

# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL REAL DECRETO-LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

## EXTRACTO

### Palabras Clave: Negociación Colectiva, Reforma 2012

El presente trabajo aborda las reformas de la negociación colectiva por obra del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Más concretamente, se analizan cuatro cuestiones fundamentales como son: los cambios en la estructura de la negociación colectiva con una evidente potenciación del convenio de empresa; todo lo relativo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo ahora integradas en un procedimiento de desvinculación o de inaplicación general que se culmina con un arbitraje obligatorio; lo relativo al contenido obligatorio de los convenios colectivos en relación con la dinámica de la negociación y las funciones de la comisión paritaria; y, por último, la cuestión de la vigencia y ultraactividad del convenio colectivo. Se trata, sin duda, de cuestiones centrales, que han sido ya alteradas por normas recientes anteriores al Real Decreto Ley 3/2012. Por este motivo, el artículo tiene siempre en consideración esas reformas previas, algunas de las cuales con una orientación diferente, para valorar el significado de las contenidas en el Real Decreto Ley 3/2012.

## ABSTRACT

### Key Words: Collective bargaining, 2012 Reform

The present work analyses the collective bargaining reforms under the Royal Decree Law 3/2012, from February 10th, of urgent measures to reform the employment market. In fact in our study we analyze four key issues: 1) changes in collective bargaining with an evident reinforcement of company agreements; 2) working conditions substantial changes in established in collective agreements and that are now no longer applied, and could turn out into an obligatory arbitration; 3) obligatory content about collective agreements in relation to the dynamic negotiation and the commission's role; and finally, 4) how a collective agreement comes into force and its ultra-activity.

This is without a doubt, a central issue that has been already changed by previous norms to the 3/2012 Royal Decree Law. Thus, this article considers all these previous reforms to value the true reforms of the Royal Decree Law 3/2012.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 2.1. La regulación anterior al RDL 3/2012
    - 2.1.1. La regulación de la concurrencia de convenios antes del RDL 7/2011
    - 2.1.2. La trascendente reforma del art. 84 ET por obra del RDL 7/2011
  - 2.2. Los cambios del RDL 3/2012: una vuelta atrás en relación con la función organizadora de la negociación colectiva por parte de la propia autonomía colectiva como precio de la potenciación incondicionada de la negociación de empresa
3. LA REGULACIÓN DEL DESCUELGUE GENÉRICO
  - 3.1. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo
    - 3.1.1. Antes y después del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010
    - 3.1.2. Los cambios del RDL 3/2012
  - 3.2. El procedimiento de descuelgue: del salarial al genérico
    - 3.2.1. El descuelgue salarial en el art. 82.3 ET antes del RDL 10/2010
    - 3.2.2. El descuelgue salarial en el RDL 10/2010
    - 3.2.3. El descuelgue salarial en la Ley 35/2010 y en el RDL 7/2011
    - 3.2.4. El descuelgue genérico del nuevo art. 82.3 ET por obra del RDL 3/2012
4. LA INTERVENCIÓN LEGAL EN EL CONTENIDO OBLIGATORIO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
  - 4.1. El contenido obligatorio del convenio colectivo, antes y después del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010
  - 4.2. El contenido obligatorio en el RDL 7/2011 y su comparación con el RDL 3/2012
    - 4.2.1. Los contenidos obligatorios clásicos
    - 4.2.2. La comisión paritaria del convenio y sus competencias como contenido obligatorio
    - 4.2.3. La solución de las discrepancias dentro de la comisión paritaria como factor de la efectividad de su intervención
    - 4.2.4. El contenido obligatorio del convenio colectivo relacionado con la dinámica de la negociación
5. LA REGULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN, DE LA VIGENCIA Y DE LA ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO
  - 5.1. La duración máxima del proceso de negociación
  - 5.2. La vigencia y la ultraactividad del convenio denunciado

## 1. INTRODUCCIÓN

En realidad, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (RDL 3/2012, en adelante) es sólo una etapa más del proceso de reformas que han venido afectando a la negociación colectiva en España a lo largo de los dos últimos años. Se trata de reformas, casi todas con un ámbito que excede el exclusivo de la negociación colectiva, entre las que puede establecerse una línea de continuidad dada la identidad de sus objetivos centrales, siempre relacionados con una mayor flexibilización de la estructura de la negociación colectiva al favorecer, en primer lugar, situaciones de concurrencia conflictiva entre convenios de distintos niveles para dar prioridad a la negociación colectiva de empresa; al permitir, en segundo lugar, que, con requisitos menos rigurosos, los pactos o acuerdos

de empresa modifiquen o desplacen el contenido de un convenio colectivo vigente, ampliando y generalizando las hipótesis de descuelgue; al tratar, en tercer lugar, de imponer contenidos obligatorios a los convenios colectivos sobre todo en la línea de incentivar el recurso a medios de solución extrajudicial de conflictos en los casos de divergencias o bloqueo del acuerdo entre las partes sociales; y para, en fin y en cuarto lugar, disciplinar el tiempo de vigencia del convenio colectivo impidiendo situaciones de prórrogas excesivas de convenios ya agotados en cuanto a su duración inicial, esto es, limitando lo que se viene calificando como la ultraactividad.

Se trata de un proceso que inició el Real Decreto-Ley 10/2006, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (RDL 10/2006, en lo sucesivo) introduciendo algunos cambios, de no demasiada relevancia pero siempre en un sentido favorable o flexibilizador, referidos a la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo vigente y al descuelgue salarial; temas sobre los que volvería, con alguna limitada corrección, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, del mismo nombre (Ley 35/2010, a partir de ahora). Pero, sin duda y como no podía ser de otra manera, fue el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (RDL 7/2011, en adelante) el que afrontó de forma conjunta muchas de las dimensiones o elementos nucleares de la negociación colectiva: estructura y concurrencia, contenido y vigencia de los convenios colectivos, legitimación para negociar, tramitación, interpretación y aplicación del convenio colectivo; pero también alterando nuevamente el régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo y del descuelgue salarial.

Es, pues, sobre este convulso panorama donde ha vuelto a incidir el RDL 3/2012, fundamentalmente a través de su art. 14, abordando cuestiones que, de una forma u otra, ya había sido reguladas por las normas antes citadas pero concentrando ahora su efecto reformador de la negociación colectiva en una serie de materias recurrentes. Así, en primer lugar, ha vuelto a tocar la estructura de la negociación colectiva potenciando aún más el nivel empresarial mediante una modificación, intensificadora de la regulación contenida en el RDL 7/2011, de las reglas de concurrencia; en segundo lugar, ha regulado de nuevo la cuestión de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, ahora finalmente separada de esta adscripción para integrarse con el descuelgue salarial en una especie de disciplina genérica del descuelgue; en tercer lugar, ha tratado lo relacionado con el contenido obligatorio del convenio colectivo, corrigiendo regulaciones previas más amplias; y, en cuarto lugar, ha insistido en la cuestión de la vigencia del convenio colectivo, del control de su duración máxima y sus posibles prórrogas. Un repertorio de materias que se abordarán en este trabajo en el orden en el que se acaban de describir.

## **2. LOS CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

### **2.1. La regulación anterior al RDL 3/2012**

Los cambios introducidos por el RDL 3/2012 han afectado a los apartados 1 y 2 del art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Una breve síntesis de la situación previa al RDL 3/2012 permitirá valorar adecuadamente la entidad de la última modificación, teniendo en cuenta que la principal reforma de la estructura de la negociación colectiva, en lo que se refiere a la disciplina de las situaciones de concurrencia entre convenios, se introdujo por el RDL 7/2011.

#### *2.1.1. La regulación de la concurrencia de convenios antes del RDL 7/2011*

Como se ha dicho, el RDL 7/2011 vino a transformar profundamente una regulación (la del art. 84 ET) que, en beneficio de la integridad y de la estabilidad de la norma convencional, limitaba de forma muy rigurosa la concurrencia entre convenios basándose en dos principios fundamentales.

En primer lugar, que la manera más eficiente y completa de desplazar o eludir la regla legal de la prohibición de concurrencia entre convenios establecida en el primer párrafo del art. 84 ET era la negociación por parte de sindicatos y asociaciones empresariales más representativos de acuerdos interprofesionales o de convenios colectivos sectoriales, nacionales o autonómicos, que establecieran las normas por las que habrían de regirse las situaciones de concurrencia. Bien dando prioridad a un determinado nivel convencional (casos de concurrencia conflictiva), bien estableciendo formas de compatibilidad o complementariedad de convenios de distintos niveles (casos de concurrencia no conflictiva); y, siempre, permitiéndoles organizar la estructura de la negociación estableciendo los niveles negociadores competentes para según qué tipo de materias (articulación), pudiendo excluir la negociación de las mismas por parte de otros niveles inferiores.

Se trataba de una encomienda plena a los interlocutores sociales para que establecieran, en uso de su autonomía y desde los niveles superiores, las reglas de gobierno de la estructura de la negociación, sobre la base de una organización funcional jerarquizada que atribuía esa tarea a los grandes acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales (nacionales o autonómicos, no provinciales). Limitándose el legislador a ofrecer como norma supletoria, en caso de ausencia de esos acuerdos o de esas previsiones organizativas, la primitiva, más rígida y problemática, de la prohibición de la concurrencia. Impidiendo

esta concurrencia al imponerse el criterio, de generación jurisprudencial, de la prevalencia absoluta del convenio primero en el tiempo con exclusión de cualquier impacto sobre su función reguladora por parte de convenios de ámbito inferior negociados con posterioridad y mientras permaneciera la vigencia del primero, al menos ordinaria o inicial.

En segundo lugar, el art. 84 ET, contenía otro principio, contradictorio con el anterior en cuanto que prioritario respecto de él, como era el de permitir siempre que sindicatos y asociaciones empresariales con la legitimación necesaria para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa (conforme a los arts. 87 y 88 ET), pudieran concluir convenios que entraran en concurrencia conflictiva con los de ámbito superior (los provinciales en relación con los autonómicos o nacionales; los autonómicos respecto de los nacionales) en relación con cualquier materia salvo las expresamente mencionadas en el antiguo párrafo tercero del art. 84 ET, esto es: periodo de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y movilidad geográfica.

No procede entrar a analizar aquí la razón por la cual se establecieron estas concretas materias que en ningún caso (prohibición de concurrencia material total) podían ser negociadas por convenios de ámbito inferior al de referencia (que podía ser tanto el nacional, como el autonómico, o incluso el provincial), aunque se tratara de convenios supraempresariales (autonómicos, provinciales, comarcales, según los casos). Si bien cabe pensar que eran materias en relación con las cuales el legislador pretendía garantizar una mínima estabilidad y homogeneidad de la primera regulación convencional, impidiendo que convenios posteriores de nivel inferior pudieran volver sobre ellas estando vigente el convenio de ámbito superior que las estaba regulando.

De la regulación anterior al RDL 7/2011 en materia de concurrencia de convenios pueden, en consecuencia, establecerse los siguientes rasgos: a) La regla general era la prohibición de concurrencia (de afectación, decía y dice el art. 84 ET), lo que imponía que, vigente un convenio, no pudieran negociarse, o mejor, entrar vigor convenios de ámbitos inferiores; b) Los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos sectoriales, nacionales o autonómicos, podían establecer, con total libertad, reglas de organización de la estructura convencional; c) Si no existían estos acuerdos o convenios organizadores de la negociación colectiva (lo que depende, obviamente, de la propia negociación colectiva) el art. 84, párrafos segundo y tercero, ET permitían, no obstante una cierta concurrencia de convenios, al admitir que convenios de ámbito superior a la empresa (nunca, pues, los empresariales) pudieran regular un abanico de materias (todas las pensables salvo las expresamente excluidas en el propio párrafo tercero del art. 84 ET), aunque éstas ya se contemplaran en convenios vigentes de ámbito superior.

Si lo anterior fuera el completo contenido original del art. 84 ET habría que juzgarlo como coherente y adecuado: predominio de la autonomía colectiva en la organización de la estructura de la negociación; aplicación supletoria (pero inevitable dada la pasividad o inacción de los interlocutores sociales al respecto) de la regla de prohibición de concurrencia del primer párrafo del art. 84 ET, atenuada por la posibilidad abierta a los convenios supraempresariales de afectar a lo establecido en el convenio vigente previo de ámbito superior, de conformidad con los párrafos segundo y tercero del mismo art. 84 ET.

Pero esa regulación tenía, no obstante, un elemento de incoherencia consistente en que la aplicación de la excepción a la prohibición de concurrencia (contenida, como se ha dicho, en los párrafos segundo y tercero del art. 84 ET) funcionaba siempre, existieran o no acuerdos interprofesionales o convenios colectivos que establecieran reglas de articulación y concurrencia de convenios. Lo preveía el propio párrafo segundo del art. 84 ET, al declarar que “*en todo caso*” la excepción funcionaría; de forma que el legislador, confiando la tarea organizativa a la propia negociación colectiva (lo que era respetuoso con el principio de autonomía colectiva), imponía, no obstante, una cierta regla mínima que posibilitaba y solucionaba las situaciones de concurrencia, aunque fuera en contra de las propias previsiones contenidas en esos acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de tipo organizativo. La regla legal se imponía, pues, incluso a la propia autonomía colectiva (lo que, obviamente, la degradaba de alguna manera) favoreciendo fenómenos de descentralización convencional incluso contrarios a esta autonomía colectiva organizadora; pero limitando el reconocimiento de agentes activos de esa descentralización sólo a los convenios sectoriales y en ningún caso a los convenios de empresa.

En definitiva, una posible marginación de los diseños organizadores de los acuerdos y convenios de más nivel en beneficio de la autonomía colectiva descentralizadora expresada en convenios de nivel inferior, aunque siempre supraempresariales. Una exclusión esta última que se basaba posiblemente en la duda acerca de si los convenios de empresa son una expresión real y equilibrada de la capacidad negociadora de las partes o, en cambio, se trata de acuerdos que no son una manifestación auténtica de la autonomía colectiva sino sólo un disfraz formal tras el que se oculta una clara desigualdad de la posición y de la capacidad de presión respectiva del empresario y los representantes de los trabajadores en la empresa, muy frecuentemente escasos de número (un solo delegado de personal en las empresas entre 6 y 30 trabajadores) y con un vínculo y un respaldo sindical inexistente o muy dudoso.

### 2.1.2. La trascendente reforma del art. 84 ET por obra del RDL 7/2011<sup>1</sup>

El RD 7/2011 abordó la cuestión de la estructura de la negociación colectiva modificando, de manera más técnica o formal, el art. 83.2 ET y, de un modo más profundo, el art. 84 ET, en la medida en que, por primera vez, aparece declarada, en determinadas condiciones, la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Sin duda que las exigencias de flexibilidad proyectadas sobre la negociación colectiva y la promoción de la negociación de empresa como el instrumento básico para la flexibilización de las condiciones de trabajo aplicables hizo dar de lado las sospechas acerca de la autenticidad de la negociación colectiva de empresa (sobre todo en las empresas medianas y pequeñas) para, dando un giro copernicano, pretender convertirla en el instrumento central de regulación de las condiciones de trabajo. Pese a ello y posiblemente como contrapartida, el RDL 7/2011, reforzó el papel de la autonomía colectiva al establecer la prioridad absoluta y sin excepciones de la regulación organizadora de la estructura de la negociación contenida en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos sectoriales, ya fueran nacionales o de comunidad autónoma.

En este sentido, el RDL 7/2011 estableció lo siguiente: a) Que corresponde a las partes sociales acordar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de solución de las situaciones de concurrencia, ya lo hagan mediante acuerdos interprofesionales o a través de convenios colectivos o acuerdos colectivos sectoriales, estatales o autonómicos; b) Que estas normas convencionales de organización de la estructura de la negociación tanto pueden ser negociadas por sindicatos y asociaciones empresariales más representativas (así es en el caso de los acuerdos interprofesionales como lo establecía y sigue haciéndolo el art. 83.2 ET, aunque de forma más simplificada) como simplemente por los sujetos colectivos que tengan la legitimación necesaria según el ámbito del convenio o acuerdo sectorial que lo afronte (esto es, no deben ser necesariamente más representativos sino tener la legitimación exigida por los arts. 87 a 89 del ET); y, c) Que esta regulación convencional tiene prioridad total frente a las reglas legales que intervendrán sólo de forma supletoria, nunca en contra de dichas previsiones convencionales.

Junto a lo anterior, el art. 84 ET mantenía (como aun sucede ahora) el regla general del primer párrafo del art. 84 ET (ahora convertido en el apartado 1 del mismo artículo) de la prohibición de concurrencia entre convenios, con la salvedad de que así se hubiera permitido por los acuerdos interprofesionales o convenios o acuerdos sectoriales descritos en el apartado anterior; pero

<sup>1</sup> Sobre este tema, véase, J. Mercader Uguina. “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en *La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio)*, Lex Nova, 2011, pp. 69-100.

eliminando la frase “*salvo lo previsto en el apartado siguiente*” que, como se ha visto, permitía imponerse a la regla legal de excepción a la prohibición de concurrencia incluso aunque la autonomía colectiva más general se hubiera expresado en sentido contrario. Con la versión del art. 84.1 ET introducida por el RDL 7/2011 esto ya no era posible, reforzándose, por tanto, la función organizadora de la propia autonomía colectiva.

Sólo en defecto de estos acuerdos interprofesionales o de los convenios o acuerdos sectoriales organizativos de la negociación colectiva, intervenían las reglas legales de manera que, en este caso, la concurrencia de convenios estaba regulada por la prohibición general (apartado 1 del art. 84 ET) y por las excepciones a esa prohibición general establecidas en los nuevos apartados 2, 3 y 4 del art. 84 ET. Tales excepciones, que antes se limitaban a las introducidas por convenios colectivos supraempresariales, son, a partir del RDL 7/2011, de dos tipos: la excepción empresarial y la excepción autonómica, la primera totalmente novedosa y la segunda más limitada en relación con la versión anterior del art. 84 ET.

La excepción empresarial, y siempre salvando la prioridad de las reglas establecidas en acuerdos o convenios colectivos estatales o autonómicos negociados de conformidad con la nueva versión del art. 83.2 ET, se contiene en el apartado 2 del art. 84 ET. Se dice allí que “*la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior*” (estos últimos básicamente convenios provinciales pero también por hipótesis, comarcales o locales), si bien sólo en relación con una serie de materias enumeradas en el mismo apartado. Como puede apreciarse, la prioridad del convenio de empresa frente a otros anteriores vigentes de ámbito superior es, en el RDL 7/2011, siempre respetuosa de la autonomía colectiva cuando ésta se expresa mediante reglas de organización de la estructura de la negociación colectiva que podrían llegar incluso a prohibir o bloquear esa prioridad del convenio de empresa; como también ampliar el listado legal de materias que, eludiendo la prohibición de concurrencia, podrían regular los convenios de empresa (tercer párrafo del apartado 2 del art. 84 ET).

Por lo que se refiere a la excepción autonómica, los nuevos apartados 3 y 4 del art. 84 ET han reconducido la versión anterior del art. 84 ET limitando la posibilidad, por parte de los convenios colectivos supraempresariales, de regular algunas materias ya previstas en convenios colectivos de ámbito superior a los solos convenios de ámbito autonómico en relación con los estatales. Lo que quiere decir que los convenios colectivos supraempresariales pero no autonómicos (claramente los provinciales) no podrán escaparse de la regulación dada a ciertas materias por un convenio de ámbito superior (sea éste nacional o autonómico) ya que no rige para ellos ninguna excepción a la prohibición general de concurrencia del apartado 1 del art. 84 ET.

Esta exclusión de la prohibición de concurrencia por parte de los convenios colectivos autonómicos (de mucho menor impacto que la regla más amplia anteriormente vigente del art. 84 ET, dado el escaso número y peso de los convenios colectivos de este ámbito) no es, sin embargo, general sino que siguen quedando excluidas determinadas materias. Que son casi las mismas que antes se excluían en la regla más amplia de la anterior versión del art. 84, segundo y tercer párrafo del art. 84 ET: el periodo de prueba, las modalidades de contratación, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica. Si bien se modifica una materia como es la de los “*grupos profesionales*” cuya mención se sustituye por la más genérica (y más adecuada, al menos hasta el RDL 3/2012 que también ha alterado esta cuestión al alterar el art. 22 ET) de la “*clasificación profesional*”, al margen de si esta concreta clasificación es de categorías profesionales o de grupos profesionales. Por último, y en cuanto al repertorio de las materias excluidas a la negociación colectiva autonómica concurrente, se añade una nueva como es la de “*la jornada máxima anual de trabajo*”. Todo ello, como en el caso de la excepción empresarial, respetando siempre lo establecido al respecto (que puede ser incluso prohibitivo de la negociación o de la concurrencia) en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico.

Volviendo a la novedosa prioridad o preferencia de los convenios de empresa (a los que el RDL 7/2011 equiparó, de forma razonable, los convenios colectivos de grupos de empresas o referidos a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas a que se refiere el art. 87.1 ET) sólo puede ejercitarse respecto de determinadas materias. No sucede así, como se acaba de ver, con la excepción autonómica en la que la posible concurrencia es general en cuanto a las materias con la excepción de las listadas expresamente por el art. 84.4 ET. En cambio, la formulación de la excepción empresarial es más limitativa ya que sólo puede tener lugar respecto de las materias expresamente mencionadas, con exclusión de todas las demás. Dos matizaciones pueden hacerse, sin embargo: la primera consiste en que el listado de materias puede ampliarse si así lo prevén los acuerdos interprofesionales y los acuerdos o convenios colectivos mencionados por el art. 83.2 ET (lo que se vienen calificando aquí como acuerdos o convenios organizadores de la estructura de la negociación colectiva); y la segunda es la propia amplitud material del listado de cuestiones que pueden ser abordadas por un convenio de empresa concurrente: cuantía del salario base y de los complementos; retribución de horas extraordinarias y del trabajo a turnos; horario, distribución del tiempo de trabajo, planificación de vacaciones; adaptación del sistema de clasificación profesional; adaptación de las modalidades de contratación; y medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Respeto reforzado y prioridad de la autonomía colectiva a la hora de organizar la estructura de la negociación colectiva sin desplazamiento o degradación alguna por parte de la ley (como sucedía en la versión anterior del art. 84 ET). Potenciación de los convenios de empresa que, siempre que la propia autonomía colectiva no lo prohíba o lo regule de otra manera, podrán regular materias ya disciplinadas en convenios de ámbito superior (estatal, autonómico, provincial, etc.) si están comprendidas en el relativamente amplio listado de ellas contenido en el apartado 2 del art. 84 ET, ampliable incluso por esos mismos acuerdos o convenios (nacionales o autonómicos) organizadores de la negociación colectiva. Restricción de la concurrencia de convenios supraempresariales ya que está limitada a los convenios autonómicos en relación con los estatales, aunque pudiendo abarcar cualquier materia salvo las expresamente establecidas en el apartado 4 del art. 84 ET y siempre que los acuerdos o convenios de organización de la estructura de la negociación no lo impidan o prevean otra cosa. Estos son los rasgos básicos de la versión del art. 84 ET introducida por el RDL 7/2011 que, potenciando la autonomía colectiva (estatal o autonómica) gestora de la estructura de la negociación, permite la concurrencia controlada de los convenios autonómicos y de empresa, excluyendo de todas estas alternativas a los convenios provinciales o de ámbito supraempresarial inferior que, obviamente, están destinados a perder protagonismo y capacidad de incidencia reguladora real de las condiciones de trabajo aplicables<sup>2</sup>. Un objetivo, por cierto, largamente perseguido.

## **2.2. Los cambios del RDL 3/2012: una vuelta atrás en relación con la función organizadora de la negociación colectiva por parte de la propia autonomía colectiva como precio de la potenciación incondicionada de la negociación de empresa**

El objetivo central de la reforma introducida por el RDL 3/2012 es sin duda insistir más, y de forma muy decidida, en la potenciación del convenio colectivo de empresa dándole una total preferencia aplicativa en relación con

<sup>2</sup> No coincide con esta valoración positiva Mercader Uguina, cit. pp. 94 a 100, donde se hace la pregunta retórica de “¿quién teme a la negociación de empresa?”, considerando que el RDL 7/2011 impuso un sistema de negociación colectiva en el que corresponde a los acuerdos y convenios estatales y autonómicos estructurar la negociación y donde los convenios de empresa sólo tienen preferencia respetando esas reglas superiores autónomas de ordenación de la negociación y en relación a un elenco concreto de materias, por lo que procede a calificar el convenio de empresa como “vigilado”. Concluyendo (p. 98) que el convenio de empresa se sitúa en “una posición precaria y dependiente de las orientaciones que a nivel centralizado se decidan en cada momento, estableciendo por esta vía la ley una relación de jerarquía implícita entre los distintos convenios colectivos”. Afirmaciones con las que, salvo en los juicios negativos, puede coincidirse totalmente.

una bastante amplia serie de materias. Esto ha implicado un cambio muy importante del RDL 3/2012 en relación con una de las innovaciones más relevantes del RDL 7/2011. En efecto, en la versión del art. 84 ET contenida en el RDL 7/2011, la facultad de estructurar y ordenar la negociación colectiva estaba atribuida con carácter preferente a la propia autonomía colectiva ejercitada a través de los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales organizadores de esa estructura de la negociación; facultad garantizada legalmente en el sentido de que lo dispuesto por ellos en esta cuestión no podía ser eludido de ningún modo por otros convenios colectivos de ámbito inferior. Una regulación, pues, sumamente respetuosa en este punto de la autonomía colectiva como instancia ordenadora de la estructura de la negociación.

Con el RDL 3/2012, por el contrario, la manifestación organizadora de la autonomía colectiva a través de acuerdos o convenios de ámbito nacional o autonómico vuelve a ser desplazada o degradada, como podía serlo en la versión del art. 84 ET anterior al RDL 7/2011, por convenios colectivos de ámbito inferior que podrán negociarse al margen de esas reglas<sup>3</sup>. Antes del RDL 7/2011 tal convenio de ámbito inferior podía ser cualquiera: autonómicos o provinciales respecto de nacionales; provinciales respecto de autonómicos; convenios de ámbito inferior respecto de convenios nacionales, autonómicos o provinciales. Con el RDL 7/2011, los convenios de ámbito inferior sólo podían ser autonómicos o de empresa; si bien, al estar obligados a respetar lo establecido en acuerdos y convenios de organización de la negociación, en ningún caso suponían un desplazamiento o degradación de la autonomía colectiva. Tras el RDL 3/2012, de nuevo hay un convenio que tiene preferencia absoluta incluso frente a lo previsto en los acuerdos y convenios de estructura de la negociación, y no es otro que el convenio de empresa. En cuanto a los convenios autonómicos sólo pueden concurrir con el nacional si así lo permiten los acuerdos y convenios de estructura de la negociación o simplemente no lo regulan. Es lo que ya se contenía en la versión del art. 84 ET correspondiente al RDL 7/2011, antes descrita, y que el RDL 3/2012 no ha alterado.

Esta preferencia absoluta del convenio de empresa queda confirmada por la desaparición del primer inciso del apartado 2 del art. 84 ET (introducido precisamente por el RDL 7/2011) que decía lo siguiente: “*Salvo que un acuerdo o convenio colectivo estatal o de comunidad autónoma negociado según el art. 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia de convenios*”. Así pues, preferencia absoluta de los convenios de empresa, a los que el art. 84.2 ET, segundo párrafo, ET equipara (ya lo hizo

<sup>3</sup> Sobre estas cuestiones, Mercader Uguina, J. “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en *Reforma Laboral 2012*, Lex Nova, 2012, pp. 368-377, quien valora positivamente lo que califica como una regulación en la que el convenio colectivo de empresa es el “baricentro de la estructura convencional”.

el RDL 7/2011) los convenios de grupos de empresa o de una pluralidad de empresas vinculadas entre sí por razones organizativas o productivas (en los términos del art. 87.1 ET). ); una preferencia que la nueva versión del art. 84.2, primer párrafo, ET define como: “*prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior*”, en lo que hace a las condiciones de trabajo que regule. Y que el propio art. 84.2, último párrafo, ET, en su nueva versión tras el RDL 3/2012, garantiza, ya que incluso prohíbe tajantemente a los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales organizadores de la negociación colectiva en su ámbito que anulen, limiten o alteren a la baja esa preferencia o prioridad. Pero no les prohíbe, en cambio, que refuercen dicha prioridad aplicativa permitiéndola, aparentemente sin límite alguno, en más aspectos de las condiciones de trabajo que los inicialmente establecidos en el art. 84.2 ET (art. 84.2, g) ET).

En cuanto a las materias respecto de las cuales es prioritario el convenio colectivo de empresa, no han variado en relación con las que ya se contenían en la versión anterior y que se refieren a las modalidades de contratación, a la jornada, al salario, a la conciliación de la vida laboral y personal, y a la clasificación profesional. La elección de estas materias se produjo, y es una razón que sigue siendo válida, debido a su naturaleza de condiciones de trabajo que, en función de las características de la empresa, más se prestan y más es necesario adaptar a las exigencias de la productividad y de la competitividad.

Por eso se atribuye, en primer lugar (art. 84.2, e) ET), a los convenios de empresa la facultad de realizar, en cualquier momento y al margen de las normas de concurrencia, la adaptación que el propio ET les encomienda de las modalidades de contratación; una función que ya tienen asignada por el art. 15.1, a) y b) ET, fundamentalmente en relación con los contratos temporales de obra o servicio y eventual, pero para la que el art. 84.2 ET le confiere prioridad frente a otros convenios colectivos supraempresariales vigentes.

También se les atribuye, en segundo lugar, a los convenios de empresa (art. 84.2., c) ET) la posibilidad de establecer un horario (lo que excluye la duración total anual de la jornada que, si fijada por un convenio sectorial aplicable, no podrá ser alterada), una distribución del tiempo de trabajo (que obviamente remite a la jornada irregular computada por periodos superiores al día) y una regulación del trabajo a turnos y una planificación de las vacaciones anuales propia; poniendo en manos de la negociación de empresa el tratamiento de la flexibilidad productiva para la que la adaptabilidad del horario de trabajo es esencial.

En tercer lugar (art. 84.2 a) y b) ET), los convenios de empresa tienen la posibilidad de fijar preferencialmente la cuantía de las retribuciones salariales, tanto del salario base (una función, por cierto, habitualmente desempeñada por convenios sectoriales) como de los complementos salariales, la forma de

compensación de las horas extraordinarias y la retribución del trabajo a turnos; lo que, siendo una herramienta favorable al incremento de la productividad ya que conecta la retribución con circunstancias específicas del puesto, con la propia flexibilidad horaria y con los resultados de la empresa, hace de alguna forma menos necesario acudir al descuelgue en materia de salarios, salvo si se tiene en cuenta la solución arbitral impuesta que se analizará en el apartado siguiente..

En cuarto lugar, el convenio de empresa también tiene preferencia en la materia de la clasificación profesional; algo que, al margen de operar sobre uno de los elementos de la flexibilidad como es la mayor o menor apertura de las funciones pactadas, se revela particularmente importante por el hecho de que el nuevo art. 22.1 ET ordena que el sistema de clasificación profesional será sólo el más flexible de los grupos profesionales, excluyendo una clasificación basada en categorías profesionales, y exigiendo a los convenios colectivos en vigor que, en el plazo de un año adapten sus sistema de clasificación profesional al de grupos profesionales (Disposición adicional novena del RDL 3/2012). Un papel, pues, que podrán cumplir los convenios de empresa ya que tienen preferencia para ello según el art. 84.2 ET. La última de las materias sobre las que el convenio de empresa tiene preferencia aplicativa es la transversal de la conciliación de la vida laboral y personal ya que implica necesariamente aspectos de horario y de distribución de la jornada, de retribución y posiblemente de movilidad funcional (art. 84.2, f) ET.

EL RDL 3/2012, pues, decantándose ahora decididamente por la negociación colectiva de empresa que tendrá preferencia aplicativa respecto de muchas materias, ha optado por dar mayor valor al convenio de empresa como instrumento de la gestión de la empresa y herramienta de la flexibilización de las condiciones de trabajo en vistas a la mejora de la productividad, el rendimiento y la competitividad. Pero lo anterior supone una significativa y criticable incidencia en una estructura de la negociación colectiva establecida por los acuerdos o convenios organizadores de la misma, es decir, una estructura que es fruto de la propia autonomía colectiva expresada en los niveles superiores y más representativos; de forma que, pese a lo que signifiquen y establezcan estos acuerdos, cualquier convenio de empresa podrá negociarse ignorando sus reglas.

Además, al dar preferencia absoluta al convenio de empresa respecto de otros convenios de ámbito superior, mucho más creíbles y sólidos en relación con la capacidad negociadora de la representación de los trabajadores, el RDL 3/2012 da prioridad (frente a una cierta homogeneización de condiciones y una garantía de mínimos) al convenio de empresa, es decir, un tipo de acuerdo respecto del que, en muchos casos, puede dudarse de la existencia de una verdadera capacidad negociadora por parte de los trabajadores y el mejor ejemplo

son los convenios en empresas de muy pequeña dimensión cuya función es casi siempre la de degradar las mejores condiciones de trabajo establecidas en los convenios sectoriales o de ámbito superior (convenios derogatorios). La evidente prioridad del convenio de empresa, útil sin duda a muchos efectos, tiene en cambio un precio de atentado a la autonomía colectiva y de degradación de las condiciones de trabajo que debe considerarse alto; en qué medida esto puede afectar a la propia productividad que se persigue como objetivo central es una pregunta a la que los resultados de la aplicación del RDL 3/2012 darán sin duda respuesta.

### 3. LA REGULACIÓN DEL DESCUELGUE GENÉRICO

El RDL 3/2012 ha modificado notablemente lo referido al descuelgue, desvinculación o inaplicación por acuerdo de empresa de lo establecido en un convenio colectivo estatutario, de cualquier nivel, unificando en una misma regulación general (por eso se habla de descuelgue genérico) lo anteriormente establecido para el descuelgue salarial (en la versión del art. 83.2 ET previa al RDL 3/2012) y lo previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo fijadas en un convenio colectivo estatutario (anterior versión del art. 41.6 ET). Ahora, el art. 41.6 ET establece que *“la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados por el Título III de la presente ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3”*.

Por tanto, la sustitución o el cambio de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo mediante un acuerdo de empresa ya no se considera ni se regula como una modificación sustancial sino que se ha transformado, correctamente, en una forma materialmente ampliada de descuelgue. Finalmente, apartar la regulación salarial de un convenio colectivo y sustituirla por un acuerdo de empresa es lo mismo que desechar una regulación convencional sobre otras condiciones de trabajo (horario, funciones o mejoras voluntarias) y desplazarla por ese mismo acuerdo de empresa. Lo llamativo es que el RDL 3/2012 no haya limitado el descuelgue sólo a la hipótesis de desvinculación de un convenio colectivo sectorial y lo permita en relación con el propio convenio de empresa (aunque es verdad que ya sucedía antes, conforme al art. 41 ET, mediante la modificación sustancial de condiciones de trabajo); un convenio que seguramente se habrá negociado por los mismos o similares interlocutores que el acuerdo de empresa que lo sustituye. La consolidada aceptación (ahora incluso legal, como puede apreciarse en el nuevo texto del art. 86.1 ET) de la posible finalización antes tempus del convenio colectivo de empresa si así lo acuerdan las partes, hace en verdad innecesario, salvo casos muy puntuales de cambio de sujetos legitimados, que el procedimiento de

descuelgue (y antes de modificación sustancial) pueda tener lugar en relación con el propio convenio de empresa, pudiendo sencillamente negociarse todo o parte de un nuevo convenio colectivo.

Como en el apartado anterior, conviene hacer una breve síntesis de la regulación previa al RDL 3/2012, hasta entonces separada, de los dos fenómenos de descuelgue salarial y de modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo para apreciar el valor de la innovación introducida por el RDL 3/2012.

### **3.1. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo**

La regulación primitiva se encontraba en el art. 41.2 ET que, bastante lacónicamente, establecía que esa modificación sólo podría tener lugar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en ningún caso de forma unilateral por parte de la empresa, y sólo respecto de ciertas materias: horario y régimen de trabajo a turnos (pero no duración de la jornada) y sistema de remuneración y de trabajo y rendimiento (pero no cuantías básicas salariales), quedando al margen de esta posible modificación, ni siquiera existiendo acuerdo, cuestiones como la jornada de trabajo o las funciones, entre otras muchas. Materias limitadas y exigencia de un acuerdo colectivo de sustitución que, de una parte, hacía excepcional esta modificación y, de otra parte, venía a respetar a la propia autonomía colectiva al convertirla en instrumento de la derogación o inaplicación a la empresa de lo previsto en convenios colectivos estatutarios, fueran de la misma empresa o de ámbito superior. Un acuerdo que no requería, además, de ninguna justificación económica, organizativa, técnica o de producción bastando, para atribuirle validez, el hecho mismo de la existencia del acuerdo de empresa que cumplía ese papel de modificación de las condiciones de trabajo.

La anterior regulación, una tímida manifestación (básicamente por los límites materiales: salario y distribución y organización del tiempo de trabajo) del apoyo a la negociación más o menos informal de empresa frente a un convenio colectivo, fue alterada por el RDL 10/2010 y por la Ley 35/2010 con la finalidad de favorecer la conclusión de este tipo de acuerdos empresariales derogatorios o de sustitución. Así, respetando el principio de que la modificación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario, sea sectorial o incluso de empresa, sólo puede tener lugar mediante un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; y conservando también la limitación material a las cuestiones de horario y sistema de remuneración y rendimiento (lo contrario sería un atentado muy grave al derecho a la negociación colectiva y al respeto y vinculación de sus resultados, aunque la Ley

35/2010 añadió a esas materias la funcional), la nueva versión del art. 41.6 ET introdujo ciertas reglas técnicas de garantía de la existencia de causas justificadoras y de la representatividad del acuerdo así como incentivadoras del mismo al extender la legitimación para negociarlo por parte de los trabajadores. Pero lo más relevante es el intento de forzar la suscripción del acuerdo de sustitución recurriendo para ello a los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos colectivos, en este caso, obviamente de intereses y no sólo de interpretación o de aplicación.

En concreto, las innovaciones al respecto del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010 pueden sintetizarse en las siguientes<sup>4</sup>:

En primer lugar, por supuesto que la modificación o sustitución podía tener lugar en cualquier momento; algo que el anterior art. 41.2 ET no decía expresamente pero que podía sobreentenderse. En segundo lugar, la exigencia de una causa justificadora de la modificación se daba por cumplida cuando había acuerdo entre la empresa y los trabajadores; lo que el RDL 10/2010 presume pero que la Ley 35/2010 vuelve a ignorar restándole relevancia alguna.

En tercer lugar, la validez del acuerdo de sustitución requería que prestaran su conformidad al mismo la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de las representaciones sindicales que, en su conjunto, representasen a la mayoría de los anteriores (reglas generales de legitimación para negociar en el ámbito de la empresa, establecidas en los arts. 87 y 89 del ET para los convenios colectivos estatutarios). Es una exigencia lógica, por cuanto se trataba de desplazar un convenio colectivo de eficacia general, así como una regla implícita en el art. 41.2 ET que, a partir del RDL 10/2010, se formula en la manera recién transcrita y que, en la Ley 35/2010, se establece, con un contenido similar por remisión del art. 41.6 ET al apartado 4 del mismo artículo. Un apartado dedicado a regular el procedimiento de consultas y los sujetos legitimados para suscribir una modificación colectiva de condiciones de trabajo, condición que la regulación conjunta en el art. 41 ET parecía atribuir también a la modificación que aquí nos ocupa, esto es, la de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo. Por cierto que la Ley 35/2010 añadió que, cuando el convenio colectivo a sustituir o desplazar era de sector, la modificación debía ponerse en conocimiento de la comisión paritaria del convenio, sin que, en principio, se le atribuyeran concretas competencias de intervención de ningún tipo.

En cuarto lugar, se favorecía la conclusión del acuerdo permitiendo que el mismo pudiera ser suscrito por representaciones ad hoc elegidas por los

<sup>4</sup> Sobre los acuerdos de inaplicación y los procedimientos de solución de las discrepancias en estos casos, en la reforma del RDL 10/2012 y de la Ley 35/2010, cfr. F. González de Lena. “La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio”, *Relaciones Laborales*, 21-22/2010, pp. 218-221.

trabajadores en los casos en que no hubiera una representación legal (electiva o sindical) de los mismos<sup>5</sup>. En quinto lugar, se limitaba la duración del acuerdo de sustitución al tener, como máximo, el plazo de vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretendía, subrayando el carácter transitorio, de mera adaptación temporal del acuerdo, así como la primacía del convenio colectivo estatutario renovado con posterioridad. Otra cosa es que esa limitación temporal pudiera eludirse fácilmente, bien integrando lo acordado en el nuevo convenio colectivo (fácil y razonable cuando se trata de un convenio de empresa); bien reproduciendo el acuerdo de empresa de sustitución una vez el nuevo convenio hubiera sido suscrito y entrado en aplicación (posible cuando el convenio a derogar era un convenio sectorial).

Pero la innovación más significativa era la imposición por parte del ET del recurso obligatorio a los medios extrajudiciales de solución de conflictos colectivos en los casos de falta de acuerdo. Esta previsión, inexistente en la versión del art. 41.2 ET anterior al RDL 10/2012, aparece en esta norma obligando a las partes el art. 41.6, segundo párrafo, ET a someterse a los procedimientos de mediación siempre que, naturalmente, estuvieran establecidos al efecto en convenios colectivos o acuerdos interprofesionales<sup>6</sup>. El RDL 10/2010 también afirmaba algo obvio e indiscutible como es que estos acuerdos y convenios podrían establecer con carácter obligatorio, general y previo, el compromiso de someterse las partes a un arbitraje en los casos de fracaso de la mediación. Un arbitraje obviamente vinculante (no sería arbitraje si no lo fuera) y respecto del que el laudo arbitral tendría la misma eficacia que si se hubiera suscrito el acuerdo fracasado, siendo recurrible sólo mediante el procedimiento y por los motivos limitados establecidos en el art. 91 del propio ET.

Como puede apreciarse, un intento muy débil de forzar el acuerdo ya que el éxito del recurso a los medios de solución extrajudicial de los conflictos colectivos dependía de que existieran esos sistemas de mediación; algo habitual no obstante debido a la implantación generalizada de estos sistemas de solución de conflictos tanto en el ámbito nacional como en cada una de las comunidades autónomas. Lo que el art. 41.6 ET cambiaba era la regla de la voluntariedad para acudir a estos medios de solución, incluso si tan poco incisivos como la simple mediación, sustituyendo la adhesión por parte del convenio, precisamente el que se pretendía modificar, a estos sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, por la obligatoriedad del recurso a ellos. Pero, en todo

<sup>5</sup> Sobre estas representaciones, Gonzalez Ortega, S., “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, 2011, pp. 135-166.

<sup>6</sup> En este sentido, I. Garcia-Perrote Escartin, “Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2012, de 17 de septiembre*. Lex Nova, 2010, pp. 184 y 185.

caso, eran sistemas que debían existir ya que, de no hacerlo, toda la regulación orientada a la obtención del acuerdo quedaría en nada; y, además, lo único obligatorio era la mediación.

En cuanto al arbitraje, un instrumento de solución de controversias mucho más eficaz, también debía estar previsto en los acuerdos y convenios sectoriales (lo que no siempre sucedía) pero su sujeción al mismo seguía siendo voluntaria, por más que el RDL 10/2010 fomentara que fueran esos acuerdos o convenios que establecían los sistemas extrajudiciales los que impusieran el carácter obligatorio también del sometimiento al arbitraje. Excesivos condicionantes y dependencia de la negociación colectiva interprofesional para que pudiera decirse que el RDL 10/2010 había impuesto un sistema eficaz de solución de los desacuerdos en los procesos de modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo.

La Ley 35/2010 volvió sobre la cuestión tratando precisamente de dar efectividad a este procedimiento de solución de las discrepancias, favoreciendo así los acuerdos derogatorios o de sustitución o, en su defecto, los laudos arbitrales de valor equivalente. Y lo hizo intentando dar un paso más al no dejar ni la existencia de los medios de solución extrajudicial, ni su carácter obligatorio o no, a la decisión de los sujetos negociadores de los acuerdos o convenios que implantaran tales sistemas. De forma que el art. 41.6, segundo párrafo ET, decía que los acuerdos interprofesionales, estatales o autonómicos, regulados por el art. 83 del mismo ET, debían obligatoriamente establecer formas de solucionar de manera efectiva las discrepancias en cuanto a los acuerdos derogatorios o de sustitución, incluyendo entre esas medidas (en realidad, la única verdaderamente eficaz) al arbitraje que, aparentemente, el art. 41.6 ET establecía también forzosamente como obligatorio.

Si esto fuera tal y como se ha descrito, la solución de las divergencias o desacuerdos en el proceso de negociación que podría llevar a la suscripción del acuerdo de sustitución del convenio colectivo sería real. Pero a esta conclusión se oponían determinados obstáculos el principal de los cuales era la dudosa vinculabilidad del mandato legal en el sentido de que los acuerdos interprofesionales “debían” establecer los procedimientos para solventar las discrepancias, así como “debían” establecer también necesariamente un arbitraje que sería igualmente obligatorio en caso de fracaso, tanto de la negociación en sí como del otro medio no vinculante de solución del conflicto como era la mediación. De ser así, la Ley 35/2010 habría supuesto, de una parte, un nuevo atentado a la autonomía colectiva obligándola a regular determinadas cuestiones y, lo que es más grave, a hacerlo de una determinada manera en el sentido de imponer el arbitraje como obligatorio vulnerando el principio de voluntariedad asociado, salvo excepciones, al propio concepto de arbitraje en el ámbito de las relaciones laborales (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril) y

que sólo podría eludirse precisamente por la propia voluntad colectiva, pero libremente expresada, contenida en los acuerdos interprofesionales

Por su parte, el RDL 7/2011 afectó de forma indirecta al art. 41.6 ET en la medida en que, conservando intocada la regulación de la Ley 35/2010, creó una nueva instancia de solución del desacuerdo pero de escasa capacidad de obligar ya que se limitó a prever que la discrepancia se podría someter, a iniciativa de una sola de las partes (que normalmente, en estas hipótesis, es siempre el empresario principal interesado en lograr el acuerdo de sustitución o de derogación), a la comisión paritaria del convenio a afectar la cual, en el plazo de siete días debía pronunciarse al respecto. Entendiéndose (y esto es la dimensión más relevante del nuevo párrafo segundo del art. 41.6 que el RDL 7/2011 introdujo) que, de producirse el acuerdo en el seno de la comisión paritaria, dicho acuerdo sería vinculante para las partes en conflicto, tanto empresa como trabajadores. Sólo que, como será lo normal, si hay desacuerdo en el proceso de negociación del acuerdo de sustitución, éste se reproducirá normalmente en el seno de la comisión paritaria; de manera que pudiera ocasionarse una parálisis o situación de impasse constituida por la imposibilidad de dar una solución a la controversia al no haber acuerdo en la propia comisión. Y si esta instancia también fracasaba, el art. 41.6 ET abría entonces el camino para el recurso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos a los que se ha hecho referencia antes.

Finalmente, el RDL 3/2012 afronta este tema si bien lo hace de forma muy breve como ya se dijo al inicio de este epígrafe: cancelando la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo como una variante de la modificación sustancial y, por tanto, regulada por el art. 41 ET, para remitirse al procedimiento de descuelgue genérico regulado por el art. 82.3 ET, en la versión modificada introducida por el RDL 3/2012.

### **3.2. El procedimiento de descuelgue: del salarial al genérico**

Hasta la regulación del descuelgue genérico por el RDL 3/2012, este procedimiento de sustitución o desplazamiento de lo establecido en un convenio colectivo sectorial de ámbito superior a la empresa por obra de un acuerdo de empresa (un ejemplo antiguo, en concreto desde la reforma laboral de 1994, de potenciación de la negociación colectiva en este ámbito) se restringía a la materia salarial. Y con esta finalidad limitada se regulaba tanto antes del RDL 10/2010, como tras esta norma, por la Ley 35/2010 e incluso por el RDL 7/2011. Al ampliar las cuestiones en relación con las cuales puede funcionar el descuelgue, puesto que se integra en este procedimiento la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo, el RDL 3/2012 supone, por tanto, un cambio de relevancia que justifica un análisis algo detenido de la innovación normativa.

### *3.2.1. El descuelgue salarial en el art. 82.3 ET antes del RDL 10/2010*

Según la versión del art. 82.3 ET anterior al RDL 10/2010, la desvinculación, descuelgue o inaplicación a una empresa de lo establecido, aunque sólo lo relativo a la materia salarial, en un convenio colectivo sectorial de ámbito superior a la empresa debía seguir un determinado procedimiento que puede resumirse en lo siguiente: a) Los propios convenios sectoriales o de ámbito superior a la empresa debían establecer las condiciones y procedimientos para el descuelgue salarial; b) La justificación para el descuelgue se encontraba en la existencia de un peligro para la estabilidad económica de la empresa si se aplicaba el régimen salarial fijado en el convenio de ámbito superior; c) Puesto que eran los propios convenios sectoriales los que establecían el procedimiento de descuelgue era a ellos a los que competía, sin prácticamente limitación alguna, fijar las hipótesis, las circunstancias, y su documentación o prueba de la existencia de ese daño económico probable, así como el procedimiento y la instancia decisora acerca del descuelgue, pudiendo ser la propia comisión paritaria del convenio u otros órganos, habitualmente también paritarios, creados al efecto.

La eficacia de este tipo de procedimiento de descuelgue se reveló, desde el punto de vista empresarial, como muy reducida ya que el art. 82.3 ET ponía en manos de las propias partes firmantes del convenio sectorial del que la empresa pretendía descolgarse en lo salarial la facultad de fijar reglas de descuelgue rigurosas. Así, por ejemplo, exigir la existencia de daños no sólo probables sino reales y de una cierta permanencia o duración en el tiempo; una entidad relevante de esos daños económicos conforme a parámetros también impuestos por acuerdo de las partes; documentación a aportar muy abundante, exigente y rigurosa para probar la existencia del motivo de descuelgue; atribución de la decisión a comisiones paritarias en las que es necesario llegar a acuerdos para autorizar el descuelgue, debiendo entenderse como denegado caso de no conseguirse tal acuerdo; escasa frecuencia de sistemas efectivos y acordados de solución de discrepancias en esas comisiones paritarias como, por ejemplo, el arbitraje. En definitiva, un sistema ciertamente muy controlador desde el ámbito del convenio sectorial superior afectado de las posibilidades singularizadas de descuelgue empresarial.

Sólo para la hipótesis de que el convenio colectivo sectorial no previera ningún procedimiento de descuelgue o de inaplicación del régimen salarial por parte de acuerdos de empresa, el art. 82.3 ET permitía que el acuerdo de descuelgue operara directamente siempre que, de forma muy genérica, la situación económica de la empresa así lo requiriera. Incluso, con la intención de favorecer el acuerdo, atribuía a la comisión paritaria del convenio sectorial la función de solventar esa discrepancia acerca de la necesidad y conveniencia del descuelgue. Lo que volvía a chocar con la falta de acuerdo en la propia

comisión paritaria y con la habitual inexistencia de procedimientos para solucionar esta ausencia de acuerdo dentro de la comisión.

Una vez aceptado el descuelgue, el art. 82.3 ET atribuya, en principio, a las propias partes (empresa y representantes de los trabajadores en la misma) la tarea de acordar las nuevas condiciones salariales a aplicar; atribuyendo de nuevo, en caso de ausencia de acuerdo sobre esas condiciones, a la comisión paritaria del convenio sectorial la función, a decisión de las partes empresariales implicadas directamente, de establecer esas mismas nuevas condiciones salariales aplicables tras el descuelgue. Siempre que, naturalmente, hubiera acuerdo en esa comisión paritaria o su propio desacuerdo pudiera solventarse mediante algún tipo de medio que proporcionara una solución efectiva, lo que, evidentemente, sólo podía alcanzarse mediante el arbitraje, pero voluntariamente aceptado por ambas partes.

### 3.2.2. *El descuelgue salarial en el RDL 10/2010*<sup>7</sup>

La regulación anterior, bastante limitativa en la práctica del descuelgue salarial, fue alterada por el RDL 10/2010 el cual suprimió la necesaria previsión de un procedimiento de descuelgue a establecer por el propio convenio colectivo afectado, de manera que la forma que, a partir del RDL 10/2010, adoptó el descuelgue (sin duda favorecido al eliminarse el control desde el convenio colectivo sectorial superior) fue la del acuerdo singularizado directo entre empresa y representantes de los trabajadores<sup>8</sup>, siempre que éstos estuvieran legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa conforme a las reglas de legitimación establecidas en el art. 87 ET. Pero incluyendo la previsión, favorecedora del descuelgue, de que, si no existían representantes legales en la empresa, el acuerdo pudiera ser suscrito por la representación ad hoc establecida en el art. 41 ET para lo que reproducía literalmente el tercer

<sup>7</sup> Cfr. F. Navarro Nieto. “Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva”, *Temas Laborales*, 107/2010, pp. 198-216.

<sup>8</sup> Juzga esta innovación como “eliminación del papel tutelar de la negociación sectorial en la mecánica del descuelgue salarial”, J. Mercader Uguina. “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación colectiva en la Ley 35/2010”, en *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, cit. p. 190, con una valoración positiva de la eliminación de esa tutela ya que la califica como una opción “afortunada” del legislador motivada por la rigidez excesiva y la “irracionalidad y falta de practicidad que se venía poniendo de manifiesto de forma reiterada en nuestra negociación colectiva” (p. 191). Lo que sucede es que el RDL 10/2010 supuso el paso de un descuelgue, posiblemente controlado en exceso, a una situación de descontrol absoluto de los acuerdos empresariales de descuelgue; lo que no es particularmente adecuado, sobre todo si se pone en cuestión, como es obligado, la autenticidad de las negociaciones empresariales derogatorias como escenario de una confrontación, más o menos equilibrada, de las partes. Lo que, muy frecuentemente, no sucede. En consecuencia, la liberación de la tutela del convenio sectorial es igual, en el texto del RDL 10/2010, a un fuerte favorecimiento de la posición empresarial ya que la decisión del descuelgue se residencia en el nivel donde el empresario individual tiene mayor poder, como es el de la empresa, y donde puede ejercitarlo con menor control.

párrafo del apartado 4 de dicho art. 41, luego modificado de forma importante por la Ley 35/2010 al eliminar la connotación exclusivamente sindical de esta representación ad hoc. Con lo que, en todo caso, se ponía de manifiesto la estrecha relación existente entre el descuelgue salarial y el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en general, y de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo, en particular, fuertemente revisado por el RDL 10/2010.

En cuanto a la justificación para el descuelgue, se determinaba de forma conscientemente más amplia que en los términos generales de la versión anterior ya que el acuerdo de descuelgue se justificaba si la aplicación del régimen salarial del convenio sectorial superior podía suponer un daño tanto real como probable (se hablaba de “*perspectivas económicas*”), añadiendo además que también podía haber justificación para el descuelgue salarial si su aplicación podía afectar a “*las posibilidades de mantenimiento del empleo*” en la empresa.

Para llegar al acuerdo de inaplicación, que además debía de establecer “*con exactitud*” la retribución a percibir por los trabajadores de la empresa, las partes debían desarrollar un periodo de consultas para lo que el RDL 10/2010 se remitía al art. 41.4 ET, evidenciando de nuevo la conexión entre el descuelgue salarial y la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por otra parte, el art. 82.3 ET exigía también que el acuerdo de descuelgue programara, siempre que hubieran desaparecido las causas que justificaron el descuelgue, una vuelta a la aplicación de las condiciones salariales establecidas en el convenio sectorial superior; y también ponía un límite temporal al descuelgue al hacerlo coincidir, como máximo, con la vigencia del convenio colectivo sectorial de referencia y, en todo caso, tres años. Una limitación esta última que también apareció por obra del RDL 10/2010, como se ha visto antes, vinculándola a la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo mediante el procedimiento regulado por el art. 41 ET.

Pero, como en la regulación anterior al RDL 10/2010, el punto crucial era cómo solventar la falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores; lo que, en principio, llevaba a la imposibilidad del descuelgue. A este efecto, el cuarto párrafo del art. 82.3 ET obligaba a las partes a acudir a los procedimientos de mediación que estuvieran establecidos al efecto tanto en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos organizadores de la negociación colectiva como en los convenios sectoriales de cualquier tipo aplicables al caso, incluyendo el propio convenio colectivo sectorial del que se pretendía la desvinculación salarial. En este punto la presión legal en favor del acuerdo de descuelgue sólo llegaba a sustituir la voluntariedad en acudir a esos procedimientos por la obligatoriedad del recurso a los mismos; pero se trataba sólo de la obligatoriedad de la mediación (un instrumento no plenamente eficaz de lograr un acuerdo al no ser obviamente obligatorio para

las partes aceptar las propuestas del mediador). Dependiendo, además, que los convenios citados hubieran establecido dicho procedimiento de mediación, si bien esto podía ser más habitual.

Por lo que hace al arbitraje (el único modo de garantizar una solución efectiva a la controversia en caso de desacuerdo, fuera esa solución favorable o no al descuelgue), el RDL 10/2010 da pasos muy poco efectivos posiblemente por cuanto el legislador no quiso atentar a la autonomía colectiva, como lo haría obligando a los convenios o acuerdos interprofesionales a establecer el arbitraje (voluntario u obligatorio), ni al propio principio general de voluntariedad del arbitraje, por lo que el art. 82.3 ET se limitaba a señalar que esos convenios o acuerdos interprofesionales “podrán” establecer el compromiso previo de someterse a un “arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación”. De no hacerlo así (no prever el arbitraje o no preverlo como vinculante u obligatorio) el desacuerdo quedaba sin solución, determinando la imposibilidad del descuelgue. Por supuesto que el laudo arbitral, de existir, tendría la misma eficacia que el propio acuerdo, siendo impugnabile sólo por el procedimiento y los limitados motivos establecidos en el art. 91 ET.

En definitiva, una regulación que, con la finalidad de facilitar los acuerdos de descuelgue, eliminó muchos de los condicionantes previos que podían obstaculizarlos si bien no estableció sistemas realmente eficaces de solución de las posibles discrepancias entre las partes (en cuanto a la justificación o en relación con el nuevo régimen salarial a aplicar) ya que dicha solución quedaba, tanto en cuanto a su existencia como respecto del procedimiento de solución elegido (mediación y/o arbitraje) y su naturaleza (obligatoriedad o voluntariedad del arbitraje), a la voluntad de los sujetos negociadores. Imponiendo sólo el sometimiento a los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos de trabajo, siempre que éstos hubieran sido establecidos por algún tipo de acuerdo interprofesional o convenio colectivo a los que se refería el art. 83.2 ET, en cuanto a la mediación. Autonomía colectiva y voluntariedad del arbitraje fueron, pues, los obstáculos lógicos a un favorecimiento incondicionado de los acuerdos de descuelgue o de la intención empresarial de propiciarlo.

### *3.2.3. El descuelgue en la Ley 35/2010 y en el RDL 7/2011*

La Ley 35/2010 introdujo, sólo unos meses después del RDL 10/2010, modificaciones de cierta relevancia, aparte de algunas de tipo técnico y respecto de la discriminación salarial por razón de género que no alteraban su contenido. En cuanto a las técnicas, pueden citarse el cambio de ubicación de la referencia a los sujetos legitimados para negociar el acuerdo cuando no hay representación de los trabajadores en la empresa; en relación con la discriminación por razón de género, el art. 82.3 ET decía expresamente que el acuerdo de descuelgue no podía suponer en ningún caso el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio colectivo orientadas a la eliminación

de dicha discriminación. En lo que aquí interesa más, la Ley 35/2010 incluyó algunas nuevas previsiones en el art. 82.3. ET referidas a la justificación del acuerdo de descuelgue salarial de un convenio colectivo de ámbito superior y a la forma de solucionar, de manera efectiva, las discrepancias o la falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, dejando intacta en lo demás la regulación establecida por el RDL 10/2010.

Por lo que se refiere a las causas justificadoras del descuelgue, la nueva versión del art. 82.3 ET revisada por la Ley 35/2010, y con la finalidad de blindar en alguna manera el acuerdo de inaplicación salarial alcanzado, estableció que, cuando el periodo de consultas finalizara con acuerdo, “*se presumirá que concurren las causas justificativas*”, referidas a la situación económica de la empresa y al mantenimiento del empleo. De forma que el acuerdo sólo podía ser muy limitativamente impugnado por causas restringidas y extremas (fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) que no permitían entrar a valorar acerca de la oportunidad, adecuación o conveniencia del descuelgue salarial desde el punto de vista empresarial. Por otra parte, recuperando una previsión lógica de la versión anterior al RDL 10/2010, el art. 82.3 ET obligaba a notificar el acuerdo de descuelgue a la comisión paritaria del convenio colectivo sectorial o de ámbito superior a la empresa en relación con el cual tenía lugar el descuelgue.

Por lo que se refiere a la solución efectiva de las discrepancias en caso de desacuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, la Ley 35/2010 pretendió dar un paso más en el establecimiento de un sistema operativo de solución de las divergencias (una solución, debe recordarse, de un conflicto colectivo de intereses y no de interpretación o aplicación donde la intervención de un tercero especializado e imparcial se justifica plenamente no así en el primer caso) insistiendo en condicionar a la negociación colectiva interprofesional, nacional o autonómica (pero no a los convenios colectivos de sector) para que establecieran un procedimiento de aplicación general (es decir, para todas las empresas incluidas en su amplio ámbito ya que se trataba de acuerdos interprofesionales) y directa (es decir, sin requerir adhesiones individualizadas ni permitir que su uso fuera voluntario o potestativo) para solventar, siempre de manera “*efectiva*” las discrepancias o desacuerdos producidos durante el periodo de consultas o de negociación del acuerdo de descuelgue.

Es en este punto donde la Ley 35/2010, como antes el RDL 10/2010, se detuvo ya que dejaba a esos acuerdos (no les obligaba, desde luego) la decisión de imponer un arbitraje obligatorio para solventar las discrepancias. Lo que, de no hacerlo tales acuerdos interprofesionales (lo más habitual ya que en estos acuerdos el arbitraje suele ser de carácter voluntario), impedía dar una solución efectiva a esas discrepancias en el sentido de que el procedimiento finalizaba

sencillamente sin acuerdo y, por tanto, sin que fuera posible el descuelgue salarial sin consentirlo los representantes de los trabajadores en la empresa afectada<sup>9</sup>.

El RDL 7/2011 insistió en esta línea insertando entre la situación de desacuerdo y el posible recurso a medios extrajudiciales de solución de conflictos (establecidos, cuando así sucede, mediante acuerdos interprofesionales, nacionales o autonómicos), una nueva instancia, ésta obligatoria, de solución de la discrepancia, consistente en someterla previamente a la comisión paritaria del convenio colectivo; la cual, además, debía de pronunciarse en el plazo máximo de siete días a contar desde el momento en que la discrepancia le fuera planteada. Pero tampoco esta vía podía calificarse de solución efectiva (salvo que así se considere la ausencia misma de acuerdo lo que es obviamente una solución, aunque negativa, de rechazo del descuelgue) ya que el propio art. 82.3, sexto párrafo, ET preveía que la comisión paritaria no diera una solución efectiva (por ausencia de acuerdo en la propia comisión paritaria). Abriéndose entonces el camino para acudir a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos establecidos por los acuerdos interprofesionales en los mismos términos que ya impuso el RDL 10/2010 y que se acaban de analizar<sup>10</sup>.

Por otra parte, el RDL 7/2011 afectó también a las causas de justificación del descuelgue salarial al precisar que la situación económica de la empresa hubiera quedado “*dañada*” (frente a la versión anterior de “*afectada negativamente*”) como consecuencia de la aplicación del régimen salarial del convenio supraempresarial, afectando a las “*posibilidades de mantenimiento del empleo en la empresa*”. Sólo que el RDL 7/2011 concreta el daño posible en “*la disminución persistente del nivel de ingresos*” (es decir, pérdidas, lo que no supone un cambio importante) y en que la situación de la empresa pudiera verse afectada económicamente de forma negativa no sólo como un dato real o de hecho, sino también como mera “*perspectiva económica*”. Sin duda que la regulación del RDL 7/2011 flexibilizó en alguna medida, favoreciéndolo, el descuelgue salarial al ampliar su causa de justificación.

#### 3.2.4. El descuelgue genérico del nuevo art. 82.3 ET por obra del RDL 3/2012

Ya se ha indicado antes que la gran innovación del RDL 3/2012 en esta materia es la unificación de los procedimientos, paralelos y en muchas cosas semejan-

<sup>9</sup> Sobre estos temas, Mercader Uguina, “Los acuerdos de descuelgue salarial...”, cit. pp. 204-206.

<sup>10</sup> R. Escudero Rodríguez. “Claves generales de la reforma de la negociación colectiva”, en *La reforma de la negociación colectiva*, cit. pp. 63-67 quien emite un juicio muy crítico a todos estos intentos del legislador de forzar la existencia de un acuerdo (o de un laudo de sustitución) obligando a acuerdos y convenios colectivos sectoriales o interprofesionales a incluir en sus previsiones lo que ET llama insistentemente “medios efectivos de solución de las discrepancias”, con una progresiva reducción del papel del acuerdo e, incluso en algún caso, de la propia voluntad de una de las partes.

tes, previstos antes para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (art. 41 ET) y para el descuelgue salarial (art. 82.3 ET). De manera que, a partir del RDL 3/2012, existe un único procedimiento para lograr la inaplicación de determinadas condiciones establecidas en un convenio colectivo; procedimiento que se articula sobre el modelo del descuelgue salarial de regulaciones anteriores pero con algunas relevantes variaciones.

En primer lugar, el art. 82.3 ET, al proceder a unificar los procedimientos antes citados en un único de descuelgue genérico, incluye inevitablemente ahora una relación de las materias o condiciones de trabajo en relación con las cuales el descuelgue puede tener lugar. Ya no se habla sólo de inaplicación del régimen salarial sino que el párrafo segundo del art. 82.3 ET reproduce una lista de materias o condiciones que no es sino la suma, o mejor, reproducción literal de las establecidas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.1, segundo párrafo, ET); es decir: jornada de trabajo (es decir, duración), horario y distribución del tiempo de trabajo (en cualquiera de sus versiones o posibilidades: regular o irregular, con topes diario, semanal o anual, jornada partida o continuada, trabajo a turnos, descansos y vacaciones); sistema de remuneración o de rendimiento (o de estructura y régimen jurídico del salario base, así como de cualquiera de los complementos salariales); funciones en relación con el sistema de clasificación profesional y al margen la movilidad funcional extraordinaria prevista en el art. 39 ET que, por excepcional, no se considera modificación sustancial alguna; y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social (planes de pensiones, complementos de prestaciones sociales, seguros normalmente colectivos, mutualidades de previsión, etc.). Claramente, la anterior posibilidad del descuelgue salarial, aún intacta, se incorpora a la previsión material mencionada como “*sistema de remuneración*” (art. 82.3, segundo párrafo, letra d) ET) al que se añade ahora la expresión “*y cuantía salarial*”; de manera que el procedimiento regulado por el art. 82.3 ET también puede afectar a la cuantía de los conceptos salariales. Lo que era exactamente la finalidad básica del anterior descuelgue salarial.

En segundo lugar, el art. 82.3 ET, tercer y cuarto párrafo, ET, destina aparentemente una atención mayor a la necesaria existencia de causas justificadoras del descuelgue en relación con cualquiera de las materias o aspectos citados<sup>11</sup>. Pero lo cierto es que lo que el art. 82.3 ET hace ahora es reproducir literalmente la más flexible definición de las causas que justifican un despido colectivo (art. 51.1, párrafos segundo y tercero, ET, en su versión debida

<sup>11</sup> Sobre las causas en el RDL 3/2012, Mercader Uguina, “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, cit. pp. 363-366, quien considera que el RDL 3/2012 ha reforzado la causalidad del descuelgue, endureciendo las condiciones para poder acceder a él; algo con lo que no se coincide, según se ha podido apreciar en el texto ya que se trata sólo de un aparente endurecimiento, más formal que real.

al propio RDL 3/2012). De forma que las causas alegables pueden ser tanto económicas, técnicas, organizativas o de producción, definiendo y precisando ambos artículos cuándo debe entenderse que concurren. En consecuencia, el descuelgue genérico, incluido ahora lo relativo al salario (tanto cuantía como estructura), no es posible, como antes sucedía en relación con la cuantía del salario, sólo cuando existen causas económicas, sino que también puede estar justificado por razones sólo indirectamente económicas (pero no necesariamente en términos de pérdidas o situación negativa sino también de mejora de la productividad o de la organización productiva de la empresa) tales como las causas técnicas, las organizativas y las productivas.

Por otra parte, en cuanto a la razón económica, el art. 82.3 ET la concreta, como el art. 51 ET, en unos resultados de la empresa de los que se desprenda una “*situación económica negativa*”, pero definida de una forma amplia que pueden materializarse tanto como por la existencia de pérdidas (pero comprendiendo en ellas las actuales y también las probables o previstas) como por la disminución persistente del nivel de ingresos o de ventas de la empresa (lo que no necesariamente debe ser entendido como pérdidas en sentido estricto ya que la disminución de ingresos o de ventas pueden tener lugar sin dar origen a una situación económica dañada en sentido real salvo que así se considere el mero hecho de la disminución de ingresos o ventas, aunque el resultado final de la empresa sea todavía, y pese a ello, positivo desde el punto de vista económico). Sólo que, para el art. 82.3 ET, la persistencia de la situación económica negativa de la empresa, en los términos amplios que se acaban de definir, se concreta en el hecho de que se mantenga esa disminución de ingresos o de ventas durante sólo dos trimestres consecutivos y no durante los tres que se exigen para justificar el despido colectivo.

La amplitud de las causas de justificación para el descuelgue genérico, paralela a la flexibilización de éstas para el despido colectivo; la existencia de una situación económica negativa por el hecho de mantenerse la disminución de ingresos o ventas durante sólo dos trimestres consecutivos; y la presunción, ya existente antes, de que concurre alguna de las causas requeridas cuando hay acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, son todos factores que contribuyen a hacer más fácil y operativo el acuerdo de descuelgue. Aunque es verdad que, al trasladarse la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo desde el art 41 ET al procedimiento de descuelgue del art. 82.3 ET, la modificación de condiciones de un convenio colectivo ya no está sujeta a la amplísima flexibilidad, lo que es lógico, que el actual art. 41 ET permite en cuanto a las modificación sustancial de condiciones de trabajo no recogidas en un convenio colectivo estatutario.

Desde este punto de vista, el descuelgue en relación con las condiciones no salariales se hace algo más difícil, no tanto respecto de la regulación de la modi-

ficación sustancial de condiciones de trabajo anterior al RDL 3/2012 (que exigía una situación económica negativa, real o probable, afectando a su competitividad: algo parecido a lo que ahora establece el art. 82.3 ET) sino con respecto a la actual regulación de la modificación sustancial contenida en el vigente art. 41 ET (el cual sólo requiere que las causas alegadas para la modificación sustancial estén vagamente relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa). En términos globales, pues, puede afirmarse que el descuelgue referido a las materias citadas, salvo en lo que hace a la cuantía salarial (esto es, lo que antes sería una modificación de las condiciones de este tipo establecidas en un convenio colectivo) mantiene una regulación semejante a la anterior al RDL 3/2012 para esas modificaciones, si bien es claro que es más rigurosa si se compara con la regulación actual del art. 41 ET.

En cuanto al descuelgue salarial, las exigencias anteriores del art. 82.3 ET (que haya tenido lugar una disminución persistente del nivel de ingresos o que la situación y perspectivas económicas de la empresa se hayan visto o se puedan ver dañadas como consecuencia de la aplicación del régimen salarial del convenio superior) se han visto transformadas, de manera más flexible y precisa, en la existencia de una situación económica negativa que provoque igualmente una disminución persistente del nivel de ingresos o de ventas durante dos trimestres consecutivos. En conclusión, el anterior descuelgue salarial ahora puede tener lugar mediante el descuelgue genérico, si existen causas económicas, en unas circunstancias que son algo más favorecedoras del anterior descuelgue salarial relativo a la cuantía del salario; pero, indudablemente, ese descuelgue salarial se ha facilitado ahora al añadir a las causas económicas (las únicas que motivaban antes el descuelgue salarial) las otras tres causas técnicas, organizativas y productivas, estas sí interpretadas, también para el despido colectivo, de manera muy amplia y flexible y que ahora por primera vez aparecen justificando el descuelgue salarial en cuanto a la cuantía del salario.

En tercer lugar, el actual art. 83.2 ET mantiene las reglas o exigencias que ya figuraban en la versión anterior tras la reformas de los RDL 10/2010, la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011: posibilidad de suscripción del acuerdo de descuelgue por parte de la representación ad hoc de los trabajadores de la empresa en los casos de ausencia de representación legal (art. 41.4 ET); posibilidad de impugnar el acuerdo de descuelgue sólo si existe fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; obligación de comunicar el acuerdo de descuelgue a la comisión paritaria del convenio, ampliando ahora esa comunicación a la autoridad laboral a efectos de una posible impugnación normalmente por el procedimiento de oficio.

En lo que sí hay diferencia es en el contenido del acuerdo de descuelgue. Según la versión actual (art. 82.3, sexto párrafo, ET) el acuerdo debe establecer "*con exactitud*" las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa

(sean de jornada, salariales, funcionales o respecto de las mejoras voluntarias) así como su duración que, como sucedía ya, no puede prolongarse más allá de la vigencia del convenio colectivo en relación con el cual tiene lugar el descuelgue. La nueva regulación, no obstante, es más favorecedora del mantenimiento del acuerdo de descuelgue ya que no tiene límite temporal absoluto alguno (los tres años, de la regulación anterior del descuelgue salarial del anterior art. 82.3 ET han desaparecido de la versión actual) y tampoco se sujeta estrictamente su duración a la vigencia ordinaria del convenio colectivo afectado puesto que el acuerdo de descuelgue podrá seguir en vigor hasta tanto “*resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa*”; lo que permite mantener el acuerdo de descuelgue en todas las situaciones de prórroga del convenio, sean ordinarias o extraordinarias (ultraactividad). Una razón más de presión en contra de la ultraactividad. Además, el art. 82.3 ET ha suprimido la obligada programación, es verdad que más voluntarista que real, en el acuerdo (cuando de descuelgue salarial se trataba) de la progresiva convergencia o retorno a las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo supraempresarial afectado.

En cuarto lugar, el RDL 3/2012 insiste en la línea, que se ha visto constante en las reformas anteriores, de forzar una solución efectiva a las discrepancias o desacuerdos en el procedimiento de consultas que es obligado iniciar. Lo hace, en primer lugar, manteniendo que las partes “*podrán*” (algo potestativo y por tanto no obligatorio, salvo cuando el convenio así lo fijase) someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio afectado que, en los siete días siguientes al planteamiento, deberá pronunciarse. En segundo lugar, reitera que si el acuerdo no es posible mediante la intervención de la comisión paritaria (porque no sea obligado acudir a ella; porque, aunque lo fuere, la comisión paritaria tampoco llega a un acuerdo; o porque no estén previstas formas de solución efectiva de esa discrepancia en la comisión paritaria recurriendo, por ejemplo, al arbitraje sobre todo imponiendo un arbitraje obligatorio mediante el convenio colectivo) las partes “*podrán*” (de nuevo, potestativamente) recurrir a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos que deben (un mandato que, en cuanto dirigido a los posibles interlocutores de un acuerdo interprofesional estatal o autonómico, es dudosa observancia y efectividad) regular tales acuerdos interprofesionales. Estos procedimientos, sigue diciendo el art. 82.3 ET, párrafo séptimo, “*deberán*” solventar de manera efectiva la discrepancia (entre empresa y representantes de los trabajadores o en el seno de la comisión paritaria, si es el caso) para lo cual es posible (pero no obligado) que establezcan la obligatoriedad de someterse a un arbitraje vinculante que dará, en su caso, origen a un laudo dotado de la misma eficacia que el acuerdo obtenido en el periodo de consultas.

Que todas estas posibles instancias de solución del desacuerdo no necesariamente llevan a la solución de las discrepancias queda de manifiesto en el importantísimo párrafo octavo del art. 82.3 ET añadido por el RDL 3/2012.

Siempre que esa solución no sea simplemente entender, lo que no habría que descartar, que no hay descuelgue posible por falta de acuerdo; un resultado que sin duda no es atractivo para el legislador ya que se intenta favorecer en todo caso el interés empresarial (difícilmente será de los trabajadores) en lograr el descuelgue, al hacer igual la existencia de acuerdo o de su equivalente arbitral sólo con la solución efectiva de la discrepancia.

En efecto, el párrafo octavo del art. 82.3 ET establece ahora que, si ninguna de las instancias o vías anteriores han propiciado el acuerdo de descuelgue (porque las partes no se hayan sometido a las mismas o porque no hubieran solucionado materialmente la controversia), “*cualquiera de las partes*” podrá someter la solución de la discrepancia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, si se trata de inaplicar condiciones de trabajo que afectan a centros de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de la comunidad autónoma de que se trate, en los demás casos. El potestativo no se refiere a si ambas partes pueden o no acordar someterse a este último procedimiento de solución sino a que basta que una de ellas (obviamente, el empresario en la práctica totalidad de los casos ya que es el principal y casi exclusivo interesado en el descuelgue) acuda a la Comisión Consultiva para que ésta intervenga, aun en contra de la voluntad de la otra parte afectada no favorable a esta intervención.

El que una parte pueda imponer a la otra la intervención de la Comisión Consultiva, siendo ya una limitación de la autonomía colectiva, se convierte en un atentado directo a la misma en la medida en que el legislador, por primera vez en estas situaciones de discrepancia, atraviesa la línea roja de la voluntariedad en la imposición del arbitraje para establecer un arbitraje obligatorio, decidido por los propios órganos nacional o autonómicos citados o por un árbitro que se designe al efecto en esas mismas instancias<sup>12</sup>. Una decisión arbitral que ha de dictarse en el plazo de veinticinco días a contar desde la fecha en que se sometió el conflicto a estos órganos, teniendo esta decisión el mismo valor que el acuerdo de descuelgue entre empresa y trabajadores. Y que será difícilmente recurrible al estar limitada la impugnación a las causas y mediante el procedimiento previsto en el art. 91 ET: (inobservancia en el desarrollo de la actuación arbitral de los requisitos y formalidades establecidos al efecto; incongruencia del laudo en relación con los puntos sometidos a su decisión.

En conclusión, la nueva regulación del descuelgue genérico, siendo mínimamente causal (aunque ahora menos que la modificación sustancial de con-

<sup>12</sup> Lo reconoce Mercader Uguina, “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012...” cit. p. 367, según el cual es claro que la norma impone un arbitraje obligatorio, sin que existan circunstancias excepcionales (la crisis o los problemas de cada empresa no pueden así considerarse) que lo justificasen en los términos establecidos por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

diciones de trabajo de la que, en gran parte, procede) y pudiendo interpretarse esa existencia de causas justificadoras de forma muy flexible, permite a la empresa descolgarse o inaplicar muchas de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor (jornada, salario, funciones, mejoras). Para ello, y en respeto a la vigencia y a la vinculabilidad de los propios convenios colectivos, la ley exige en principio un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, afrontando incluso la hipótesis de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa al acudir a la representación ad hoc del art. 41.4 ET.

Pero, de no lograrse el acuerdo en el periodo de consultas, la norma articula toda una serie de instancias sucesivas para lograr el acuerdo de descuelgue, tales como la comisión paritaria del convenio y los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos establecidos por los acuerdos interprofesionales. Sin embargo, y para el caso de que ninguna de estas dos vías funcione generando el acuerdo de descuelgue o un laudo porque el convenio no obligue a acudir a la comisión paritaria; o porque para acudir a la comisión paritaria misma sea necesario, a su vez, el acuerdo; o porque no estén previstos modos de solución de discrepancias en el seno de la comisión paritaria; o porque los acuerdos interprofesionales no establezcan sistema alguno de solución de este tipo de discrepancias; o porque los configuren como voluntarios; o porque no incluyan la vía arbitral; o porque, en fin, lo hagan como voluntaria para ambas partes, el art. 82.3 ET, párrafo octavo, acaba imponiendo un arbitraje obligatorio en el sentido de que sólo el acuerdo de las partes de no acudir al mismo puede eludirlo, bastando en cambio la decisión de una sola de ellas (habitualmente la empresa) para imponerlo a la otra.

Y, una vez planteada la discrepancia ante esas instancias (Comisión Consultiva u órganos semejantes de las comunidades autónomas), la solución vendrá ineluctablemente impuesta por el árbitro mediante una decisión que suplanta al acuerdo. Se plantea aquí muy crudamente la opción legal por la imposición del arbitraje frente a las relevantes y fundadas dudas, de fundamento constitucional y de respeto a la autonomía colectiva, acerca de la posibilidad de que pueda imponerse por ley un arbitraje obligatorio en relación con discrepancias que son o pueden ser muy habituales en la dinámica cotidiana de la empresa, socavando fuertemente la capacidad reguladora de la autonomía colectiva o la vinculabilidad de sus acuerdos convencionales. De forma que la posición de los negociadores por parte de los trabajadores siempre estará sometida a la presión, que afecta obviamente a su capacidad negociadora, de la posibilidad final del empresario de imponer la solución arbitral para el descuelgue genérico.

El art. 82.3 ET incorpora, por último, un cambio igualmente significativo cual es el de permitir el descuelgue de la empresa no sólo respecto de un convenio sectorial supraempresarial sino incluso de un convenio de la misma

empresa. Sin duda que este cambio amplía también las posibilidades de descuelgue ya que cabe incluso cuando las condiciones que no se quiere aplicar están reguladas en el propio convenio de empresa; recuérdese que antes el descuelgue salarial sólo era posible frente a convenios sectoriales por lo que, si el régimen salarial aplicable estaba regulado por el convenio de empresa, sólo cabía, en cuanto a la cuantía, volver a negociar un nuevo convenio, incluso ante tempus si es que había acuerdo para ello. No así las demás condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo que podían ser modificadas antes por la vía del art. 41 ET, estuvieran fijadas en un convenio sectorial o de la empresa. El RDL 3/2012 ha optado como opción común al descuelgue genérico por la alternativa más amplia, de modo que es indiferente en qué convenio estén reguladas las condiciones de cualquier tipo que se quieran inaplicar.

Con lo que se apoya a la empresa incluso cuando la regulación de esas condiciones la ha fijado la misma empresa en el convenio empresarial negociado con los mismos representantes a los que se reclama luego un acuerdo de descuelgue. Una ampliación que no se justifica funcionalmente como cuando el convenio era supraempresarial, al estimarse que las previsiones de los convenios sectoriales no podía tener en consideración la situación concreta de cada empresa; algo que, desde luego, el convenio de empresa sí puede y debe hacer. El pretender inaplicar un convenio que la propia empresa ha suscrito puede constituir, además de un atentado a la negociación colectiva empresarial formalizada, un ejemplo rechazable de actuación contra los propios actos, al no exigirse a la empresa ni siquiera el ejercicio responsable de su propia autonomía que la obligaría a someterse, durante toda su vigencia, al convenio suscrito, impidiéndole desplazarlo salvo para negociar un nuevo convenio para lo que tendría que obtener el consenso de la otra parte, el mismo que requiere en principio el descuelgue. Sólo que el fracaso de la negociación de un convenio no conduce, como en el procedimiento de descuelgue, al arbitraje obligatorio, de aquí el fundamento, no explícito pero real, de la ampliación a los convenios de empresa.

Desde este punto de vista, la regulación del art. 82.3 ET puede considerarse, en general, como una forma de debilitación de los convenios colectivos, pero sobre todo, como una manera de implantar en la empresa, incluso contra las previsiones del convenio específico que esa empresa ha suscrito, un procedimiento permanente de revisión de muchas de las condiciones de trabajo que siempre podrá culminar con un arbitraje impuesto sin contar con el asentimiento de la otra parte, es decir, de los representantes de los trabajadores. Una especie de situación de provisionalidad en cuanto a lo acordado que siempre podrán variarse, ignorando el pacto, por un tercero cuya decisión, aun no querida por una de las partes, acaba imponiéndosele de forma obligatoria.

El arbitraje obligatorio final viene, así, a jugar un papel similar a la intervención judicial; con las relevantes diferencias de que no se trata de un

conflicto de interpretación o de aplicación de normas (donde las competencias de la autonomía colectiva deben conciliarse con el respeto a la tutela judicial y donde la naturaleza del conflicto favorece la intervención del tercero imparcial aun en contra de la voluntad de una de las partes) sino de un conflicto de intereses atribuido en bloque a la competencia de las partes sociales mediante el acuerdo (esto es lo que exige el respeto de la autonomía colectiva) y respecto de los cuales cualquier intervención, no querida por ambas de forma conjunta, constituye una lesión de esa misma autonomía colectiva. Mucho más cuando, como se ha dicho, esa intervención, lejos de ser excepcional se configura como un mecanismo rutinario para abordar problemas que pueden plantearse de manera bastante frecuente.

#### **4. LA INTERVENCIÓN LEGAL EN EL CONTENIDO OBLIGATORIO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

El RDL 3/2012 ha reformado también el art. 85.3 ET en la parte en la que establece el que la ley viene llamando desde la primera versión del ET el “*contenido mínimo*” de los convenios colectivos y que es mucho más correcto calificar como contenido obligatorio. En esta materia es donde mejor se aprecian los vaivenes normativos ya que, mientras que el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 procedieron básicamente a una modificación puntual en lo relativo a la solución efectiva de las discrepancias en la negociación del descuelgue salarial y en la negociación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (arts. 82.3 y 41.6 ET), el RDL 7/2011 introdujo una regulación muy extensa de ese contenido obligatorio dando una nueva y amplia versión al art. 85.3 ET. El RDL 3/2012, en cambio, modifica este inflado art. 85.3 ET para volver a la versión anterior más reducida y concreta. Posiblemente en parte porque la nueva regulación del art. 82.3 ET que se acaba de comentar acerca del descuelgue genérico ya contiene en sí misma el mecanismo de solución final consistente en el arbitraje obligatorio, a iniciativa de una sola de las partes, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u otros organismos autonómicos equivalentes, haciendo innecesarios algunos de los apartados del art. 85.3 orientados a ese fin. Pero la reforma del RDL 3/2012 también elimina otros apartados del art. 85.3 ET que es conveniente considerar.

##### **4.1. El contenido obligatorio del convenio colectivo, antes y después del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010**

En la versión del art. 85.3 ET anterior al RDL 10/2010, el contenido obligatorio del convenio colectivo, aparte de las menciones imprescindibles a las

partes que lo conciertan (apartado a), al ámbito personal, funcional, territorial y temporal del convenio (apartado b) y a la forma y denuncia del convenio, así como el plazo de preaviso para esa denuncia (apartado d), incluía dos referencias, una general y otra más concreta.

La general se refería a la necesidad de que el convenio estableciera una comisión paritaria a la se le atribuyeran cuantas competencias se consideraran adecuadas por las partes negociadoras, sin que el ET fijara ninguna precisa pero haciendo referencia implícita tanto las competencias de interpretación y de aplicación del convenio como a la de solventar las discrepancias que pudieran surgir en el seno de la propia comisión paritaria, al exigir el art. 85.3, e) ET que el convenio fijara igualmente *“los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión”*, sin tampoco precisar el tipo de procedimiento ni exigir siquiera que esa solución fuera *“efectiva”*. Por lo que, en fin, el convenio era libre de asignar unas u otras competencias a la comisión paritaria y también para establecer un procedimiento u otro (eventualmente incluso ninguno) para solventar las discrepancias en la comisión, pudiendo fijar un trámite de mediación o, incluso, de arbitraje obligatorio impuesto por la propia autonomía colectiva. En cuanto a la referencia específica, consistía en la obligación del convenio colectivo de ámbito superior a la empresa de establecer las condiciones y procedimientos para el descuelgue salarial, algo exigido por el art. 82.3 ET, en los términos vistos, incluso en la versión vigente antes del RDL 10/2010.

Sobre esta regulación actuaron el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010. El primero de ellos, en línea con la sostenida preocupación por favorecer el descuelgue salarial, cambiando la dicción del apartado c) del art. 85.3 ET en un sentido más lacónico ya que el escenario había sido alterado al no existir ya la tutela de los procesos de descuelgue salarial en la empresa por parte de la negociación colectiva de ámbito superior propia de la versión anterior del art. 82.3 y que el RDL 10/2010 había igualmente modificado propiciando una desvinculación directa por parte del acuerdo de empresa. Por este motivo, el nuevo apartado c) del art. 85.3 ET lo que señala es que los convenios colectivos deberán tener como contenido obligatorio no tanto el procedimiento para el descuelgue de sus normas salariales por parte de un convenio de empresa (que no existe al ser un descuelgue empresarial directo) sino más bien la forma de resolver *“las discrepancias que pudieran surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial”* del convenio de ámbito superior.

Es decir, un propósito de garantizar el descuelgue pretendiendo obligar a los convenios colectivos a establecer de qué forma (*“efectiva”*, añadía el RDL 10/2010) se solucionaba la situación de bloqueo en el caso de desacuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sin que esa pretensión avanzara más allá de todas las alternativas, instancias o pasos que el art. 82.3

ET establecía con esa misma finalidad. Es decir, con una posible efectividad (si entendida como existencia del acuerdo de descuelgue o de un laudo arbitral alternativo) poco garantizada.

Por su parte, la Ley 35/2010 insistió en esta misma orientación y en este mismo propósito, al volver a dar una nueva versión al apartado c) del art. 85.3 ET, reclamando del convenio colectivo (como contenido obligatorio) que éste estableciera procedimientos para solventar “*de manera efectiva*” las discrepancias que pudieran surgir tanto en la negociación para modificar las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (art. 41.6 ET), como en la negociación para el descuelgue salarial; es decir, en los dos ejemplos de acuerdos de empresa de desvinculación o no aplicación (derogatorios) de lo establecido en un convenio colectivo que serían, en cuanto a la modificación, de cualquier nivel; y respecto del descuelgue, sólo sectoriales supraempresariales. Además, la Ley 35/2010 añadió a este apartado que los convenios colectivos debían adaptar, en su caso (esto es, si fuera necesario lo que debía juzgarse por las propias partes negociadoras) los procedimientos que estuvieran fijados en los acuerdos interprofesionales suscritos precisamente, entre otras, con esta finalidad. Una vez más, la insistencia en favorecer la modificación de condiciones o el descuelgue salarial llevó al legislador a forzar al máximo el contenido obligatorio de los convenios afectados exigiéndoles articular alguna forma de lograrlo, favoreciendo así el interés de la empresa.

#### **4.2. El contenido obligatorio en el RDL 7/2011 y su comparación con el RDL 3/2012**

La revolución en este punto vino de la mano del RDL 7/2011 ya que puso una auténtica inflación del contenido del art. 85.3 ET<sup>13</sup>. De manera que el repertorio de la cuestiones que obligadamente debían figurar en el contenido del convenio así como, en algunos casos, la forma en que tenían que hacerlo, constituyeron una verdadera limitación de la autonomía colectiva, obligada a negociar forzosamente sobre una serie de materias y a incluirlas, también forzosamente, en el contenido del convenio. Y ello pese a que el art. 85.3 ET se encabezara (y aún se encabeza) con una, podría decirse que irónica, proclamación de la libertad de contratación de las partes; las que, siendo en teoría libres para establecer un contenido u otro del convenio colectivo, finalmente estaban constreñidas a incluir en el mismo un largo repertorio de materias y procedimientos.

<sup>13</sup> Sobre estas cuestiones, J.M. Goerlich Peset. “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad”, en *La reforma de la negociación colectiva*, cit. pp. 104-118; también Mercader Uguina, “La reforma de la negociación colectiva...”, cit. pp. 377-379.

Esta extensa, y criticable, versión del art. 85.3 ET ha resultado fuertemente modificada por el RDL 3/2012 el cual ha hecho retornar al art. 85.3 ET a una versión más reducida y escueta, semejante a la que ya existía con anterioridad al RDL 10/2010. Seguramente porque la pretensión de obligar a las partes a incluir contenidos, y la manera de hacerlos, en el convenio colectivo, forzando la autonomía colectiva, se ha manifestado poco efectiva; tanto por las dudas de constitucionalidad como por la propia resistencia de los negociadores, frecuentes incumplidores de algunas de las exigencias del art. 85.3 ET y por la ausencia de sanción legal para esos incumplimientos.

De forma que el legislador ha preferido en muchas cuestiones optar por la imposición directa de un mandato normativo buscando la solución en la norma legal y no tanto en la propia autonomía colectiva; como ha sucedido, por ejemplo, en relación con los arbitrajes como medio de solución efectiva de las discrepancias. De esta forma se ha pasado en este campo de un dirigismo estatal mediato de los procesos de negociación (tratando de forzar a las partes a adoptar decisiones orientadas en una cierta dirección) a un diseño estatal directo e imperativo de esos procesos. Lo que no impide que sigan subsistiendo dudas acerca de esa intervención estatal tan determinante y que condiciona tan fuertemente el modo en que debe hacerse uso de la autonomía colectiva por las partes sociales, aunque ahora ya no lo haga intentando controlar el contenido de los convenios colectivos.

Volviendo al art. 85.3 ET en la versión del RDL 7/2011, este artículo estaba integrado por una amplia serie de apartados (del a al i), algunos de los cuales estaba dividido a su vez en subapartados, como sucede con los apartados h (con cuatro subapartados) e i (con dos subapartados). Algo que el RDL 3/2012 ha eliminado volviendo a un contenido más clásico y habitual, con sólo cinco apartados. Pues bien, haciendo un análisis del art 85.3 ET en la versión del RDL 7/2011, y comparándola con la actualmente vigente debida al RDL 3/2012, pueden hacerse las siguientes observaciones:

#### *4.2.1. Los contenidos obligatorios clásicos*

Los dos primeros apartados del art. 85.3 ET que pueden considerarse clásicos son los referidos a la identificación de las partes y a la fijación de los ámbitos personal, funcional, territorial y temporal (letras a y b). Son apartados inevitables para la identificación del convenio y, lógicamente, no han sufrido ningún cambio en el proceso de reformas, manteniéndose sin alteración.

Otro apartado clásico es el relativo a la exigencia de que en el convenio consten la forma y condiciones de denuncia del convenio y su plazo de preaviso (letra d). En este punto, el RDL 7/2011 añadió que, salvo pacto en contra, se entendía que ese plazo mínimo era de tres meses antes de finalizar su vigencia. No se entiende bien la razón de este añadido ya, al suplir a las partes a la hora

de fijar el plazo de preaviso fijando uno relativamente amplio, podía ser considerada una medida favorable a la prórroga automática u ordinaria anual del convenio. Salvo que ese sea precisamente el objetivo y la apuesta lo fuera por la continuidad del convenio. En todo caso, el añadido ha desaparecido del art. 85.3 ET por obra del RDL 3/2011 que ha vuelto a la versión más tradicional y consolidada. De modo que el plazo de preaviso será el que fijen las partes, y, de no hacerlo, se entenderá que el convenio puede denunciarse en cualquier momento antes del fin de su vigencia. En cualquier caso, hay que hacer notar la escasa relevancia práctica del plazo de preaviso cuyo incumplimiento no impide desde luego a las partes iniciar las negociaciones en cualquier momento, aunque tenga influencia sobre el deber de negociar de quien no ha ejercitado la facultad de denuncia.

#### *4.2.2. La comisión paritaria del convenio y sus competencias como contenido obligatorio*

No es ninguna incongruencia que la comisión paritaria, como órgano de gestión, interpretación y aplicación del convenio, aparezca como un contenido obligatorio, e incluso necesario, del convenio colectivo estableciéndose tanto su composición, que obviamente ha de ser representativa de las partes negociadoras, así como las competencias que el convenio mismo le atribuye. Sin que se pretendiera imponer al convenio que le asignara determinadas competencias a dicha comisión paritaria, siendo decisión de las partes el conferirle más o menos facultades y dotarla o no de otras capacidades de decisión. El RDL 7/2011 pretendió alterar esta regla, mediante un amplio apartado (la letra h) con la pretensión de imponer a los sujetos negociadores de un convenio que incluyeran en el mismo una serie de competencias y modos de actuar de la comisión paritaria. Por su parte, el RDL 3/2012, seguramente tomando nota de la inutilidad de esa pretensión del RDL 7/2011, ha vuelto a una versión de la presencia de la comisión paritaria en el contenido obligatorio del convenio mucho más contenida, como ahora se verá.

Pues bien, el RDL 7/2011 (art. 85.3, h ET), en el intento de fijar normativamente las competencias de la comisión paritaria, se concentró en potenciar el papel de esta comisión como instancia de solución de las controversias que podía afectar al convenio colectivo para lo que atribuyó tres niveles de intervención.

En primer lugar, el tradicional de instancia de interpretación y de aplicación del propio convenio colectivo en sintonía con el art. 91 ET que el propio RDL 7/2011 reformó cambiando la imprecisa referencia a estas competencias que consistía en afirmar, defendiendo más bien el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial, que el ejercicio de las competencias de interpretación y de aplicación del convenio que la comisión paritaria tuviera atribuidas,

sin especificar cuáles, no impedía el recurso a la jurisdicción social (versión del art. 91.1 ET antes del RDL 7/2011). El RDL 7/2011, al reformar el art. 91.1 ET cambió esta preocupación por defender el acceso a la tutela judicial por la de potenciar el papel de las comisiones paritarias, por lo que su dicción se altera, afirmando (y esta versión no ha sido alterada por el RDL 3/2012) que *“sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación de e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos”*.

De manera que, conforme al art. 91.1 ET, la comisión paritaria es, por imperativo legal y al margen de lo que dispongan las partes, la competente, como instancia previa al acceso a la jurisdicción, para solventar las cuestiones referidas a la interpretación y aplicación del convenio. Mucho más si se tienen en cuenta los nuevos apartados del art. 91, incluidos por el RDL 7/2011: la comisión paritaria deberá intervenir, en materia de interpretación y aplicación del convenio, con carácter previo al planteamiento formal del conflicto incluso ante instancias no jurisdiccionales de solución (apartado 3); las resoluciones de la comisión paritaria en este punto tendrán el valor del convenio colectivo al que interpretan o aplican (apartado 4). Teniendo en cuenta lo anterior, el intento de que el convenio contenga, como contenido obligatorio, una asignación de competencias de este tipo a la comisión paritaria era perfectamente superfluo, salvo para precisarlas o incrementarlas en algún sentido. Conforme al art. 91.1 ET, la comisión paritaria tendrá siempre esa competencia, se la atribuya o no el convenio colectivo. Un apartado, pues, el h), 1º del art. 85.3 ET, meramente reiterativo que ha desaparecido en la versión del RDL 3/2012.

En segundo lugar, (letra h), 2º del art. 85.3 ET, el RDL 7/2011 forzaba a incluir, como contenido obligatorio del convenio, la atribución a la comisión paritaria de las competencias de desarrollo de las *“funciones de adaptación, y, en su caso, de modificación del convenio durante su vigencia”*. Este punto era totalmente novedoso en la dicción del art. 85.3 ET aunque venía a recoger una práctica habitual de las comisiones paritarias (la de adaptación del convenio), añadiéndole la de modificación. Si bien, recogiendo una consolidada opinión jurisprudencial, para el ejercicio de tal función modificadora del convenio (una especie de renegociación del mismo), la comisión paritaria no podía ser por sí sola competente, exigiéndose que se integraran en la misma los sujetos legitimados para la negociación en los términos del art. 87 y 88 ET como condición para que los acuerdos de la comisión tuvieran eficacia general. En definitiva, el RDL 7/2011 distinguía la adaptación de la modificación del convenio, desplazando en verdad ésta al ámbito de los requisitos generales de la negociación de forma que la competente no era en sí misma la comisión paritaria. En este punto, la referencia del art. 85.3, h) 2º ET era igualmente innecesaria por la

preferencia inevitable de los requisitos de los arts. 87 y 88 ET. En cuanto a la adaptación del convenio, el respeto a las decisiones de los negociadores (quienes podrían no considerar oportuno atribuir esta competencia a la comisión paritaria) dejaba paso a la insistente pretensión de conferir un papel protagonista a la comisión paritaria en la gestión del convenio colectivo aun a pesar de la voluntad de los firmantes del convenio. Tras el RDL 3/2012 este apartado ha sido suprimido, igualmente por poco operativo.

El tercer nivel de intervención de la comisión paritaria, que el RDL 7/2011 trataba de incentivar, se organizaba como la obligatoriedad de que el convenio colectivo incluyera en su articulado la asignación a la comisión paritaria de las funciones de solución de las discrepancias en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (anterior art. 41.6 ET) o de descuelgue salarial (art. 82.3 ET); procedimientos, como se ha visto, separados hasta el RDL 3/2012 que los ha unificado en un sólo procedimiento de descuelgue genérico (actual art. 82.3 ET).

Que el convenio debía tener, como contenido obligatorio, los términos y procedimientos a través de los cuales solventar estos conflictos no es algo nuevo ya que estaba en la versión anterior al RDL 10/2010, cuando el art. 85.3, c) ET cuando así lo exigía en relación con el descuelgue salarial (un contenido importante, como se vio antes, expresivo de un control por parte del convenio superior de los casos de descuelgue empresarial que ya no existe desde el RDL 10/2010). Esta última norma, a partir de la posibilidad del descuelgue salarial directo que permitió (y que ha seguido vigente) a través de la versión reformada del art. 82.3 ET, cambió la referencia a este contenido obligatorio, sustituyéndola por la exigencia de que en el convenio figuraran los procedimientos para resolver las discrepancias que pudieran surgir (entre empresa y representantes de los trabajadores) en la negociación del descuelgue salarial, sin especificar a quién venía atribuida esa competencia.

Algo semejante a lo que hizo la Ley 35/2010 al volver a reformar el apartado c) del art. 85.3 ET obligando al convenio a incluir esos procedimientos pero ahora no sólo para solucionar las discrepancias en la negociación del descuelgue salarial sino también en la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo. Una versión, la de la Ley 35/2010, que ni el RDL 7/2011 ni el RDL 3/2012 han alterado, salvo, en este último caso, en lo que hace al cambio técnico obligado derivado de la creación del procedimiento de descuelgue genérico en el que confluyen ahora tanto el descuelgue salarial como la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo; de forma que el actual art. 85.3, c) ET sólo menciona al art. 82.3 ET y no, como antes, al art. 41.6 ET. En todo caso, hay que recalcar que ninguna de las normas anteriores, y tampoco el RDL 3/2012, indican qué procedimientos deben articularse ni cómo solucionar esas controversias, salvo el insistente recordatorio de que debe ser de forma efectiva, sin mayor preci-

sión. Un mandato que puede considerarse, en general, poco impositivo sobre la decisión de las partes negociadoras.

Pues bien, en este punto, lo que pretendió el RDL 7/2011 (art. 85.3, h) 3º ET) fue, sin alterar la imprecisión, respetuosa de la autonomía colectiva, acerca de los procedimientos de solución de las controversias, el atribuir esa competencia a la comisión paritaria, incluso añadiéndole una nueva como es la de intervenir (como “*se acuerde*”, es decir, sin precisar tampoco ni la forma ni el alcance de esa intervención) en esos procesos de modificación o de descuelgue cuando no hay representación legal de los trabajadores (art. 85.3, h) 4º ET). Una hipótesis que ya había sido resuelta por el RDL 10/2010 y por la Ley 35/2012 (lo que se ha mantenido hasta ahora por el mismo RDL 7/2011 y por el RDL 3/2012) mediante la creación de una representación ad hoc regulada por el art. 41.4 ET. La imprecisión de todas estas exigencias al contenido obligatorio del convenio dejaba, como es obvio, un amplio campo para la decisión de los negociadores del convenio que tanto podrían fijar el procedimiento, regularlo completamente y atribuir a la comisión paritaria el máximo de competencias, incluso decisorias, como incluir una mención escueta, poco desarrollada y donde las competencias atribuidas a la comisión paritaria no fuera de relieve. Al no vulnerar ninguna de estas alternativas la exigencia legal, tanto el número 3º como el 4º del art. 85.3 ET se revelaban como muy poco eficaces. Por este motivo, ambos apartados también desaparecen por obra del RDL 3/2012.

#### *4.2.3. La solución de las discrepancias dentro de la comisión paritaria como factor de la efectividad de su intervención*

Una de las preocupaciones recurrentes del legislador en todas las reformas que se están analizando es la de lograr que las instancias de solución de los conflictos o controversias actúen de manera efectiva; lo que, en el sentido de la ley, es conseguir que exista un acuerdo entre empresa y trabajadores (para lo que sirve la mediación), o, alternativamente, una resolución arbitral de alguna instancia u órgano que, de forma supletoria, resuelva dicho conflicto de forma obligatoria. Sin que se considere una solución el que, sencillamente, no se llegue a un acuerdo o, en su caso, a un laudo.

Se trata de una preocupación irrelevante cuando el conflicto es de interpretación y de aplicación del convenio ya que, siendo un conflicto jurídico y siendo necesario articular alguna respuesta, siempre podrá encontrar una solución a través de la vía judicial (art 91 ET, en cualquiera de sus versiones pero más evidentemente a partir del RDL 7/2011 y aún en vigor). Pero es de mayor calado cuando de lo que se trata es de resolver un conflicto de intereses o de negociación, donde la intervención no querida de un tercero siempre será considerada, y no puede ser de otra forma, como un atentado a la autonomía colectiva. Este es el problema que se plantea con los conflictos en torno al descuelgue genérico que, si atribuidos al conocimiento de la comisión paritaria

por el convenio colectivo (algo que no está garantizado y menos en la versión actual del art. 85.3 ET tras el RDL 3/2012), pueden encallarse en la comisión paritaria por falta de acuerdo en la misma.

Pues bien, lo que el RDL 7/2011 pretendió con el párrafo último del art. 85.3, h) ET fue forzar a que los conflictos planteados ante la comisión paritaria (a la que, a su vez, atribuía competencia de conocimiento como se ha visto) encontraran una solución que no fuera sólo la imposibilidad del descuelgue o de la modificación de condiciones establecidas en el convenio colectivo, por carencia de acuerdo en la propia comisión paritaria. Con esta finalidad, el RDL 7/2011, con un lenguaje imperativo para los sujetos negociadores, obligaba a incluir, como contenido obligatorio, los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria (y añadía enfáticamente “*para garantizar la rapidez y efectividad de la misma y la salvaguardia de los derechos afectados*”), insistiendo en que, en particular, el convenio debía incorporar “*los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias en el seno de dicha comisión*”, incluyendo la posibilidad de someter la cuestión a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos establecidos por los acuerdos interprofesionales del art. 83 ET.

Verdaderamente poco hay de impositivo en esta regla legal que el RDL 3/2012 ha conservado (actual art. 85.3, e) ET) eliminando declaraciones superfluas y poniendo en evidencia que el contenido obligatorio del convenio en este punto deja un amplio margen a los negociadores los cuales podrán establecer el procedimiento y los plazos que estimen pertinentes y decidir su sometimiento no a los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos y con qué alcance. Lo que se conecta con la posibilidad, que el art. 85.3, c) ET no impone, del arbitraje que, además, es habitualmente configurado como voluntario en esos procedimientos de solución extrajudicial. En consecuencia, la inefectividad del mandato legal y del intento de potenciar, a través del contenido obligatorio del convenio, el papel de la comisión paritaria ha hecho que el RDL 3/2012 cabe suprimiendo prácticamente todo el anterior apartado h) del art. 85.3 ET. En lo que, sin duda, ha tenido impacto el que el RDL 3/2012 haya impuesto el arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (o de los órganos autonómicos semejantes) para solventar las discrepancias en torno al descuelgue genérico; de forma que ni ese contenido obligatorio que pretendía el RDL 7/2011 es ya necesario y tampoco es ya tan relevante que la comisión paritaria sea el órgano de solución efectiva de las mismas.

#### *4.2.4. El contenido obligatorio del convenio colectivo relacionado con la dinámica de la negociación*

Esta es una materia que tiene obviamente que ver con la dinámica de la negociación colectiva (que el RDL 7/2011 trata de favorecer en vistas a la sus-

cripción del nuevo convenio) y con las situaciones de fracaso de la negociación y de prórroga de la vigencia del convenio colectivo reguladas por el art. 86 ET (y antes del RDL 3/2012, también por el art. 89 ET). Así, el RDL 7/2011 forzaba al convenio a incluir, como contenido obligatorio, la fijación de un plazo máximo para el inicio de la negociación de un nuevo convenio tras su denuncia, determinando que, en ausencia de esta previsión, el plazo máximo sería el fijado en el art. 89.2 ET que también reformó obligando directamente a iniciar las negociaciones constituyendo la comisión negociadora (en defecto de pacto) en un plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación de la denuncia; y a responder a la propuesta de negociación y a fijar un calendario o plan de negociación y a iniciarla en el plazo máximo de quince días desde la constitución de la comisión negociadora.

El RDL 3/2012, al dejar prácticamente intacto el art. 89.2 ET hace superflua la negociación obligada de esta cuestión por parte del convenio colectivo ya que convierte al art. 89.2 ET en una regla supletoria que entrará en vigor si las partes nada acuerdan al respecto. Se rescata así en este tema la función supletoria de la ley, mucho más respetuosa de la autonomía colectiva ya que sólo rige en defecto de pacto en otro sentido. Por esta razón, el RDL 3/2012 ha suprimido la letra e) del art. 85.3 ET. A este respecto, el art. 89.2 ET (en la versión del RDL 3/2012) se limita a fijar que la constitución de la comisión negociadora debe tener lugar en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación y que las partes deben fijar un calendario o plan de negociación, pero ha eliminado la exigencia de que, en quince días, deba iniciarse la actividad negociadora. Lo superfluo e inefectivo de este mandato ha abogado sin duda por su supresión.

El RDL 7/2011 también recogía en el art. 85.3, f) ET la obligación de que el convenio colectivo contuviera la fijación de un plazo máximo para la negociación del convenio en razón de la duración del convenio anterior, imponiendo, en defecto de pacto al respecto, una duración máxima de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior fuera inferior a dos años o de catorce meses en los demás convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia original. Sin embargo, la propia previsión de una regla legal alternativa que también se contenía en el art. 89.2, último párrafo ET, hacía poco imperativa la exigencia de que esta cuestión formara parte del contenido obligatorio del convenio ya que la propia norma legal preveía que ese contenido no sea acordado. Por esta razón, el apartado f) del art. 85.3 ET también podía considerarse superfluo. El RDL 3/2012, finalmente, ha suprimido también este apartado pero igualmente ha suprimido último párrafo del art. 89.2 ET donde se fijaban estos plazos máximos de negociación que ahora carecen ya de respaldo legal. Las dudas acerca de la operatividad de esta regla de plazos con el mantenimiento, no obstante, de la ultraactividad del convenio (último párrafo del art. 86.3 ET,

también suprimido por el RDL 3/2012) ha conducido a otra forma de condicionar la negociación colectiva, como se verá en el apartado siguiente.

Por último, el RDL 7/2011 también incluyó un nuevo apartado (la letra g) en el art. 85.3 ET forzando a los sujetos negociadores del convenio a someterse a los procedimientos, estatal o autonómicos, de solución extrajudicial de los conflictos con la finalidad de solventar (otra vez “*de manera efectiva*”) las discrepancias existentes tras la finalización del plazo máximo de negociación del convenio sin llegarse a un acuerdo. En este punto sí que el RDL 7/2011 es algo más impositivo. No tanto en cuanto a lograr la solución efectiva de la controversia ya que dependerá de cada uno de los sistemas de solución extrajudicial y de la forma cómo establezcan el recurso a la mediación y/o al arbitraje y si éste será voluntario u obligatorio; pero sí en el hecho de que se sustraía a las partes la facultad de decidir si adherirse o no a esos procedimientos cuando no fueran de aplicación directa. En definitiva, lo que el RDL 7/2011 pretendió fue hacer que, en todo caso, fuera obligatorio someterse a esos procedimientos extrajudiciales, se hubieran o no formulado como de seguimiento forzoso (sin necesidad, pues, de adhesión individualizada); algo que está en la mano de los firmantes de los acuerdos interprofesionales y que, a veces (aunque en menor medida en tiempos recientes), han preferido no imponerlos como obligatorios, pudiendo desde luego hacerlo.

También esta letra g) del art. 85.3 ET ha sido suprimida por el RDL 3/2012 remitiéndose a la regulación contenida en el art. 86.3 ET que pretende forzar ahora, con el alcance que se verá, a los propios acuerdos interprofesionales. En definitiva, el RDL 3/2012 ha descargado también el contenido obligatorio del convenio colectivo, confiando en este caso en la imposición legal directa de una dinámica negociadora orientada a conseguir el acuerdo en un plazo que se considera razonable.

#### *4.2.5. Otros contenidos obligatorios del convenio colectivo*

Para finalizar con el art. 85.3 ET hay que recordar que el RDL 7/2011 también incluyó un último apartado (la letra i) en relación con las medidas para favorecer la flexibilidad interna. Se trataba de la obligación de establecer un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo susceptible de distribución irregular a lo largo del año y de los procedimientos y periodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa. Ambos apartados han sido suprimidos por el RDL 3/2012 sin que esto quiera decir que no hay regulación alguna al respecto. Así, y dejando obviamente abierta la posibilidad de que las partes negocien esa distribución irregular, la nueva versión del art. 34.2 ET, respetando expresamente esa competencia del convenio, impone que, en defecto de pacto el porcentaje de distribución irregular de la jornada será de un cinco por ciento. Algo semejante a lo que sostenía el desaparecido apartado

1º de la letra i) del art. 85.3 ET revelando con ello lo inadecuado y superfluo de insertarlo en el contenido obligatorio del convenio, siendo así que la propia norma prevé que ese contenido no figure siquiera. Sin duda que ese porcentaje mínimo garantizado u obligado en defecto de pacto condicionará la negociación de esta materia pero se formula ahora como una opción normativa a favor de la flexibilidad que respeta siempre lo que el convenio tenga a bien disponer al respecto. Algo semejante puede decirse de la exigencia de que el convenio establezca los procedimientos y los plazos para la movilidad funcional, lo que el convenio siempre podrá hacer, pero en relación con lo cual el art. 39 ET (en la versión dada por el RDL 3/2012) ofrece una regulación supletoria de mínimos.

## **5. LA REGULACIÓN DE LA NEGOCIACION, DE LA VIGENCIA Y DE LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONVENIO**

Se trata de una materia que no fue abordada ni por el RDL 10/2010 ni por la Ley 35/2010, produciéndose, en cambio, importantes reformas por obra del RDL 7/2011<sup>14</sup>, en concreto a través de los arts. 86.3, 89.2 y de la Disposición adicional primera; siendo algo sobre lo que el RDL 3/2012 ha vuelto, modificando a su vez el art. 86.3 ET, y, de forma importante el art. 89.2 ET. Pues bien, entre las finalidades del RDL 7/2011 encontraba sin duda la de dinamizar el proceso de negociación colectiva imponiendo una serie de plazos (tanto mediante la reforma del art. 85.3 ET o, como se ha visto, alterando el contenido del art. 89.2 ET) y, sobre todo, actuando (con lo que respondía a una demanda empresarial reiterada e insistente) sobre el régimen jurídico de la prórroga del convenio en los casos de fracaso de las negociaciones para su renovación (la habitualmente llamada ultraactividad).

En cuanto a la dinamización de los plazos de negociación, el RDL 7/2011, más que forzando a las partes a regular estas materias a través del contenido obligatorio (art. 85.3 ET) sino estableciendo reglas supletorias en defecto de acuerdo (art. 89.2 ET), imponía una cierta cadencia a la negociación colectiva. Así, la pretensión negociadora de una de las partes, normalmente simultánea a la denuncia del convenio, debía ser acogida por la otra parte constituyendo la comisión negociadora en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de esa comunicación; y constituida la comisión negociadora del convenio, ambas partes debían fijar un calendario de negociación e iniciarla en el plazo máximo de quince días.

Con ello el RDL 7/2011 pretendía evitar las demoras injustificadas y el retraso en el inicio de las negociaciones, obligando (siempre en defecto de

<sup>14</sup> Ver al respecto Goerlich Peset, cit. pp. 118-125

acuerdo) que la comisión negociadora iniciara sus trabajos incluso antes del fin de la propia vigencia del convenio colectivo denunciado; basta para llegar a esta conclusión comparar los plazos habituales de preaviso para la denuncia del convenio (no raramente superiores al mes) con los que el art 89.2 ET fijaba, en defecto de acuerdo, para iniciar las negociaciones (un mes para constituir la comisión negociadora y quince días para iniciar las negociaciones). Sin duda alguna que este inicio anticipado (contrario a lo que han venido siendo las prácticas habituales de renovación de los convenios colectivos) estaba incentivado por la duración máxima de la negociación fijada por el art 89.2 ET (y también, como se ha visto, como contenido obligatorio según el anterior art. 85.3 ET). Por lo que normalmente será interés de las partes iniciar cuanto antes la negociación para no verse constreñidos por la limitación máxima del periodo de negociación que establecía el art. 89.2 ET. En la medida en que se respeta lo que pueda pactarse como regla preferente a la legal, lo establecido en el art. 89.2 ET no podía ser discutido. La reforma del art. 89.2 ET por obra del RDL 3/2012 no altera estas conclusiones ya que, en esta materia, lo que ahora se establece es que la comisión paritaria habrá de constituirse, hay que entender que siempre en defecto de pacto, en el plazo de un mes y programar la negociación, habiendo desaparecido, por superflua y poco práctica, la exigencia de que la negociación se iniciara en el plazo de quince días desde la constitución de la comisión negociadora.

### **5.1. La duración máxima del proceso de negociación**

Otra cosa es la fijación de un tiempo máximo de negociación del convenio, establecida con la finalidad de evitar procesos de negociación interminables y excesivamente demorados, dando origen a la indeseada prórroga extraordinaria del convenio o a su ultraactividad (art. 86.3 ET). En esta línea, el art. 89.2 ET (no tanto el art. 85.3 ET que también hacía referencia a ello) fijaba que, en defecto de pacto, el plazo máximo para la negociación de un convenio colectivo sería de ocho meses si la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años, o de catorce meses en los demás casos, contados desde la fecha, no de inicio de las negociaciones sino de finalización de la vigencia ordinaria. Varias cuestiones se suscitaban al respecto.

En primer lugar, la justificación de la duración de los plazos. Puede ser que la fijación de ocho meses como tiempo máximo de negociación haya tomado como referencia, además de su propia razonabilidad, la duración media habitual de los procesos de negociación para la revisión de un convenio colectivo, por lo que, a estos efectos, una duración máxima de catorce meses, respecto de la renovación de un convenio con una duración superior a los dos años, parecía excesiva. Y tampoco se entiende por qué razón esa duración máxima debía de-

pender de la propia duración del convenio denunciado ya que las dificultades y obstáculos para llegar a un acuerdo pueden ser los mismos con independencia de la duración del convenio previo puesto que dependerán más de las circunstancias de la negociación, del tipo y alcance de la revisión que se pretende o, incluso, de la propia duración que se quiera imponer al futuro convenio. En todo caso, esas eran las duraciones máximas que debían ser respetadas, produciéndose determinadas consecuencias de haberlas agotado sin llegar a un acuerdo, como se verá ahora.

En segundo lugar, el instrumento para pactar la duración máxima del proceso de negociación (lo que era posible a tenor del art. 89.2 ET), en cuyo caso debía regir ésta y no la legal, eran, en primer lugar, los acuerdos interprofesionales, nacional o autonómicos. Pero, en defecto de éstos, cabría preguntarse si es el propio convenio colectivo a renovar el que podría establecer esos plazos máximos; lo que, siendo un tanto complejo desde el punto de vista técnico, no podía ser descartado. La complejidad técnica de esta opción reside en la duda que se suscita acerca de si el convenio anterior podría introducir una previsión reguladora que tiene su mayor eficacia una vez se ha agotado el tiempo de vigencia porque es el momento en que se desarrolla la mayor parte de la negociación. Descartando el que pudiera tratarse de una cláusula obligacional que no podría imponerse al valor normativo de la regla supletoria del art. 89.2 ET (en la versión del RDL 7/2011), la única posibilidad sería entender que se trataría de un contenido normativo cuya proyección natural era acompañar al convenio prorrogado mientras durara la negociación. Y para ello el art. 86.3, primer párrafo, ET, al atribuir a las partes la capacidad de fijar la vigencia del convenio en los términos en que se pacten, permitía acoger este tipo de cláusulas.

En tercer lugar, la fijación de los plazos máximos de negociación parecía referirse sólo a los casos de renovación de un convenio denunciado y no cuando lo que se pretendía es negociar un convenio nuevo para el ámbito de que se tratara. Toda la regulación en esta materia parte de esta hipótesis, evidenciándolo de forma clara el art. 89.2 ET que requería, para fijar la duración máxima de los plazos de negociación, que existiera un convenio anterior cuya propia duración determinara el plazo de la negociación. Sin duda que la preocupación legal no era tanto la de imponer tiempos de negociación limitados sino, fundamentalmente, poner límites a las situaciones de ultraactividad de los convenios vencidos como puede comprobarse, de nuevo, en el art. 86.3 ET, en cualquiera de sus dos versiones (la del RDL 7/2011 y la del RDL 3/2012). En consecuencia, los procesos de negociación iniciales que no partían de un convenio anterior denunciado no estaban limitados temporalmente, no aplicándoseles ni el art. 86.3 y el art. 89.2, ambos del ET, en la versión del RDL 7/2011.

Toda esta cuestión ha sido profundamente modificada por el nuevo art. 89.2 ET, el cual (junto con la supresión del apartado f) del art. 85.3 ET) ha eli-

minado los plazos máximos de negociación del convenio colectivo por lo que hay que entender que el único límite temporal ahora es el de dos años como máximo introducido por el RDL 3/2012 al reformar el art. 86.3 ET.

## 5.2. La vigencia y la ultraactividad del convenio denunciado<sup>15</sup>

Se regula por el art. 86.3 ET, que ha sido reformado tanto por el RDL 7/2011 como por el RDL 3/2012, cuya contribución, no obstante, se limita a añadir un cuarto párrafo pero de importancia trascendental, en conexión con la eliminación de los plazos máximos de negociación antes fijados por el art. 89.2 ET y ahora eliminados.

En cuanto a la versión introducida por el RDL 7/2011, vino a transformar la regulación contenida hasta ese momento en el art. 86.3 ET, que ni siquiera fue modificado por el RDL 10/2011 y la Ley 35/2010. Esta primitiva regulación, como se recordará, se caracterizaba porque, tras la denuncia de un convenio, y hasta tanto no se lograra un acuerdo expreso (tanto de renovación del convenio como de otro tipo), el convenio colectivo quedaba prorrogado en su parte normativa; y, además, porque la prórroga de vigencia de la parte normativa se producía en los términos pactados por las partes, si bien, de no hacerlo así, la prórroga era indefinida mientras no se hubiera negociado otro convenio o no se hubiera pactado alguna cosa al respecto. Esto es, la situación típica de ultraactividad.

El primer intento de corregir esta regulación frenando de alguna forma la ultraactividad se produjo a través del RDL 7/2011, modificando el apartado 3 del art. 86 ET e incluyendo una serie de reglas al respecto. Según este artículo la vigencia de un convenio colectivo denunciado y terminada su duración pactada sería posible (y aún lo es porque el RDL 3/2012 no ha alterado este mandato) en los términos en que las partes lo negocien. Para lo cual el art. 86.3 ET atribuye expresamente a las partes (no hubiera sido necesario por ser una evidente competencia de la autonomía colectiva) la capacidad de gestionar el tiempo de prórroga del convenio adoptando acuerdos provisionales de modificación parcial o de prórroga para adaptar el contenido del convenio prorrogado a las circunstancias y actividades del sector o de la empresa a desarrollar precisamente durante la prórroga. Ninguna innovación relevante en negociaciones que, por ejemplo, suelen acordar el abono de anticipos provisionales del salario a cargo de los posibles futuros incrementos que se pacten.

Además, el art. 86.3, segundo párrafo, ET precisa (algo que, de nuevo, puede considerarse innecesario aunque es una precisión no superflua) que los

<sup>15</sup> González Ortega, S. “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, 76/2004, pp. 135 y ss.

compromisos obligacionales de renuncia a la huelga durante la vigencia del convenio decaerán tras la denuncia del convenio aunque tras ésta todavía, como es normal, el convenio conserve su vigencia hasta su finalización algún tiempo después. Una previsión normal ya que es precisamente en esos periodos de negociación donde el recurso a la huelga se revela como uno de los instrumentos legítimos de presión al empresario y carecería de sentido impedir su uso cuando ya el convenio ha sido denunciado y la negociación ha comenzado. Tampoco esta cuestión ha sido modificada por el RDL 3/2012.

EL RDL 7/2011 también incluyó un tercer párrafo en el art. 86.3 ET, igualmente conservado por el RDL 3/2012. Con él se pretende aplicar todos los procedimientos posibles para lograr el acuerdo de sustitución del convenio anterior y para ello se determina lo siguiente: a) Que los acuerdos interprofesionales, estatal o autonómicos, deberán establecer los procedimientos, de aplicación general y directa (esto es, sin necesidad de adhesión individualizada por el convenio afectado), que tienen como finalidad solventar, de manera efectiva (de nuevo el uso de un adjetivo que manifiesta una intención clara de poner fin al proceso negociador aunque su articulación final no conduzca, como ahora se verá, a ese resultado necesariamente), los desacuerdos definitivos generados durante el proceso de renovación del convenio; b) Esos procedimientos pueden incluir, si así se pacta en los acuerdos interprofesionales, el compromiso previo de las partes de someterse a un arbitraje, en el sentido de que dicho consentimiento puede establecerse como dado o innecesario al obligar el acuerdo interprofesional (un instrumento clave de organización de la autonomía colectiva) a someterse a las partes a la decisión de un árbitro, organizando la propia autonomía colectiva, aquí si de manera efectiva, la solución de las controversias en el proceso de negociación; c) En todo caso, el art. 86.3, tercer párrafo, ET da libertad a los acuerdos interprofesionales para que fijen las características del arbitraje y si éste es voluntario u obligatorio; intentado forzar el ET la voluntad de las partes, de una forma bastante discutible, al derivar la obligatoriedad del arbitraje de la mera ausencia de pronunciamiento por parte del acuerdo interprofesional al respecto ya que, si no lo hace, el art. 86.3 ET presume que el arbitraje es obligatorio; d) Por supuesto que el laudo arbitral, de tener lugar, tiene la misma eficacia jurídica que el convenio colectivo, siendo recurrible sólo por el procedimiento y los limitados motivos contemplados en el art. 91 ET.

Como es evidente, lo anterior no necesariamente pone fin al proceso negociador ya que dependerá de lo que establezcan los acuerdos interprofesionales a los que se daba, y puede considerarse un mandato subsistente, un plazo hasta el 30 de junio de 2012 para adaptar los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos a las nuevas exigencias del ET (Disposición adicional primera, número 1, del RDL 7/2011). En consecuencia, puede suceder que, pese a todo, las divergencias en el proceso de renovación del convenio se mantengan sin que puedan encontrar una solución “efectiva”. Para afrontar esta situación, el

art. 86.3 último párrafo, ET, en la versión dada por el RDL 7/2011 establecía que, en defecto de pacto entre las partes, habiendo transcurrido el plazo máximo de negociación (los ocho o los catorce meses, según los casos), no habiéndose sometido las partes a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, o haciéndolo, estos sistemas no hayan proporcionado la solución efectiva (que no es otra que la suscripción del nuevo convenio), “*se mantendrá la vigencia del convenio colectivo*”. De modo que el RDL 7/2011 no eliminó la ultraactividad del convenio sino que sólo que intentó forzar el acuerdo de las partes, respetando al máximo la autonomía colectiva.

Pero esta neutralidad activa del RDL 7/2011, que aparentemente dejaba intacta la ultraactividad, se rompía, aunque fuera con una aparente vocación de temporalidad o provisionalidad vinculada al plazo dado a los acuerdos interprofesionales para adaptar su contenido a las reformas del ET en materia de negociación colectiva en la Disposición adicional primera RDL 7/2011. En efecto, de un modo que ha sido ampliamente criticado por cuanto no se entiende que la provisionalidad de la regulación justifique la imposición legal de un arbitraje obligatorio, la Disposición adicional primera RDL 7/2011 establecía que, mientras esa adaptación tuviera lugar (lo que, paradójicamente, podría ser en el sentido de no imponer el arbitraje como obligatorio), agotado el tiempo de negociación, “*las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje*”, sin duda obligatorio aunque no se precisara a quien correspondía ejercitar esa facultad arbitral. Por cierto que, si bien se piensa, si se acepta, como no puede ser de otra forma, que los acuerdos interprofesionales de adaptación podrían haber rechazado el arbitraje obligatorio, el arbitraje obligatorio del RDL 7/2011 sólo habría tenido el tiempo de aplicación entre la aprobación del RDL 7/2011 y la reforma de tales acuerdos; de manera que la obligatoriedad del arbitraje no dependía al fin de circunstancias objetivas sino de algo tan aleatorio como la rapidez de las partes en ponerse de acuerdo en cuanto al nuevo contenido adaptado de los acuerdos interprofesionales.

En todo caso, el RDL 3/2012 ha incidido precisamente en esta cuestión suprimiendo el apartado que se acaba de comentar del art. 86.3 ET y sustituyéndolo por otro en el que se elimina la sospecha de inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio (que desaparece). Pero se establece que, transcurridos dos años desde la denuncia del convenio “*sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral*”, el convenio perderá, todavía salvo pacto en contra, su vigencia de forma definitiva. El RDL 3/2012 no elimina, pues, la ultraactividad, pero la limita a dos años como máximo a partir de la denuncia del convenio. Todo ello siempre que no se pacte otra cosa, y ordenando en este caso que el vacío de regulación dejado por el convenio finalizado se cubrirá por el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación, si lo hubiera. Por cierto que el fin, por tanto, del tiempo de ultraactividad provoca una especie de proceso de centralización de la negociación colectiva en virtud de la absorción de ámbitos más reducidos por otros superiores o más amplios.

La reforma, pues, del RDL 3/2012 ha abandonado la pretensión de fijar plazos de negociación pero permitiendo la ultraactividad del convenio colectivo si, superados todos los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos, no se hubiera logrado proporcionar una solución a la controversia (art. 86.3, último párrafo, ET en la versión del RDL 7/2011) y buscando, mediante una discutible solución transitoria, de imposición de un arbitraje obligatorio (Disposición adicional primera del RDL 7/2011) poner fin a la ultraactividad del convenio. Ahora, tras el RDL 3/2012, ya no existen plazos de negociación ya que la alternativa legal ha sido la de fijar un plazo máximo a la ultraactividad del convenio (dos años desde la denuncia), transcurridos los cuales el convenio dejará de ser aplicable en los términos que se acaban de indicar.

Se trata de una solución que no dejará de suscitar problemas muy importantes de vacíos de regulación ya que, aunque es cierto que, desde la perspectiva de la negociación de un convenio de empresa, lo normal es que exista un convenio colectivo vigente de ámbito superior, no sucede lo mismo con las negociaciones de otros convenios, por ejemplo, de tipo provincial o autonómico. Existen sectores que se organizan con convenios provinciales (sin que exista, por tanto, ningún convenio autonómico o nacional superior) por lo que el fracaso de la renovación del convenio provincial provocará un vacío normativo que la previsión legal no cubre. Lo mismo puede suceder con la negociación de un convenio colectivo autonómico, si no existe un convenio colectivo estatal. Y, desde luego, con la negociación de los convenios nacionales en relación con los cuales no hay convenios de ámbito superior. En todas estas situaciones se abre un interrogante muy significativo y trascendente en relación con qué condiciones de trabajo habrá que aplicar, que el ET no soluciona.

Posiblemente el legislador haya pensado que la amenaza de absorción por el convenio de ámbito superior, perdiendo el nivel de negociación conquistado, o la situación de carencia de regulación con el único posible recurso a los mínimos legales, constituye una presión lo suficientemente significativa como para que las partes lleguen, por sí o con el auxilio de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, a un acuerdo en el plazo global de dos años. Pero es una problemática que se suscitará sin duda, aunque sea necesario esperar algún tiempo para que se produzca; lo suficiente para que, dado el ritmo alcanzado en los últimos años, pueda existir una enésima reforma laboral que sea capaz de encontrar una fórmula para proporcionar una solución eficaz a los conflictos colectivos generados en los procesos de negociación que sea, a su vez, lo suficientemente respetuosa con la autonomía colectiva. Algo que tiene mucho que ver con cuestiones tan esenciales como el propio concepto de autonomía colectiva, su contenido y alcance; con la definición de la relación, constitucionalmente equilibrada entre intervención legal y autonomía colectiva; y con la necesaria y reposada elaboración de la voluntariedad del arbitraje como requisito constitucional de su legitimidad y validez.