la regulación sobre descuelgues (art. 82.3 ET), ello significa que cualquier tipo de inaplicación convencional se canaliza por esta última vía con independencia de su afectación cuantitativa. Dicho de otro modo, en ningún caso se aplican los umbrales cuantitativos del art. 41 ET, de modo que

<sup>9</sup> STS 6 de octubre de 2009, RJ 5661.

aunque se pretenda una inaplicación parcial de un convenio colectivo estatutario por afectar a un número reducido de trabajadores dentro de la empresa, siempre y en todo caso se deberá ello tramitar a través del procedimiento del art. 82.3 ET<sup>10</sup>.

En segundo lugar, hasta el momento presente el procedimiento de inaplicación salarial de los convenios estatutarios se establecía circunscrito al supuesto de un convenio colectivo sectorial respecto del cual la situación de una concreta empresa requería inaplicar dichas condiciones en ese específico ámbito de la empresa; perspectiva que era esencialmente la que había propiciado que se asentara en el lenguaje habitual, no técnico legal, el término “descuelgue”, en la medida en que era una sola empresa la que se separaba del régimen de condiciones salariales previsto en el convenio sectorial, en tanto que el conjunto de las restantes empresas del sector se mantenían en el ámbito de aplicación de este convenio. Ahora, sin embargo el texto estatutario incorpora no sólo la hipótesis del descuelgue respecto del convenio sectorial sino adicionalmente la del mismo proceso respecto de lo pactado en un convenio de empresa, en términos tales que a partir de ahora incluye también el fenómeno de lo que para entendernos podemos calificar como “autodescuelgue”. Conviene, eso sí, advertir que la novedad es relativa, por cuanto que con precedencia era posible articular la mayoría de estos descuelgues por la vía del art, 41 ET o bien por la vía del acuerdo voluntario de anticipo de la renovación de cualquier convenio colectivo, siempre viable en desarrollo del principio general de autonomía contractual colectiva de los legitimados para pactar o renovar un convenio colectivo. Eso sí, no deja de tener su trascendencia cuando ahora se incorpora un mecanismo que al final desemboca en una fórmula que no garantiza que el descuelgue se articule como un procedimiento de flexibilidad negociada.

### 3. CONDICIONES MODIFICABLES

Por lo que se refiere a las condiciones modificables, hasta el presente el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores se circunscribía, tal como hemos destacado, al descuelgue salarial, en tanto que el resto de los descuelgues de condiciones de trabajo se canalizaban por la vía del art. 41 ET; eso sí, con una regulación procedimental bastante asimilada ya en el pasado. La novedad se sitúa ahora en que la reforma traslada to-

<sup>10</sup> En el mismo sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva, en prensa.

dos los descuelgues de condiciones pactadas en convenio estatutario al procedimiento del mencionado artículo 82.3 ET, sacándolo del art. 41 ET. En definitiva, se produce con ello una refundición de los dos mecanismos por lo que afecta a los convenios colectivos estatutarios, en clave ya propuesta por cierta doctrina<sup>11</sup>; si bien como ya hemos visto manteniendo la dualidad de tratamiento por lo que afecta al resto de los productos de la negociación colectiva. Aparentemente se presenta exclusivamente como una alteración de ubicación sistemática, pero que sucesivamente tiene mayor alcance. A estos efectos, las novedades más relevantes se sitúan en los siguientes datos.

Ante todo, anteriormente el descuelgue de condiciones cuando lo era respecto de lo pactado en un convenio sectorial estatutario se encontraba limitado a concretas materias, a través de una enumeración cerrada de condiciones; ahora también lo es, pero la lista se ha ampliado, incluyendo a materias que antes no se permitían, como son las relativas a jornada de trabajo y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

De otra parte, conviene tener en cuenta que en la actualidad los convenios colectivos presentan un contenido amplísimo, que no se reconducen exclusivamente a la regulación de las condiciones de ejecución del contrato de trabajo. Por tanto, todo aquello que no refiere a la categoría de “condiciones de trabajo” queda fuera del procedimiento de descuelgue. Por ejemplo, toda la vertiente relativa a lo que denominaríamos derechos colectivos o vertiente de las relaciones colectivas de trabajo quedaría al margen del procedimiento de descuelgue. De otra parte, conviene destacar la importante diferencia presente en la lista del precepto relativo al descuelgue (art. 82.3 ET) y la casi idéntica para las modificaciones sustanciales (art. 41.1 ET): mientras que la lista de las modificaciones sustanciales es abierta y presenta un valor meramente ejemplificativo, en la medida en que precisa que esa relación de modificaciones lo es “entre otras”, no sucede así para la lista de condiciones del procedimiento de descuelgue, que constituye una estricta lista cerrada, en cuanto que en el tenor literal del precepto no se recoge en paralelo esa expresión “entre otras”. Por ello, tiene gran valor que en la lista del procedimiento sobre descuelgue se incorpore la mención a las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”, pues de lo contrario no podría producirse descuelgue respecto de las mismas.

<sup>11</sup> Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La reforma de la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, 2010 (II), p. 1197.

Ello no significa que el descuelgue de los convenios colectivos extraestatutarios no pueda incidir sobre tales mejoras voluntarias, dado que en tal caso lo que se aplica es el régimen del artículo 41 ET, en cuyo caso la condición de lista abierta permite incorporarlas. Pero sí supone a la inversa, que mientras que las condiciones de trabajo no contempladas en la lista pueden ser modificadas vía art. 41 ET para los convenios extraestatutarios, no puede ocurrir así para el descuelgue vía art. 82.3 ET respecto de lo contemplado en el convenio colectivo estatutario.

De ahí que cobre a partir de ahora especial trascendencia la identificación del significado de cada una de las condiciones a las que se refiere la lista contenida en el precepto relativo a los descuelgues de convenios estatutarios. Es cierto que la lista es amplia, abarca a la generalidad de las condiciones de trabajo y no se aprecia inicialmente una voluntad por parte del legislador de que se deba proceder a efectuar una lectura restrictiva de cada una de las condiciones de trabajo reflejadas en la misma. Pero, eso sí, queda también meridianamente claro que sólo las condiciones reflejadas en la lista pueden ser objeto del descuelgue. Así, a título de ejemplo, en la lista no se hace mención a la movilidad geográfica y, por tanto la regulación de condiciones que pueda existir en el convenio en esa materia no puede ser objeto de descuelgue. Lo mismo puede decirse en relación con la materia relacionada con la prevención de riesgos laborales, o bien con la conciliación de la vida laboral y familiar, eso sí siempre que no quepa insertarla en algunos de los concretos epígrafes de la lista legal. Por lo demás, expresamente se precisa en la norma que el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa.

De otra parte, conviene también tener presente que, al margen del procedimiento específico de descuelgue, siempre es posible que las partes procedan a acordar la celebración de un convenio colectivo de empresa, que a partir de ahora tiene preferencia aplicativa absoluta respecto del convenio colectivo de sector (art. 84.2 ET); mecanismo este otro a través del cual se puede producir también un efectivo descuelgue empresarial de lo pactado en un convenio sectorial, eso sí ahora con carácter permanente y, en todo caso, requiriendo que lo acuerden los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa. En estas condiciones, resulta necesario también efectuar una comparación en paralelo de la relación de condiciones de trabajo objeto

de descuelgue vía art. 82.3 ET y aquellas otras materia o condiciones respecto de las cuales se prevé la preferencia aplicativa del convenio empresarial vía artículo 84.2 ET. Sin entrar en mayores detalles, baste con indicar que de esa comparación se aprecian inmediatamente importantes coincidencias, especialmente en material salarial, de tiempo de trabajo y encuadramiento profesional. Pero, en igual medida, importantes disparidades; disparidades que se producen en la doble dirección de condiciones que exclusivamente aparecen en la normativa sobre descuelgues (mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social), como de materias que tan sólo figuran en la preferencia aplicativa del convenio empresarial frente al sectorial (modalidades contractuales y conciliación). La lógica de uno y otro precepto y, sobre todo, el arrastre histórico de las perspectivas con las que se introducen esta materia en cada momento pueden ser las que provoquen tales disparidades, a pesar de que en cierto modo no dejen de resultar incomprensibles ciertas diferencias de tratamiento al respecto.

#### **4. CAUSAS JUSTIFICATIVAS**

También en la definición de las causas justificativas se presenta una notable ampliación de las mismas, que de manera general supone alejarlas notablemente de la conexión con las justificativas de los despidos, para situarlo cada vez más en el terreno de la cotidianidad de adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos de competitividad y productividad empresarial. De este modo, deja de presentarse como un mecanismo sustitutorio del despido, de modo que se presente como una alternativa de flexibilidad interna dirigida a superar un escenario que caso contrario obligaría a reducir empleo en la empresa, tal como hemos destacado ya se afirma de manera expresa en la exposición de motivos de la norma.

Así, no debe pasar inadvertido que el texto precedente conectaba con una situación que llegaba a afectar “a las posibilidades de mantenimiento del empleo” en la empresa, requisito que desaparece por completo tras la reforma. En particular, a partir de ahora bastará como causa económica justificativa con que se produzca una reducción de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos respecto al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

De otra parte, la regulación precedente del descuelgue salarial quedaba justificada exclusivamente en razones de índole económicas, mientras que a partir de ahora se incorporan igualmente las mucho más

genéricas de carácter técnico, organizativo o productivo; en esta ocasión con una redacción prácticamente idéntica a la correspondiente para los despidos colectivos, eso sí con una apertura a otros supuestos adicionales a lo definido, en la medida en que de forma recurrente se añade la expresión “entre otros”, con lo cual acaba asimilándolo a las igualmente laxas causas de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Ello, en parte, se justifica por el dato anteriormente señalado de que se incorporan al ámbito del procedimiento de descuelgue del art. 82.3 ET los que con anterioridad se tramitaban por la vía de las modificaciones sustanciales del art. 41 ET. Pero, no deja de ser significativo que tal acarreo de condiciones y causas, se efectúa sin precisiones o matices diferenciales, con lo cual a partir de ahora también estas otras causas técnicas, organizativas y productivas también son referibles a los descuelgues retributivos.

En todo caso, a nuestro juicio, el cambio cualitativo más relevante se ubica en un dato algo más oculto, que como tal puede pasar más inadvertido. Me refiero a la transformación funcional que experimentan las causas justificativas en la sistemática global del precepto a partir de ahora. En concreto, hasta el presente las causas justificativas poseían un valor muy marginal, más de carácter orientativo y de escaso valor jurídico relevante; en efecto, hasta el presente las causas importaban poco, pues lo decisivo era que se alcanzase o no el acuerdo entre las partes: si se lograba el acuerdo se verificaba el descuelgue en todo caso al margen de cuáles fueran las causas que lo provocaron, mientras que si no se conseguía el acuerdo el descuelgue no se podía producir fuesen cuales fuesen las causas concurrentes. A partir de ahora, la funcionalidad es bien distinta cuando al final todo el procedimiento puede desembocar en un arbitraje obligatorio público. En esa fase final, el conflicto se ha transformado en una discrepancia mixta entre el conflicto jurídico y el de intereses, mientras que antes al no existir ese arbitraje obligatorio era siempre y desde todas sus perspectivas un conflicto de intereses. Ahora en ese procedimiento arbitral final, el arbitro deberá decidir si procede o no el descuelgue en clave jurídica, es decir, en atención a un control exclusivamente basado en la concurrencia o no de las causas legalmente establecidas, sin perjuicio de que sucesivamente a la hora de fijar las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su duración lo hará en gran medida resolviendo un conflicto de intereses. A tenor de ello, las causas justificativas, tal como se definen en la norma, adquieren una importancia decisiva, en todo caso desempeñan una funcionalidad bien diversa, desde el instante en que condicionan jurídicamente el pronunciamiento del árbitro. Dicho de

otro modo, la amplitud con la que se contemplan las causas justificativas abocan al árbitro a acordar el descuelgue en la práctica totalidad de las ocasiones, reconduciéndose su discrecionalidad en el equilibrio de intereses en juego a la fijación de las condiciones alternativas a las establecidas hasta el presente en el convenio colectivo que procede a inaplicarse a resultas del laudo.

## 5. PROCEDIMIENTO DE DESCUELGUE

El procedimiento del descuelgue acaba siendo la clave de bóveda de la reforma legislativa en esta materia, cuya trascendencia es decisiva, a pesar de que arranca del mantenimiento de la fórmula inicialmente diseñada por reformas precedentes. Es cierto que en términos formales la regulación contempla tres fases previas de posible adopción de la inaplicación convencional que ya estaban presentes en la regulación precedente, limitándose la misma casi exclusivamente a incorporar una cuarta y última fase. Eso sí, esta última novedad es de tal envergadura y repercusión, que acaba impactando en términos de fuerte debilitamiento a las tres fases precedentes. La propia exposición de motivos así lo resalta, cuando viene a valorar que a su juicio esas tres fases previas no habían logrado los resultados que se pretenden con la generalización de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo. A la postre, lo relevante es que las tres fase existentes hasta ahora se situaban en el ámbito de la flexibilidad negociada, mientras que la nueva que se introduce con esta reforma se ubica ya en una lógica bien diversa, por mucho que pueda presentarse de otro modo.

Esas cuatro fases que aparentemente se contemplan como sucesivas, son las siguientes: primera fase, el acuerdo directo en el seno de la empresa entre su dirección y la representación de los trabajadores; segunda fase, acuerdo en el seno de la comisión del convenio colectivo; tercera fase, avenencia o laudo a través de mediación o arbitraje a través de los sistemas autónomos de resolución de conflictos; cuarta fase, resolución a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

Comoquiera que la última de ellas es, como decimos, la novedad destacada de la reforma nos centramos en la misma, la que procede a incorporar en última instancia la intervención de un órgano tripartito, en el ámbito estatal la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y en las Comunidades Autónomas los órganos correspondientes

u homólogos a la anterior. Se trata de una fórmula expresamente propuesta entre nosotros no hace mucho por cierto sector de la doctrina<sup>12</sup>. Con todo fundamento otros autores han calificado dicha fórmula de “extravagante”, pues a su juicio lo razonable hubiera sido canalizar la solución de tales discrepancias a través de los sistemas autónomos de resolución de conflictos laboral establecidos a través de los correspondientes acuerdos interprofesionales de ámbito estatal y autonómico<sup>13</sup>.

Esa intervención, como hemos adelantado, cabe calificarla en términos jurídicos como arbitraje obligatorio público, de naturaleza asimilada a los antiguos laudos de obligado cumplimiento resueltos por la Administración laboral. Desbrocemos las razones que nos llevan a tal calificación.

Yendo por partes, para la hipótesis de que fracasen las tres fases previas es para la que definitivamente se incorpora esta última fase. Para ser más precisos, para la hipótesis en que el periodo de consultas finalice sin acuerdo (primera fase) y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados anteriormente (segunda y tercera fase) o estos no hubieran solucionado la discrepancia. La previsión legal a estos efectos no es otra que ante la clara disparidad de intereses concurrente en el supuesto, en la medida en que se pretende nada menos que la inaplicación de lo estipulado en convenio colectivo, puede presentarse un importante riesgo de que la discrepancia entre las partes no se resuelva y, por ello, acude a una fórmula final mucho más expeditiva. Como dice la propia exposición de motivos de la norma, “en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, la presente Ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas”.

Materialmente se trata de la imposición desde la ley de un arbitraje obligatorio de carácter público.

Se trata por propia configuración de un arbitraje, como la propia exposición de motivos lo califica expresamente, desde el instante en que un

<sup>12</sup> PÉREZ DE LOS COBOS y THIBAUT ARANDA, “La reforma de la negociación colectiva...”, op. cit., p. 1196.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAA-MONDE, M.E., “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales* n° 5 (2012), p. 35. En parecidos términos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, El Real Decreto-Ley 3/2012..., op. cit.

tercero, ajeno a las partes en conflicto, resuelve el asunto, bien lo sea directamente la propia CCNCC u órgano asimilado, o bien por cuanto que tales órganos proceden a designar en su seno a un árbitro por ella misma.

Se trata de un arbitraje obligatorio en la medida en que la norma no prevé la celebración de ningún tipo de compromiso arbitral entre las partes, ni en caliente ni en frío: ni en caliente, compromiso arbitral en el momento en que se hace patente la discrepancia entre las partes respecto de la adopción o no de la medida de descuelgue; ni en frío, compromiso arbitral por anticipado incorporado al texto del convenio colectivo, por medio del cual prevén que en caso de que la dirección de la empresa requiera el descuelgue se habilita que ello se resolverá en su momento por vía de laudo dictado por un tercero imparcial.

Más aún, se contempla expresamente y con nitidez que la remisión del asunto a la CCNCC u órgano asimilado se produce a iniciativa de “cualquiera de las partes”; a sensu contrario, puede ponerse en marcha dicho procedimiento arbitral contra la voluntad de una de las partes. En realidad el legislador utiliza una expresión marcadamente eufemística para referirse al sujeto promotor de la puesta en marcha de estas fases sucesivas. Me refiero al dato de que formalmente el legislador lo atribuye genéricamente como una facultad atribuida a cualquiera de las partes, bien sea a la representación de los trabajadores como a la dirección de la empresa. Sin embargo, se trata de un eufemismo para en la práctica atribuir en exclusiva dicha facultad a la dirección de la empresa, lo que se deduce claramente de los intereses en juego, de las causas identificadas como desencadenantes de la inaplicación convencional, así como de la iniciativa siempre y en todo caso de proceder al descuelgue de condiciones. Tal como está diseñado el precepto, dicho descuelgue siempre arranca –por razón de los intereses en juego– de la propuesta empresarial, de modo que si hay desacuerdo entre las mismas en el interior de la empresa, nunca la representación de los trabajadores va a plantear la discrepancia en instancias diferentes, pues su mera pasividad llevará a la pervivencia como aplicable a todos los efectos de lo pactado en convenio, que es lo que se presume que es su voluntad. Más aún, conectando la inaplicación con la concurrencia de necesidades empresariales de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, será por razones obvias sólo la dirección de la empresa quien efectuará la propuesta y posterior requerimiento de descuelgue. Por tanto, si una de las partes acude a intentar superar la discrepancia en este momento será necesariamente la dirección de la empresa. En definitiva, establecer la norma que cualquiera de las partes podrá acu-

dir es un modo eufemístico de afirmar que en caso de discrepancia la dirección de la empresa podrá acudir; a sensu contrario, por tanto, un modo igualmente eufemístico de afirmar que la puesta en marcha de este arbitraje en ningún caso requerirá de la voluntad concurrente de la representación de los trabajadores.

Como ya he indicado en estudios recientes, nuestro Tribunal Constitucional parte de la regla general de que el arbitraje en conflictos colectivos laborales debe ser con carácter general voluntario, pues de lo contrario atenta contra la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos<sup>14</sup>. Dicha voluntariedad general sólo la exceptúa la jurisprudencia para casos excepcionales o extraordinarios, mientras que en la regulación contenida en el precepto que venimos comentando se establece de forma generalizada y cuasi universal para cualquier tipo de pretensión de descuelgue de condiciones de trabajo, que, como el mismo precepto indica, se presenta como una ruptura de la regla inicial del art. 82.3 ET que consagra la eficacia vinculante del convenio. No es casual y, por tanto, debe resaltarse que es precisamente en el primer párrafo del art. 82.3 ET donde se recoge justamente la previsión de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, aparte de añadir también la eficacia *erga omnes* (“Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo su tiempo de vigencia”), presentándose pues los párrafos sucesivos reguladores del descuelgue salarial como la excepción a dicha regla de la fuerza vinculante: “sin perjuicio de lo anterior” arranca diciendo el siguiente párrafo, insisto no casualmente.

En esta ocasión la fórmula de arbitraje obligatorio puede presentarse con una configuración algo diversa, pero que a nuestro juicio no altera la conclusión básica anteriormente mencionada. Lo que de novedoso presenta el mecanismo ahora consiste en la sede a la que se remite el procedimiento de arbitraje obligatorio. En particular, el dato de que quien resuelve la discrepancia por vía arbitral directa o indirecta es la CCNCC u órgano asimilado. En concreto, a través de un órgano de participación institucional, con representación paritaria de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas; elemento común de la CCNCC con el resto de los órganos asimilados de las Comunidades Autónomas, dato que expresamente señala la propia expo-

<sup>14</sup> El nuevo papel de la mediación y el arbitraje..., op. cit., pp. 278 y ss. “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en AA. VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., directores), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 39 y ss.

sición de motivos de la norma. Así, se vendría a defender por algunos que el respeto al principio constitucional de autonomía colectiva de las partes quedaría asegurado en esta ocasión, en la medida en que el conflicto lo dirimiría una instancia que es expresión de la voluntad de las propias organizaciones sindicales y empresariales con legitimidad para negociar convenios colectivos y, por efecto derivado, para alterar lo pactado en los mismos por acuerdo mutuo. Sin embargo, aparte de que dichas organizaciones puede suceder que no tengan la correlativa legitimación negocial en el ámbito concreto en el que se produce el descuelgue de condiciones de trabajo, lo más relevante se sitúa en que lo definitorio de estos organismos de participación institucional es, de un lado, su carácter de órganos administrativos, que dictan estrictos actos administrativos y, por tanto, no son propiamente expresión de la autonomía colectiva. La propia exposición de motivos de la Ley, recordemos, que advierte que este arbitraje se introduce “ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas”. La expresión más elocuente de ello se sitúa en el dato de que lo que define como singular a tales órganos es que no tienen carácter bipartito (de exclusiva representación de trabajadores y empresarios), sino que en todo caso tienen una composición tripartita. A pesar de la confusa regulación legal sobre la materia de la normativa vigente al respecto, en todo caso queda indiscutido que la composición del órgano es necesariamente tripartita: “de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”<sup>15</sup>. Esa composición tripartita y paritaria en todo caso comporta necesariamente que las tres instancias integradas en su seno actúan en posición de igualdad a la hora de adoptar las correspondientes decisiones de la mencionada Comisión, todas y cada una de ellas con voz y voto, al tiempo que las decisiones se adoptan por mayoría. En ese escenario, la norma no hace otra cosa que atribuir el poder dirimente final a los representantes de la Administración Pública. La lógica del conflicto y el mecanismo de adopción de acuerdos en el seno de la CCNCC conduce a que la representaciones sindicales y empresariales reproduzcan las discrepancias de origen; si no se ha logrado acuerdo en las fases precedentes no cabe imaginar otro escenario que el de que la representación sindical en el seno de dicho organismo se oponga al descuelgue en tanto que la representación empresarial se manifieste a favor del descuelgue, con lo cual el voto final de calidad queda otorgado ‘*ex lege*’ a la representación de la Administración.

<sup>15</sup> Disposición final 2ª ET.

En definitiva, de forma camuflada, materialmente lo que se produce es un arbitraje, a instancias de la dirección de la empresa que solicita el descuelgue, resuelto por la Administración Pública, previa audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales. Por ello, hemos calificado al inicio a este mecanismo de arbitraje obligatorio “público”. Al final, aunque acontezca de forma algo oculta, lo que se produce no es otra cosa que un laudo de obligado cumplimiento dictado por la Administración Pública, a instancias de la dirección de la empresa. Y, por añadidura, con un fuerte condicionante por parte de la Administración o del árbitro que decida por designación de ésta para decidir en los términos en que anteriormente hemos interpretado el alcance y significado de las causas justificativas del descuelgue, que en esta ocasión actúan como premisa. En suma, materialmente el mecanismo se asimila en lo sustancial al laudo de obligado cumplimiento del antiguo procedimiento de conflicto colectivo que fue declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Constitucional<sup>16</sup>.

Ni siquiera podría traerse a este escenario el dato de que en el pasado la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivo haya efectuado una labor similar de carácter arbitral. Me refiero al proceso de derogación de las Ordenanzas Laborales, a tenor de la previsión contenida en la reforma laboral de 1994. Sin entrar en mayores detalles al respecto, baste con indicar que, por muy singular y discutido que fuese aquél proceso de designación arbitral por parte de la Comisión Consultiva, allí se presentaba una especialidad que impide el paralelismo con la competencia que ahora se le asigna. Me refiero al dato de que aquel arbitraje público lo era para sustituir una norma estatal de rango reglamentario, por tanto no para sustituir a un convenio colectivo, por lo que la tacha de inconstitucionalidad que aquí se aprecia respecto de la garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo no era referible a un supuesto que no se situaba en el ámbito de la autonomía colectiva sino en el del ejercicio de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo para sustituir a las antiguas Ordenanzas Laborales aprobadas por medio de Orden Ministerial<sup>17</sup>.

Finalmente la exposición de motivos de la norma efectúa una alusión al artículo 38 de la Constitución, en la medida en que éste encomienda

<sup>16</sup> STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril), fundamento jurídico 24.

<sup>17</sup> Sobre el particular, cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F. (coord.), Balance material del proceso de sustitución de las Ordenanzas Laborales: continuidad y crisis de los contenidos normativos. Derogación de Ordenanzas Laborales y negociación colectiva, *Relaciones Laborales* nº 14 (1995); también publicado en AA.VV., *Estructura de la negociación colectiva*, VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 1996.

a los poderes públicos garantizar y proteger el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad: “Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”. No deja de resultar sorprendente y, por ello, digno de ser resaltado que dicha exposición de motivos tan solo mencione a este precepto del texto constitucional como orientador y fundamentador de las reformas que acomete en materia laboral, con omisión flagrante de cualquier otro precepto conectado directamente con nuestro sistema de relaciones laborales o en general con el modelo laboral instaurado por nuestro texto constitucional; algo ya de por sí suficiente como para resaltar el marcado carácter desequilibrado de la presente reforma. En todo caso, centrados en ese precepto, a nuestro juicio tampoco puede constituir elemento que permita alterar las conclusiones que hemos formulados con precedencia respecto de la tacha de constitucionalidad de la fórmula del arbitraje obligatorio público. Se trata de una lectura aislada y asistemática del art. 38 de la Constitución, que de poderse realizar como tal podría habilitar para no respetar el contenido esencial de otros derechos constitucionalizados en materia laboral, incluidos algunos de ellos con rango de derechos fundamentales y libertades públicas. Por llevar tal argumento a unas de sus más lógicas consecuencias, ello permitiría defender que en aras de la defensa de la productividad, el legislador podría hacer resurgir la facultad administrativa de homologación de los convenios colectivos franquistas, que no casualmente se fundaba en la tutela del interés general de control por parte del poder público del desarrollo económico. En la misma medida en que se rechazaría de plano esa hipótesis del resurgimiento de la facultad de homologación, también habría de deducirse de la facultad administrativa de acordar la inaplicación de lo pactado en convenio colectivo en base a la defensa de la productividad. En definitiva, esa tutela de la productividad encomendada a los poderes públicos debe canalizarse por otras vías y, en todo caso, debe efectuarse con pleno respeto a la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Como se ha señalado con todo fundamento, tan forzada invocación del art. 38 CE supone desconocer los límites que ha de tener la actuación de los poderes públicos en materia de solución de conflictos colectivos en los que está en juego un concepto de tanta relevancia constitucional como es la autonomía colectiva<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, El Real Decreto-Ley 3/2012..., op. cit.

## 6. EFECTOS DEL DESCUELGUE

Caso de que por una u otra vía se articule una solución a la discrepancia respecto del descuelgue de condiciones en convenios colectivos, resulta necesario precisar cuáles son los efectos derivados de ello. Naturalmente, caso de que no se proceda al descuelgue, es obvio que la situación permanece inalterada y, por ende, se mantendría a todos los efectos la aplicación de lo establecido en el convenio colectivo de referencia. Por el contrario, caso de que se proceda al descuelgue, el efecto no es otro que el de la inaplicación de lo pactado en el mencionado convenio colectivo. Eso sí, la inaplicación puede provocar un vacío regulativo, que debe ser integrado por reglas alternativas. La respuesta precisa viene dada por la propia norma para el acuerdo directo entre las partes: “el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable el nuevo convenio en dicha empresa”. Desde esta perspectiva sí que se trata de un conflicto de intereses a todos los efectos, sin matiz alguno, de modo que las partes deben establecer el nuevo equilibrio de condiciones de trabajo entre ellas. Por lo demás, aunque el Estatuto de los Trabajadores, debido a esa técnica aluvional de incorporación de reformas, refiere el contenido del acuerdo exclusivamente al que se produce en la primera fase, por asimilación, “*mutatis mutandis*”, idéntico contenido debe presentar la solución adoptada en las fases sucesivas, por cualquiera que sea la vía de resolución del conflicto: acuerdo de la comisión del convenio, avenencia en mediación, laudo en procedimiento arbitral o resolución dictada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano asimilado. Todos y cada uno de estos mecanismos deberán precisar las nuevas condiciones aplicables a la empresa y su duración, con el límite temporal antes referido.

En cuanto al límite temporal, el tope fijado en el momento en el que resulte aplicable el convenio objeto de descuelgue ha de entenderse referido tanto a la vigencia ordinaria como ultraactiva del convenio; naturalmente ello sin perjuicio de que al tratarse de un tope máximo, siempre sería posible que el acuerdo fijase una duración inferior del descuelgue. En todo caso, la clave es el escenario posterior a la superación de esa duración máxima o de la prevista en la solución de descuelgue. Lo que prevé expresamente la norma es el valor formal de alcance del acuerdo colectivo, avenencia, laudo o resolución del organismo administrativo, que no es posible que posea eficacia más allá de la duración máxima del convenio de aplicación. Pero no implica necesariamente que ello provoque automáticamente la convergencia

de condiciones a la aplicación de nuevo del convenio de referencia. Si se trata de un descuelgue por el máximo tiempo admitido, que por tanto afecta a un convenio que ya se encuentra vencido y no resulta aplicable, materialmente es inviable pensar en una convergencia con lo dispuesto en un texto que ya no va a estar vigente en ese instante. Si se trata de un descuelgue por duración inferior sí que es viable que se produzca el “recuelgue” al convenio de referencia.

En todo caso, la clave va a situarse en la mayoría de las ocasiones en el escenario correspondiente a la renovación del convenio colectivo de referencia. En ese momento es en el que se reproducirán las posiciones de las partes respectivas. Si se trata de un supuesto de autodescuelgue, serán las propias partes en el momento de negociar el mismo convenio de empresa quienes optarán por mantener un régimen u otro de condiciones de trabajo, en función de lo que se acuerde en el seno de la comisión negociadora del convenio. Si se trata de un supuesto de descuelgue de un convenio sectorial, el escenario no será muy distinto, pues en tal caso todo dependerá igualmente de lo que las partes puedan pactar en el ámbito de la empresa; con independencia de cuál sea el devenir de la renegociación del convenio sectorial, las partes podrán pactar su propio convenio de empresa, a partir del cual provoquen un efecto que calificaríamos, por entendernos, de estable y definitivo descuelgue de condiciones respecto del convenio sectorial.

## **7. CARÁCTER DISPONIBLE O NO DEL RÉGIMEN DE DESCUELGUE**

Para cerrar el régimen del descuelgue de condiciones hemos de resolver una cuestión de carácter general; cuestión que hemos preferido acometer en este momento final, una vez que hemos desbrozado el régimen completo de la regulación estatutaria. Nos referimos en concreto a la naturaleza jurídica de las reglas contenidas en el precepto de referencia regulador del mecanismo de descuelgue. En concreto, el interrogante consiste en saber si ese mecanismo de descuelgue se presenta como un régimen de orden público laboral a respetar en todo caso y en todos sus elementos por parte de los convenios colectivos, o, por el contrario, puede interpretarse que en algunos de sus elementos tiene un carácter dispositivo y como tal alterable a través de los propios convenios colectivos. La respuesta no resulta nada fácil, por cuanto que el precepto expresamente no indica nada al respecto y, al propio tiempo, cabe traer a colación reglas precisas que aportarían conclusiones opuestas o principios interpretativos que en idénticos términos

nos conducirían a lecturas diversas respecto del carácter imperativo o dispositivo del régimen de descuelgue.

El punto de partida puede ser el de que por su estilo de redacción, por su contenido y finalidad se está estableciendo en dicho precepto el marco o reglas del juego de nuestro sistema de negociación colectiva, lo que desembocaría en la bondad de la tesis de calificar al régimen de descuelgue como norma de orden público laboral no dispositiva. En su estructura aborda la vinculabilidad del convenio y el procedimiento de alteración de lo pactado, con lo cual está abordando la eficacia del convenio, que como tal ha de entenderse desarrolla el mandato constitucional de garantía de la negociación colectiva o, por ser más precisos, de limitación legal de esa garantía. Por añadidura, el contenido de su redacción reproduce un régimen que se presenta esencialmente cerrado, sin apenas remisiones a lo que se pacta en el convenio colectivo. Dicho de otro modo, el texto legal en ningún caso incorpora expresiones del tipo de “salvo pacto en contrario en convenio colectivo”, que abrirían paso a la consideración como disponible del mecanismo de descuelgue. La única remisión por parte de esa regulación se sitúa en la apelación en la tercera fase a los procedimientos autónomos de resolución de conflictos, donde sí existiría un amplio margen de diseño a la mediación o arbitraje que se articulase para esa tercera fase; aunque puede que con el condicionante de que esa tercera fase ocupa el espacio y rol que le asigna la propia norma. Como colofón de lo anterior, la finalidad del precepto es obvio que se inscribe a todos los efectos en la incorporación de mecanismos de flexibilidad a favor de la empresa, de capacidad de adaptación de las condiciones de trabajo que rigen en la misma, sin que la misma se pueda ver obstaculizada por las cláusulas presentes en convenios colectivos que se conciben como inalterables. Más aún, en su iter temporal de reformas sucesivas, especialmente las reformas de 2010, 2011 y 2012, el legislador ha pretendido reaccionar frente a un modelo que inicialmente no funcionó. Lo que acometen, de forma reactiva, las reformas recientes de estos tres últimos años no es otra cosa que la introducción de unas reglas que impidan ese cortafuegos de los convenios colectivos, para lo cual la premisa de partida no puede ser otra que la de entender como regla general que deben ser factibles los mecanismos de descuelgue y que, en todo caso, los mismos no pueden ser impedidos por la imposición de barreras infranqueables por parte de la negociación colectiva.

Todo lo anterior conduce a deducir que el régimen del descuelgue de condiciones previsto legalmente pretende introducir reglas imperativas, que no pueden ser contradichas como regla general por parte de

los convenios colectivos. En particular, regla de oro de la reforma legislativa de 2012 es la relativa a la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial, no admitiéndose siquiera que los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos contradigan esta regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 in fine ET). En la medida en que la primera fase de realización de los descuelgues puede verificarse por la vía de un acuerdo de empresa que inaplica un convenio de sector, se reproduce por este otro mecanismo la regla de la preferencia aplicativa de lo pactado en el ámbito empresarial frente al sectorial, lo que ha de interpretarse en idénticos términos como inalterable por vía de la negociación colectiva.

En todo caso, esa premisa general que desemboca en el carácter de orden público del régimen del descuelgue de condiciones contenido en el artículo 82.3 ET puede entenderse que no es absoluta. Esa conclusión general puede ser compatible con ciertos resquicios de matización por parte de los convenios colectivos, que adapten el régimen a las circunstancias particulares de ciertos ámbitos y, en particular, a una voluntad consensuada de los representantes de trabajadores y empresarios en esta materia. Ello es lo que permite para aspectos concretos admitir cierto margen de actuación complementaria por parte de los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales. Y ello no por una posición subjetiva personal voluntariosa de incorporar reglas alternativas, sino porque entiendo que el propio texto legal de manera expresa así lo autoriza. Para empezar, por lo ya señalado respecto de que hay una concreta remisión en la tercera fase a los procedimientos autónomos de resolución de conflictos colectivos, donde los acuerdos interprofesionales correspondientes pueden modular el juego de la mediación y del arbitraje canalizados por esta tercera fase. De otro lado, por cuanto que nada impide que convencionalmente se de juego a la intervención de las comisiones paritarias, siendo la propia Ley la que se remite a los convenios colectivos para que sean estos quienes diseñen el régimen competencial y de actuación de dichas comisiones paritarias (art. 85.3. e ET); sin perjuicio de que esa regulación no puede alterar la función asignada legalmente a las comisiones paritarias. En tercer lugar, en atención al dato de que la propia legislación de manera expresa contempla como contenido mínimo del convenio colectivo el establecimiento del régimen de solución de los conflictos en materia de descuelgue: “los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo...procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando,

en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo” (art. 85.3 c ET); es decir, es la propia ley la que efectúa un llamamiento expreso a la imprescindible intervención del convenio colectivo en esta materia, por mucho que lo haga de manera ciertamente confusa y sin la suficiente precisión respecto de los espacios que le restan de actuación ateniéndose, precisando o matizando el régimen legal. Finalmente, por cuanto que la regulación en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo de manera global efectúa una remisión a la posibilidad de regímenes alternativos en la propia negociación colectiva: “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva” en materia de modificaciones colectivas (art. 41.4 ET); por mucho que todo el régimen jurídico de los descuelgues de condiciones se haya reconducido a la regulación contenida en el título tercero (art. 41.6 en relación con el art. 82.3 ET), ello no elimina por completo el cordón umbilical que le une a la institución de las modificaciones sustanciales, siendo prueba de ello el notable paralelismo existente entre lo uno y lo otro; si para modificaciones sustanciales colectivas que no afectan a lo pactado en convenio, es posible que éste estipule ciertos procedimientos específicos, con mayor fundamento lo puede hacer matizando el régimen legal para las modificaciones de lo pactado en convenio, siempre y cuando insistimos no se altere el diseño y filosofía general de la institución en el precepto de referencia (art. 82.3 ET).