

# EL RÉGIMEN DE INAPLICACIÓN Y MODIFICACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

FEDERICO NAVARRO NIETO

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

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Convenio colectivo, inaplicación, régimen jurídico

El art. 82.3 LET se erige en un mecanismo central de descentralización de la negociación y de instrumento de flexibilidad de condiciones de trabajo, particularmente salariales. Esta solución se está demostrando preferente frente a la negociación de convenios de empresa o de revisión de los existentes, y es intensivamente utilizada por las PYMES. El estudio se centra esencialmente en ofrecer un balance de las principales cuestiones que el vigente marco jurídico ha suscitado, la doctrina judicial inmediata a la reforma y el tratamiento de la negociación colectiva en 2013. En el estudio del régimen jurídico resulta de interés el análisis de los grupos societarios y su relevancia a estos efectos e igualmente la introducción de un régimen propio de inaplicación del convenio del personal laboral en las AA.PP. Respecto del régimen causal cabe confirmar que la nueva redacción del art. 82.3 LET no garantiza la plena certidumbre en su interpretación y aplicación por los tribunales. En relación con el procedimiento de negociación se describe y valora una diversidad de cláusulas de convenios de modalización del periodo de consultas y se subraya el acento que pone la doctrina jurisdiccional en la documentación e información que debe aportar la empresa. En cuanto a los procedimientos de solución de discrepancias sobre la inaplicación del convenio se ha prestado particular atención a algunos aspectos normativos de interés del RD 1362/2012 y su aplicación práctica a través de los Expedientes resueltos por dicha Comisión Consultiva. Dos cuestiones se suscitan sobre dicho régimen reglamentario. En primer lugar, el alcance del control que se ejerce mediante la decisión o el laudo, sobre el que ya contamos con doctrina jurisdiccional. En segundo lugar, la posibilidad de decidir en términos diferentes a los previstos normativamente. En este sentido, alguna decisión reciente de la Comisión Consultiva resulta polémica.

## ABSTRACT

**Key Words:** Collective agreement, inapplicability, legal system

Article 82.3 LET stands a central mechanism of decentralization of collective bargaining and, particularly, wage flexibility instrument. This solution is proving preferred against news bargaining process, overall at little and medium company level. The study focuses essentially on providing an assessment of the main issues which the existing legal framework has given rise to, the judicial doctrine of immediate reform and the treatment of collective bargaining in 2013.

**ÍNDICE**

1. POLÍTICAS DEL DERECHO EN EL RÉGIMEN DEL ART. 82.3 LET
2. EL ÁMBITO DEL DESCUELGO EMPRESARIAL: EL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO VIGENTE
3. SUPUESTOS SINGULARES: GRUPOS SOCIETARIOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
4. MATERIAS OBJETO DE INAPLICACIÓN
5. LAS CAUSAS JUSTIFICADORAS DE LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL
6. EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTAS
  - 6.1. la modalización del procedimiento vía negociación colectiva
  - 6.2. la legitimación para negociar el acuerdo de inaplicación
  - 6.3. el régimen del procedimiento de consultas
7. EL ACUERDO EN EL PERIODO DE CONSULTAS
8. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN CASO DE DESACUERDO
9. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DISCREPANCIAS A CARGO DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS
  - 9.1. Breve apunte crítico
  - 9.2. Marco jurídico y experiencia aplicativa
    - 9.2.1. Competencia de la ccnce
    - 9.2.2. Motivos de inadmisión de demandas distintas a la competencia de la CCNCC
    - 9.2.3. La decisión en pleno como vía de decisión sobre la inaplicación
    - 9.2.4. La relevancia de la posición de los representantes de la administración en el pleno y del informe de la ITSS
    - 9.2.5. Contenido de la decisión o el laudo sobre la solicitud de inaplicación del convenio. Su alcance a la luz de la primera doctrina jurisdiccional
10. LA RECURRIBILIDAD DE ACUERDOS, DECISIONES Y LAUDOS ARBITRALES
  - 10.1. Sobre la recurribilidad del acuerdo en el periodo de consultas
  - 10.2. Sobre la recurribilidad de decisiones y laudos
11. DEPÓSITO DE ACUERDOS Y DECISIONES ARBITRALES

**1. POLÍTICAS DEL DERECHO EN EL RÉGIMEN DEL ART. 82.3 LET**

Una de las principales novedades en las reformas del sistema de negociación colectiva en los últimos años ha sido la revisión del régimen de inaplicación de los convenios colectivos vía acuerdos de empresa<sup>1</sup>. El objeto del presente estudio se centra esencialmente en ofrecer un balance de las principales cuestiones que el vigente marco jurídico ha suscitado, su reflejo en la doctrina judicial inmediata a la reforma, el tratamiento de la negociación colectiva tras las reformas de 2012 (los convenios referidos son todos de 2013), así

<sup>1</sup> He tenido ocasión de abordar con detalle el análisis de las reformas en la negociación colectiva en mi estudio, “*La reforma del marco normativo de la negociación colectiva*”, en *El trabajo en el contexto de la crisis económica la reforma laboral de 2012*, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013.

como la experiencia aplicativa del arbitraje a cargo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos <sup>2</sup>.

En un primer balance de las reformas de 2012 una evidencia es que, en el actual sistema de negociación colectiva, el art. 82.3 LET se erige en un mecanismo central de descentralización de la negociación y de flexibilidad de condiciones de trabajo, particularmente salariales. Aunque no contamos con estadísticas concluyentes parece que esta solución se está demostrando preferente frente a la negociación de convenios de empresa (art. 84.2 LET) y la revisión parcial del convenio colectivo (art. 86.1 LET); es además intensivamente utilizada por las PYMES.

Según los datos que ofrece el Ministerio de Empleo (Estadística de convenios colectivos de trabajo, abril 2013), el recurso a estos descuelgues se está intensificando notablemente con la reforma de 2012. Antes de la reforma apenas se registraban inaplicaciones de convenio (entre marzo y diciembre de 2012 se registran 748 descuelgues, que afectan a 29.352 trabajadores). En los cuatro primeros meses de 2013 se contabilizan 907 descuelgues, que afectan a 72.056 trabajadores. (Según el registro del REGCON, a inicios de septiembre de 2013 se han producido en torno a 1.730 registros de inaplicación de convenios en 2013). Por otra parte, la mayoría de los trabajadores afectados se concentran en empresas de 250 trabajadores o más (casi el 72%), pero en relación con las empresas que se acogen al régimen del art. 82.3 LET el 77% de las empresas son de menos de 50 trabajadores (638 empresas de un total de 822 empresas que adoptan inaplicaciones de convenio). Llama la atención que una comparativa de las estadísticas de convenios de empresa entre 2011 y 2012/abril 2013 apenas contiene variación: el número de convenios de empresa apenas sufre variación para ambos períodos (76% del total), y apenas varía en el número de trabajadores cubiertos por estos convenios (8% en 2011; en torno al 10% en 2012) Cabe añadir que, según las estadísticas de registro administrativo, la inaplicación se concentra en convenios de ámbito sectorial (REGCON). La Memoria del CARL de 2012 pone de manifiesto que en Andalucía durante el año 2012 los acuerdos de descuelgue lo son en su mayoría de convenios colectivos de sector (237, el 95%), mientras que tan solo 11 (5%) son de empresa.

<sup>2</sup> Entre los estudios recientes de interés, F. Durán López, "Inaplicación de las condiciones de convenio colectivo: el descuelgue", en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros (V)*, Ed. Iberdrola, 2013; J. Cruz Villalón, "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", en *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012; J.M. Goerlich Peset, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la Reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013; Castro Arguelles, "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", en A. Montoya Melgar y J. García Murcia, (Dirs.), *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Thomson-Civitas, 2013, pág. 371 y sigs..

En el plano de la política del derecho, una observación general de las sucesivas reformas nos permite constatar la evolución legislativa en la función de este mecanismo de inaplicación vía art. 41.6 y 82.3 LET. La versión de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ya fija las características de la nueva regulación: su facilitación como instrumento de flexibilidad interna en las empresas vía inaplicación del convenio de referencia (art. 41.6 LET), su configuración como mecanismo excepcional vinculado a situaciones de crisis, en el caso del descuelgue salarial (art. 82.3 LET), y en ambos casos la necesidad del pacto que refuerza la autonomía negocial en la empresa (facilitado en las PYMES mediante la novedad del acuerdo con una representación *ad hoc*).

Con este esquema fijado en 2010, las sucesivas reformas de 2011, 2012 y 2013 se orientan a la ampliación de su alcance (extendiendo el campo de materias de inaplicación) y a asegurar su efectividad (introduciendo mejoras técnicas en el procedimiento de negociación o incentivando o finalmente imponiendo la posibilidad del arbitraje de desbloqueo). En concreto, el RDL 7/2011, de 10 de junio, conecta esta nueva regulación a la reforma del régimen estatutario de negociación colectiva y a los nuevos objetivos que la impulsan (la descentralización y dinamización de la negociación), con la importante matización de que su régimen limita el campo de la afectación del convenio sectorial (art. 41.6 LET, que excluye la inaplicación del convenio sectorial en materia de jornada y cuantía salarial) y mantiene la necesidad de su justificación causal por exigencias de una situación excepcional y de salvaguardia del empleo. El régimen legal del art. 82.3 LET, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, incide de nuevo en estos dos aspectos, por una parte, flexibilizando las exigencias causales y liberalizando materialmente el campo de inaplicación del convenio, lo que conduce a hacer de este régimen legal un instrumento de respuesta a circunstancias “fisiológicas”, que sirve tanto para facilitar la superación de una situación económica negativa de la empresa, como a mejorar la productividad y la competitividad empresarial. Por otra parte, esta reforma de 2012 hace de la regulación del art. 82.3 LET una vía rápida y efectiva para la descentralización de la negociación (respecto de los convenios sectoriales) y para la revisión exprés del convenio vigente (cuando hablamos de inaplicación de convenios de empresa). Finalmente, el RDL 11/2013, de 3 de agosto, se modifican las reglas sobre los sujetos legitimados en el proceso de negociación durante el periodo de consultas, esencialmente.

Creo que el nuevo régimen legal es coherente con el objetivo de facilitar la mejora de las exigencias de productividad y competitividad. En este sentido, es un instrumento claramente funcional a exigencias de flexibilidad laboral interna. Ahora bien, la crítica radica en su configuración como un producto autónomo ajeno a las reglas del sistema negocial. No es casual en este sentido su ubicación en el art. 82 LET, como excepción a las reglas sobre eficacia de

los convenios, al margen, pues, de las reglas sobre la estructura y articulación de la negociación (art. 83 y 84 LET). Una cosa es facilitar mecanismos de adaptación empresarial de regulaciones sectoriales rígidas en materias como salario o tiempo de trabajo y otra distinta es otorgar la primacía reguladora al acuerdo *ad hoc* en el ámbito de empresa, al margen de las reglas institucionales del sistema negocial y privando al convenio colectivo de una función normativa básica de condiciones de trabajo.

Es cierto que las estadísticas actuales parecen mostrar su utilización como instrumento excepcional dentro de las empresas, esencialmente como vía de descuelgue salarial en situaciones de profunda crisis (así se puede deducir de los datos del REGCON), pero lo cierto es que se está facilitando potencialmente un instrumento más de competencia entre empresas a través de la reducción de costes, eludiendo la apuesta por incrementar sus niveles competitivos por la vía de innovaciones tecnológicas, organizativas o de inversión en capital humano<sup>3</sup>. Quizá ello nos ayude a entender la reticencia de los negociadores supraempresariales a los mecanismos de descuelgue y su propensión a una regulación sectorial restrictiva de este mecanismo.

La autonomía colectiva intentó dar un impulso y racionalizar estos procesos, desde la premisa de su utilidad como mecanismo de flexibilidad interna y de descentralización negocial. El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2012, 2013, 2014, de enero de 2012, valora como una necesidad la introducción de este tipo de cláusulas en los convenios sectoriales (Capítulo IV, “Inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales”). En su motivación vincula tal necesidad a objetivos de salvaguardia del empleo y de flexibilidad interna<sup>4</sup>. Este objetivo de flexibilidad interna se conecta a otra orientación clave de apuesta por la descentralización negocial, lo que significa

<sup>3</sup> Según el Avance del Mercado Laboral Afi-ASEMPLEO de abril de 2013, la productividad laboral se incrementa por la destrucción de empleo y no por una mayor eficiencia económica. En este documento se observa que los costes laborales se están reduciendo por dos vías. La más directa es la del despido, y la otra es la de la reducción de los salarios y complementos. Por otra parte, el Informe de la OIT sobre el *Trabajo en el Mundo 2013* (3-6-2013), en el caso de España (*Resumen de España*) observa que “una parte de los cambios legales iba dirigida a incrementar la flexibilidad salarial. No obstante, en medio de la actual situación supone un riesgo añadido de deprimir aún más la demanda agregada y el empleo, dificultando en último término el ajuste fiscal e incrementando la pobreza”.

<sup>4</sup> Así se indica que “con el objetivo de asegurar el mantenimiento del empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo tanto temporales como extintivos”, se somete a la consideración de los legitimados para suscribir convenios colectivos sectoriales, la conveniencia de incluir cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo.

que “los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias”.

Recientemente, el Acuerdo de la comisión de seguimiento del II AENC 2012-2014 (UGT y CCOO y CEOE y CEPYME), sobre ultraactividad de los convenios, de 23-5-2013, vuelve a subrayar la necesidad de potenciar los mecanismos de flexibilidad interna, donde se incluye implícitamente la vía del art. 82.3 LET, como alternativa a la aplicación de mecanismos de flexibilidad externa.

Por su parte, la negociación colectiva sectorial posterior a la reforma de 2012 no renuncia a una regulación de esta temática y a la inclusión de cláusulas de inaplicación, donde se subraya la necesidad de que estas cláusulas asuman una función preventiva y coyuntural y se conecten a un objetivo de estabilidad del empleo<sup>5</sup>. Conviene ahora poner de manifiesto que en el papel a desarrollar por la negociación colectiva hay que tener en cuenta que los tribunales hacen prevalecer la nueva normativa sobre la regulación convencional entonces vigente, desde su entrada en vigor, siendo inaplicables por devenir *contra legem* <sup>6</sup>. Esta doctrina judicial permite además dudar de la legalidad de ciertas cláusulas contenidas en convenios posteriores a la reforma de 2012.

Entre los convenios colectivos más recientes resulta de particular interés la regulación del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (BOE 22 de abril). Este convenio trata de ofrecer una visión integral de las medidas a adoptar por la empresa ante las situaciones de crisis con vistas a evitar las medidas de extinción de contratos. En este sentido, se incorpora un *Pacto sectorial por el empleo y el mantenimiento de la demanda interna en un entorno de crisis* (DA Única del convenio), donde se configura una estrategia para la resolución de las situaciones de crisis mediante medidas de flexibilidad interna y reglas específicas sobre la aplicación del procedimiento del art. 82.3 LET. Daremos cuenta de este convenio en páginas posteriores.

Dos consideraciones finales cabe hacer sobre la actual sistemática de la LET de interés en la temática que nos ocupa. En primer lugar, en la nueva siste-

<sup>5</sup> Remito a título ejemplificativo al Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados. BOE 20 de marzo (art. 12); XVII Convenio colectivo general de la industria química ((BOE 9 abril) (art. 35).

<sup>6</sup> STSJ Andalucía 14-6-2012 (Sent. 1925/12); STSJ Andalucía 17-1-2013 (Rec. 2923/12). Un análisis del estado de la cuestión en relación con las cláusulas de convenios sobre el art. 82.3 LET, y en particular sobre la problemática de las cláusulas vigentes y su compatibilidad con el nuevo régimen legal, puede encontrarse en el estudio de W. Sanguinetti Raymond, “*El papel de la autonomía colectiva en la regulación de la inaplicación o descuelgue convencional*”, en W. Sanguinetti (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva, Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas laborales de 2010, 2011, y 2012*, Ed. Cinca & CC.OO, 2013.

mática legal se establece una diferenciación entre, de una parte, “modificaciones sustanciales” de condiciones de trabajo que forman parte del poder unilateral de dirección empresarial (sometidas a un proceso de consultas en caso de ser colectivas) (art. 41 LET), y, de otro, “inaplicaciones” del convenio colectivo estatutario por el que se rige la empresa (art. 41.6 y 82.3 LET). En este segundo caso, no estamos ante un mero instrumento de gestión empresarial, sino ante una expresión de la autonomía colectiva negociada, equiparable en su eficacia a la del convenio que inaplica. La colocación del régimen de inaplicación de convenios en el T. III LET es suficientemente significativa<sup>7</sup>. Por tanto, con la nueva regulación, es claro que queda cerrada al empresario la vía del art. 41 LET para la modificación de condiciones pactadas en estos acuerdos de empresa de inaplicación de convenios, siendo además nulas las inaplicaciones de convenio sin seguir el procedimiento del art. 82.3 LET, como se encarga de subrayar la doctrina judicial más reciente<sup>8</sup>.

En segundo lugar, cabe observar que las sucesivas reformas legales han impulsado un acercamiento del régimen jurídico de la inaplicación del convenio (art. 82.3 LET) al régimen de los procedimientos de despidos colectivos (art. 51) y de suspensiones y reducciones de jornada (art. 47) en aspectos fundamentales como el elemento causal, las exigencias documentales o las reglas del procedimiento de consulta. Este acercamiento de regímenes jurídicos se ve reforzado por la doctrina jurisdiccional recaída sobre el art. 82.3 LET, en relación con las causas justificadoras, donde se impone un control jurisdiccional que sigue parámetros interpretativos semejantes, aunque de diversa intensidad, a los previstos para las medidas de los arts. 41 o 51 LET (SAN 28-1-2013, Rec. 316/2012), o sobre exigencias documentales o procedimentales, donde se abordan las dudas interpretativas del art. 82.3 LET a la luz del régimen jurídico de medidas como los despidos colectivos (SAN 7-12-2012, Rec. 243/2012).

<sup>7</sup> En coherencia con ello, la DA 4ª del RD 713/2010 prevé un régimen de depósito administrativo de acuerdos, laudos arbitrales y decisiones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (en adelante, CCNCC) u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas sobre inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos.

<sup>8</sup> STSJ Madrid 8-11-2012 (Rec. 5310/2012), 14-12-2012 (Rec. 59/2012); SAN 28-11-2012 (Sent. 149/2012); SAN 22-04-2013 (Rec. 84/2013). La SAN 9-5-13 (proc. 95/2013) observa que “en nada influye el que se alegue la situación económica presuntamente crítica de la demandada, puesto que ello, en su caso, podrá justificar el correspondiente procedimiento de inaplicación del convenio en virtud de lo dispuesto en el mismo art.82.3 ET, pero en modo alguno legitima el puro y llano incumplimiento convencional.”

## 2. EL ÁMBITO DEL DESCUELGO EMPRESARIAL: EL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO VIGENTE

El art. 82.3 LET se refiere únicamente a la inaplicación de convenios colectivos estatutarios. De manera que se excluye la aplicación de dicho régimen en los supuestos de un convenio que no ha sido registrado y publicado conforme a las exigencias del Título III LET (STS 23-10-2012, Rec. 594/2012), en el caso de convenios extraestatutarios (STS 11-7-2012, Rec. 38/2011), o cuando se trata de un acuerdo en conciliación alcanzado en un proceso de conflictos colectivos si no tiene la misma eficacia que un convenio colectivo estatutario (por no haber sido suscrito por los sujetos legitimados y no cumplirse las demás formalidades del Título III ET: SAN 20-2-2013, Rec. 357/12).

La inaplicación se refiere al convenio vigente en el momento del acuerdo, y ello con independencia de que el mismo se publique tiempo después (SAN 23-5-2013, Rec. 120/2013). Por otra parte, la inaplicación del convenio lo es mientras esté vigente, al margen del fundamento de tal vigencia (bien ordinaria o prorrogada por las partes, bien en fase de ultraactividad), porque el art. 82.3 pár. 6º LET permite prolongar la vigencia del acuerdo de inaplicación hasta “que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”, es decir, mientras esté vigente el convenio inaplicado, incluyendo las prórrogas de vigencias y periodos de ultraactividad. Precisamente, esta versión del último inciso del pár. 6º se introduce en 2012 como mejora técnica con respecto a la versión del RDL 7/2011, que vinculaba la duración del acuerdo a la vigencia del convenio inaplicado y que planteaba dudas sobre inclusión de prórrogas y periodos de ultraactividad. Puede inducir a equívocos la exigencia del RD 1362/2012 de que la solicitud de arbitraje a la CCNCC para la inaplicación del convenio debe ir acompañada de la identificación del convenio colectivo a inaplicar “indicando su vigencia temporal”, pero creo que esta previsión reglamentaria se explica porque la solicitud, y en su caso la decisión arbitral, debe fijar las nuevas condiciones laborales y su duración, actuando como referencia la vigencia temporal del convenio.

## 3. SUPUESTOS SINGULARES: GRUPOS SOCIETARIOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley 3/2012 permite inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas “en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa”. Los datos administrativos de registro permiten constatar que la mayoría de inaplicaciones se refiere a convenios sectoriales (REGCON). En principio, respecto de la inaplicación del convenio de empresa cabe indicar que por la vía del art. 86 LET es posible la revisión parcial del convenio (art. 86.1 pár. 2º

LET). Por tanto, conforme a un criterio sistemático la vía del art. 82.3 LET sólo puede entenderse como respuesta temporal frente a circunstancias sobrevenidas que requieren respuestas inaplazables en la empresa.

Por lo que se refiere a la relevancia del grupo societario en el régimen de la inaplicación del convenio colectivo, se requiere tomar en consideración tres supuestos diferentes. En primer lugar, que se trate de un convenio cuyo ámbito es el grupo societario, que se pretende inaplicar bien para el conjunto de empresas, bien en un ámbito inferior (una de las empresas integrantes). En este caso, partimos de la relevancia laboral del grupo asumida por el mismo, y donde, por tanto, el conjunto de reglas del régimen de inaplicación deben referirse al grupo societario como tal.

El segundo supuesto es aquel en que hablamos de la inaplicación de un convenio sectorial o del convenio propio de una empresa que está integrada en un grupo con relevancia laboral, es decir, considerado como una “unidad real del grupo como ente empresarial único” (STS 21-7-2012, RJ 7280; 23-10-2012, RJ 10711). Me parece oportuno traer a colación a este respecto la jurisprudencia reciente sobre la consideración del grupo societario con relevancia laboral en relación con el nuevo régimen del despido colectivo. En este supuesto, se estima que si el grupo tiene relevancia laboral será relevante a todos los efectos. La obligación de proponer y negociar durante el periodo de consultas debe situarse en el nivel del grupo societario<sup>9</sup>. Igualmente será relevante como empresario único a efectos de valoración de las causas alegadas para el despido<sup>10</sup>, y en la identificación del titular de las obligaciones documentales y de medidas de acompañamiento<sup>11</sup>.

En suma, tanto en el caso de que el grupo asuma relevancia laboral, actuando como empresario en la iniciativa de la demanda de inaplicación, como en el caso de que se constate objetivamente la relevancia laboral del grupo a partir de determinados datos, es legítimo que se traslade al nivel del grupo las exigencias causales, documentales y procedimentales.

El tercer supuesto, es el de grupos societarios con relevancia mercantil<sup>12</sup>. La legislación laboral puede otorgar relevancia al grupo societario mercantil a

<sup>9</sup> SSAN 28-9-2012, AS 2515; 15-2-2013, Sent. 33/2013; SJS Madrid nº 30, 8-10-2012, proc. 623/2012; STSJ Galicia 13-12-2012, Jur 2013 55054.

<sup>10</sup> STSJ Cataluña 18-1-2010, AS 984; debiendo ponerse este dato de manifiesto en la comunicación de consultas y en la carta de despido a los trabajadores (STSJ Castilla y León 30-5-2012, Rec. 1027/2012); de no tener relevancia laboral, la situación de pérdidas debe circunscribirse a la empresa, con independencia de que la matriz no tenga pérdidas, SJS nº 18 27-6-2012, La Ley 160147/2012.

<sup>11</sup> Véase, STSJ Madrid 30-5-2012, sent. 415/2012; STSJ Cataluña 23-5-2012, Sent. 13/2012.

<sup>12</sup> Véase, STS 27-5-2013, Rec. 78/2012; STSJ Madrid 26-9-2012, JUR 339065.

determinados efectos, pero ello no implica la consideración del grupo societario a efectos laborales. Por tanto, el grupo no puede ser tomado como referencia en la valoración de causas, exigencias documentales o reglas procedimentales, salvo que exista una previsión legal al respecto.

Los matices diferenciadores de la relevancia mercantil se captan bien en el régimen de los despidos colectivos. El grupo societario es tomado en consideración en determinados aspectos legales o reglamentarios<sup>13</sup>. A partir de la distinción entre el grupo mercantil y laboral, y de las previsiones legales o reglamentarias respecto del grupo societario mercantil, la doctrina jurisdiccional circunscribe al grupo mercantil las obligaciones o previsiones expuestas. De forma que la obligación de documentación o de negociación en el periodo de consultas es de la concreta empresa que promueve el despido colectivo (SAN 15-2-2013). Creo que en el régimen del art. 82.3 LET hay que operar con el mismo razonamiento cuando hablamos de grupos societarios mercantiles, que pueden tener relevancia a determinados efectos (así, a efectos documentales)<sup>14</sup>.

Respecto de la inaplicación del convenio en el ámbito de las AAPP, como en otros terrenos, el marco jurídico aplicable en esta temática presenta singularidades importantes cuando hablamos de su aplicación a los empleados de las Administraciones Públicas sometidos a la LEBEP. En el caso de los funcionarios públicos, la LEBEP contempla la posibilidad de la suspensión o modificación de los pactos o acuerdos colectivos durante su vigencia por decisión unilateral de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Tal posibilidad de suspensión o modificación se admite sólo “por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas” y en “la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público” (art. 38.10 LEBEP).

Respecto del personal laboral, en principio la norma de referencia debía ser el art. 82.3 LET (por remisión del art. 32 LEBEP a la LET); en ningún caso la

<sup>13</sup> A efectos de la documentación a aportar en el procedimiento (art. 51.8 LET y art. 4.5 RD 1483/2012). Entre las medidas sociales de acompañamiento al proyecto de despidos se podrá considerar la recolocación interna de los trabajadores en otra del grupo de empresas del que forme parte (art. 8.1 a) RD). A efectos del cómputo del número de trabajadores a despedir para la exigencia de un plan de recolocación externa se tendrán también en cuenta los trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo (art. 9.5 RD). En relación con la cuantificación de extinciones en despidos colectivos que afecten a trabajadores mayores de 50 o más años en empresas con beneficios (DA 16ª Ley 3/2012).

<sup>14</sup> El RD 1362/2012 prevé en el procedimiento de decisión arbitral sobre inaplicación de convenios de la CCNCC que en la documentación relevante a efectos de valorar las causas de la solicitud de inaplicación se tomará como referencia la documentación requerida en los despidos colectivos, adquiriendo por tanto relevancia el grupo societario.

previsión del art. 38.10 LEBEP (STS 28-9-2011, Rec.25/2011). Sin embargo, frente al régimen específico para despidos ex art. 51 y 52 c) LET (DA 20ª LET) y la exclusión de las Administraciones del régimen del art. 47 LET (DA 21 LET), nada se dice expresamente sobre la aplicación del art. 82.3 LET, lo cual plantea problemas de adaptación de una norma que no ha sido prevista para el ámbito de las AAPP (particularmente, su régimen causal y la posibilidad de acudir a los procedimientos extrajudiciales y a la CCNCC)<sup>15</sup>. En cualquier caso este panorama jurídico falto de homogeneidad generaba una situación anómala y compleja, que permitía a la Administración la inaplicación unilateral de pactos o acuerdos respecto de funcionarios públicos, pero exigía el acuerdo con los representantes en el caso de los empleados laborales.

Actualmente, el Real Decreto-ley 20/2012 (de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad) introduce una habilitación general de inaplicación (“de suspensión o modificación”) de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral de las AAPP. Esta norma de urgencia introduce un nuevo pár. 2º en el art. 32 LEBEP, que habilita la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas “excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”, con la única condición formal de que sean informadas las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

Por su parte la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 20/2012 aclara que “a los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”.

Esta regulación supone la introducción de un régimen específico de inaplicación de convenios para los empleados públicos sometidos a la LEBEP. Este régimen cuenta con diversas singularidades. En primer lugar, la posibilidad de la inaplicación de los convenios o acuerdos por decisión unilateral de la Administración, sin necesidad de acuerdo. En segundo lugar, la justificación causal es formalmente más restrictiva para la Administración, exigiéndose “causa grave de interés público” que se conecta a: i) unas circunstancias objetivas:

<sup>15</sup> Remito al estudio de J. Cruz Villalón, “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, en *Temas Laborales*, 117, 2012, especialmente págs. 40-41.

“una alteración sustancial de las circunstancias económicas”; ii) una justificación causal: la necesidad de “adoptar medidas o planes de ajuste (...) para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. En tercer lugar, no se especifican los contenidos del convenio que pueden ser objeto de suspensión o modificación; en todo caso, parece necesaria una conexión causal a la justificación económica de la medida (“reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”). Finalmente, en el caso de las Administraciones Públicas la inaplicación lo será “excepcionalmente”, aunque, al igual que ocurre con relación al art. 82.3 LET, el único límite temporal habría que situarlo en la pérdida de vigencia del convenio. Es precisamente este conjunto de exigencias el que justificaría constitucionalmente la excepcionalidad de un régimen, que priva temporalmente de fuerza vinculante a los convenios colectivos<sup>16</sup>.

En términos generales, la crítica puede radicar aquí en la falta de concreción de los parámetros para justificar la decisión de la Administración<sup>17</sup>. La justificación parece circunscrita a motivos económicos, pero no se ofrecen criterios para el control de la justificación de la causa y la adecuación de las medidas propuestas (pueden servir de referencia las exigencias de justificación para los despidos colectivos por causas económicas recogidas en la DA 20ª LET con los matices pertinentes), ni de los contenidos que pueden ser objeto de inaplicación (que, cabe insistir, responden a exigencias de reducción de costes laborales). En todo caso, no bastaría para justificar este tipo de medidas con el amparo genérico de exigencias legales de reformas estructurales o planes de ajuste, como observa el TS en referencia al art. 38.10 LEBEP: “dados los términos de excepcionalidad en que está redactado el precepto, la concurrencia del requisito exigible “causa grave de interés público” y la necesidad de la suspensión o modificación para “salvaguardar el interés público” deberían ser debidamente alegados y justificados, aportando, incluso, los informes y datos que sirvan de acreditación” (STS 28-11-2011, Rec. 25/2011). Creo que con esta ambigüedad legal se abre un importante campo de juego para el “activismo” judicial frente a la discrecionalidad de la Administración.

Se pueden suscitar aquí dudas sobre la compatibilidad de este régimen legal con la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, ex art. 37 CE, del personal laboral de las AAPP (como singularidad frente al derecho de origen legal de los funcionarios públicos), sobre todo

<sup>16</sup> De nuevo, Cruz Villalón, *últ ob. cit.* pág. 52.

<sup>17</sup> Véase, Cruz Villalón, *op. cit.* pág. 53 y sigs., y J.J. Fernández Domínguez, “*El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes*”, en *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, págs. 21 y sigs.

teniendo en cuenta que hablamos de un procedimiento regular de privación de fuerza vinculante a los convenios y no de una intervención legal puntual basada en circunstancias excepcionales (que cuenta con amparo en los pronunciamientos más recientes del TC)<sup>18</sup>. El tema sin duda reclama una argumentación más detenida, pero creo que probablemente el nuevo régimen legal debe ser contemplado desde su excepcionalidad y su vinculación a “causa grave de interés público”, que ineludiblemente debe conectarse a exigencias constitucionales de estabilidad presupuestaria vinculantes para las Administraciones Públicas (ex art. 135 CE y a las concretas exigencias de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera)<sup>19</sup>. Con este paraguas constitucional, y la exigencia de que la privación de efectos del convenio sea excepcional y limitada en su contenido y vigencia temporal, podrá estimarse que dicha inaplicación afecta a la intangibilidad del convenio, sin por ello desvirtuar o vaciar de contenido la garantía constitucional de su fuerza vinculante (siguiendo la dicotomía apuntada por el ATC 85/2011, fund. jur. 8º).

En cualquier caso, en los últimos tiempos los conflictos relacionados con la inaplicación de convenios colectivos en el empleo público han seguido otros derroteros. La vía emprendida tanto por el Gobierno del Estado como por los autonómicos, particularmente respecto de inaplicación de condiciones salariales, ha sido la de aprobación de normas estatales (entre otras, RDL 8/2010, RDL 20/2012) o autonómicas (leyes o decretos leyes autonómicos), que imponen directamente la inaplicación de los correspondientes convenios colectivos.

La jurisprudencia sienta una doctrina clara que elimina dudas sobre esta posibilidad con base en el principio de jerarquía normativa (ATC 205/2012; SST10-2-2012, 23-2-2012, 15-03-2013). En diversos supuestos, frente a la denuncia de la infracción del art. 82.3 LET, los Tribunales mantienen la tesis de que la inaplicación del convenio tiene lugar directamente por aplicación del principio de jerarquía normativa, sin que en estos casos entre en juego el procedimiento del art. 82.3 LET. Así, observa la SAN 20-3-2013 (Rec. 15/2013), que “la ley puede modificar un convenio colectivo estatutario durante su vigencia, en aplicación del principio de jerarquía normativa, descartando, por consiguiente, que las reducciones salariales allí juzgadas constituyeran modificaciones de convenio, puesto que las empresas y entidades afectadas se limitaron

<sup>18</sup> M.L. Rodríguez Fernández, “*Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 32 del EBEP*”, en *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, págs. 32 y sigs.

<sup>19</sup> Cfr. Goerlich Peset, op. cit. págs. 72-73.

a cumplir el mandato legal” (igualmente, SSAN 20-12-2012, 13-3-2013, 20-3-2013, 21-3-2013).

Ahora bien, el principio de jerarquía normativa despliega sus efectos cuando la correspondiente norma legal contenga una prescripción normativa que modifica directamente condiciones laborales o cláusulas de convenios colectivos. De manera que cuando aquellas normas legales se limiten genéricamente a exigir reformas estructurales o planes de ajuste, las concretas medidas acordadas deben seguir los procedimientos legales para su adopción (STSJ Castilla y León 28-12-12, Rec. 1842/12, en un supuesto de reducción de salarios por un Ayuntamiento amparándose en el art. 7 del RDL 4/2012).

Probablemente la necesidad de aclarar dichos procedimientos legales para las AAPP y la conveniencia de evitar inaplicaciones de convenios a golpe de intervenciones legales sean las razones que están en el origen de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 20/2012.

#### **4. MATERIAS OBJETO DE INAPLICACIÓN**

El descuelgue se circunscribe a una serie de materias enumeradas en el art. 82.3 párr. 2º LET. Me detengo aquí únicamente para dejar constancia de que, aunque estamos ante una lista cerrada de materias, es evidente que las cuatro primeras letras del art. 82.3 párr. 2º LET (jornada de trabajo, horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y sistema de remuneración y cuantía salarial<sup>20</sup>) se refieren a bloques temáticos completos y centrales en la gestión de las relaciones de trabajo. Una panorámica general del registro de inaplicaciones de convenios (REGCON), permite constatar que la mayoría de supuestos se concentra en la inaplicación de la cuantía salarial, y en menor medida tanto el régimen de remuneración como del horario y distribución del tiempo de trabajo.

Ello, por cierto, contrasta con la tendencia de los convenios a mantener la inercia de regular las reglas sobre inaplicación del convenio en cláusulas formalmente denominadas de “descuelgue salarial”.

#### **5. LAS CAUSAS JUSTIFICADORAS DE LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL**

Como se sabe, la Ley 3/2012 simplifica la estructura del elemento causal, exigiendo únicamente la acreditación de las circunstancias objetivas alegadas.

<sup>20</sup> El sistema de remuneración no comprende únicamente los conceptos de índole salarial, sino también los extrasalariales, como las dietas (STSJ Madrid 30-11-2012 (Rec. 5671/2012)).

La evolución jurisprudencial hoy, respecto de las previsiones de los arts. 41, 51 y 82.3 LET, se afirma sobre determinados criterios. En primer lugar, se asume que el control judicial no puede ser de oportunidad, sino de legalidad, pero las circunstancias que el empresario debe acreditar conforme a la literalidad de la norma no operan de forma automática. Es necesaria una justificación de la razonabilidad de las medidas, es decir, la razonabilidad de la propuesta empresarial y la funcionalidad de las medidas laborales a estos efectos. En segundo lugar, la conexión de funcionalidad opera de manera diferente en las causas económicas y en el resto.

La causa económica gira en torno a la exigencia de “una situación económica negativa”. A los efectos de facilitar la interpretación de este concepto jurídico indeterminado la norma contempla una lista ejemplificativa de posibles situaciones: “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.

El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2012, 2013, 2014 (Capítulo IV) aporta algunos parámetros que pueden ser considerados para la concreción de la situación económica negativa<sup>21</sup>. También los convenios colectivos introducen algunos parámetros orientadores, que cabe interpretar válidos en tanto alternativos a la regulación legal<sup>22</sup>. Se trata de previsiones que pueden

<sup>21</sup> Se indica que “los negociadores podrán tomar como referencia parámetros que permitan objetivar la justificación, como son, entre otros, la disminución de resultados, de ventas o de productividad en el último ejercicio o en los doce últimos meses. Siendo recomendable que se defina asimismo, con carácter previo, por las partes no sólo el concepto sino también el referente cuantitativo –porcentual o el que se estime oportuno– que determina que se active la inaplicación”.

<sup>22</sup> Así, art. 35 del Convenio colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra, SLU (BOE 25 de abril), referido al Procedimiento de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en el Convenio colectivo, define como causas: “cuando la empresa alternativamente tenga o una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas puedan verse afectadas negativamente afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo; estas causas se extenderán que concurren, entre otros supuestos, cuando el «resultado de explotación por empleado» es decir, dicho resultado dividido entre el número promedio de empleados equivalentes a jornada completa del correspondiente periodo) o de «ventas» a nivel nacional de la empresa en el último ejercicio o en los doce últimos meses sea inferior en un 12 por ciento del promedio del resultado de explotación por empleado o ventas en el respectivo ejercicio anterior o en los doce meses precedentes a los últimos tomados, considerándose por tanto que existe una causa objetiva para su inaplicación”.

ser de interés por servir de orientación para la Comisión Paritaria o en los procedimientos autónomos de solución de conflictos en la solución a posibles discrepancias al respecto.

La doctrina jurisprudencial nos ha recordado que no parece ofrecer duda la intención del legislador de mantener un *numerus apertus* de la motivación económica, “dando cabida a otros supuestos no expresamente mencionados de situación económica negativa, como por ejemplo sería la pérdida de cuotas de mercado; la sensible y continuada disminución de pedidos; la pérdida del único cliente; resultados negativos de explotación; la disminución continuada de beneficios; encarecimiento del crédito, incremento de costes, y dificultades de comercialización” (STSJ Madrid 14-9-2012 (Rec. 3155/12)).

La nueva redacción no garantiza la plena certidumbre en su interpretación y aplicación por los tribunales. Por ejemplo, el requisito de la “disminución” de ingresos o de ventas, al margen de su persistencia, que se deja indeterminado. Parece claro que no basta el mero dato objetivo de la disminución, al margen de su relevancia para la empresa. Por otra parte, se objetiva este supuesto de disminución persistente de ingresos o de ventas, pero al mismo tiempo se abre la posibilidad de hacer valer una situación de pérdidas “previstas”, que “es una contradicción pues lo que se prevé de futuro no existe actualmente ni por tanto admite demostración” (STSJ Madrid 4-9-2012), sin que, por lo demás, se concreten las exigencias de acreditación a este respecto<sup>23</sup>.

Junto a la causa económica, se incorporan como justificación del descuelgue, las causas técnicas, organizativas y de producción. Es lógica esta novedad porque la norma no se circunscribe ahora a medidas vinculadas a problemas económicos, como se deducían de la anterior versión del art. 82.3 LET, y se extiende a modificaciones sustanciales en materias ajenas en principio a la situación económica empresarial.

El tipo de causa va a tener su relevancia en la consideración del ámbito de valoración, como respecto del tipo de documentación exigida a la empresa para su justificación. Respecto al ámbito de apreciación de la concurrencia de la causa, la jurisprudencia es constante señalando que si la causa es económica, ha de afectar a la empresa en su conjunto y si se trata de un grupo de empresas en el sentido laboral del término, la situación negativa ha de afectar a todas las empresas del grupo y no solo a aquella en la que en un momento determinado estuviera el trabajador prestando sus servicios. Cuando la causa alegada es técnica, organizativa o de producción, el ámbito de apreciación de la concurrencia de estas causas es el espacio o sector concreto de actividad empresarial

<sup>23</sup> No parecen legales cláusulas como la del artículo 35 del Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados (BOE 13 de mayo), que dispone que las cláusulas de inaplicación salarial se circunscribe a las empresas que se encuentren en situación de pérdidas.

en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento. Ahora bien, en el caso de causa productiva, se ha puntualizado que queda vinculada a la falta de demanda o disminución del volumen de negocio, y “ese aspecto global de las ventas o volumen de negocio ha sido extraído por el legislador del concepto de causa productiva e insertado en el concepto de causa económica, de manera que ya no puede valorarse en el nivel de unidad organizativa, sino en el nivel global de toda la empresa” STSJ Castilla y León 30-5-2012 (Rec. 1027/2012)).

La cuestión que plantea la reforma de la Ley 3/2012, con la versión simplificada de la estructura del elemento causal, se refiere a la posibilidad de un control judicial de la motivación del descuelgue que contemple la exigencia de una justificación de la razonabilidad de las medidas a adoptar, como se exigía en la norma hasta dicha reforma.

En el caso de acuerdo, el control judicial viene circunscrito por el mismo art. 82.3 LET (pár. 6º). En caso de desacuerdo, el control judicial tendrá como objeto la decisión o el laudo arbitral. En este caso, la Audiencia Nacional ya ha manifestado que se mantiene un margen de valoración judicial del elemento causal (SAN 28-1-2013 (Rec. 316/2012)). Esta sentencia toma como referencia en su argumentación la vigente regulación del arbitraje a cargo de la CCNCC (RD 1362/2012), que prevé un control de la existencia de justificación y “su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados” (art. 22). Ello ha dado pie a la SAN 28-1-2013 para afirmar que dicha norma “no contempla la autorización mecánica de la medida, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, indicando que el arbitraje de la CCNCC debe precisar además si concurren “las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad exigidas”, en clara sintonía con la doctrina de la AN sobre los parámetros de control de la justificación de medidas sustanciales de condiciones de trabajo, donde la AN en sus pronunciamientos más recientes exige la acreditación de problemas concretos de competitividad, productividad y organización técnica del trabajo y “herramientas de ponderación, que se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad” para valorar la justificación de las medidas propuestas (SAN 7-12-2012, Rec. 243/2012; SAN 19-3-2013, Rec. 211/2013) y en sintonía también con el control de razonabilidad de los despidos colectivos (SAN 21-11-2012 (Sent. 142/2012)).

Sin embargo, llama la atención que esta SAN 28-1-2013 diferencie en el control del arbitraje los aspectos referentes al conflicto jurídico (si se dan los requisitos del art. 82.3 LET), del conflicto de intereses, que es donde debe ponerse el acento en relación con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y que subraye a continuación el carácter restringido del control judicial en estos aspectos que desbordan el mero debate jurídico, limitando el alcance

de aquellos criterios de control (de mayor alcance en las demandas judiciales frente a decisiones empresariales ex arts. 41 y 51 LET<sup>24</sup>).

## 6. EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTAS

### 6.1. La modalización del procedimiento vía negociación colectiva

Partiendo de que el periodo de consultas tiene naturaleza de proceso negocial (a diferencia de los periodos de consulta previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 LET), el actual art. 82.3 LET mantiene la regla del acuerdo de empresa como fuente normativa autónoma, sin que el convenio a inaplicar pueda interferir en el procedimiento de negociación. A estos efectos se fijan reglas de legitimación negocial y sobre el procedimiento para la adopción del acuerdo.

Conviene tener en cuenta que el actual art. 82.3 se remite al art. 41.4 LET, que dispone las reglas del procedimiento de consulta “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”. De esta manera, la norma establece una habilitación a la negociación para modalizar las reglas fijadas del art. 41.4 LET. No obstante, dicha habilitación, respecto del régimen de consultas del art. 82.3 LET, no puede afectar a los elementos configuradores del régimen legal, esto es, las reglas definidoras del ámbito material de inaplicación del convenio, los sujetos legitimados para negociar y la exigencia de acuerdo. Creo que no debe perderse de vista que la reforma de 2012 se explica como reacción a una regulación precedente que otorgaba a los convenios un amplio margen de regulación del régimen del descuelgue salarial. El espíritu de la norma es claro en el sentido de restringir el campo de juego de los convenios.

La negociación colectiva está actuando efectivamente mediante la introducción de cláusulas de modalización del periodo de consultas en una diversidad de aspectos. Por ejemplo, estableciendo la obligación de notificar a la comisión paritaria del convenio del ámbito superior a la empresa el inicio del periodo de consultas. También, como veremos, fijando reglas sobre legitimación negocial, sobre la constitución de la comisión *ad hoc*, la documentación a aportar al periodo de consultas, o sobre su duración, algunas de las cuales han sido avaladas por los Tribunales. Algunos convenios sectoriales establecen un procedimiento detallado para la inaplicación del convenio, introduciendo reglas algo confusas e incompatibles en algunos extremos con las previsiones legales<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Véase, respecto de esta doctrina referida al despido, SSTS 29-11-2010 (RJ 8837), 27-4-2010 (RJ 4986) y 16-5-2011 (RJ 4879).

<sup>25</sup> XVII Convenio colectivo general de la industria química ((BOE 9 abril); Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (BOE 9 abril); Convenio colectivo estatal del

En ciertos supuestos nos encontramos con regulaciones de interés. Este es el caso, como anuncié, del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (BOE 22 de abril). El convenio reconoce a las empresas el derecho a acudir a las medidas contempladas en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurren las circunstancias en él descritas (DA Única, *in fine*). No obstante, el convenio prevé un régimen alternativo con diversas reglas. Este convenio contempla, en primer lugar, un procedimiento de decisión arbitral a cargo de la Comisión mixta del convenio frente a demandas de inaplicación del mismo ex art. 82.3 LET (art. 91 y sigs.) (volveremos con más detalle sobre este procedimiento). En segundo lugar, se prevé un procedimiento de inaplicación del convenio ex 82.3 LET en empresas con centros de trabajo en crisis, con fundamento en la habilitación del art. 41.4 *in principio* LET (DA Única). Se establece en primer lugar que, a fin de evitar medidas de reducción estructural de empleo, o de inaplicación del convenio por la vía del artículo 82.3 del ET, en aquellos centros en los que arrastren o se den situaciones persistentes de descenso de ventas o de resultados (se concreta periodo y datos de objetivación de esta situación) las empresas aplicarán preferentemente medidas de flexibilidad interna (amparadas en los arts. 39, 40 y 41 LET). En segundo lugar, sólo después de la adopción de estas medidas se habilita la posibilidad del descuelgue salarial (reducción temporal de los salarios base de convenio de hasta un 5 por ciento, y como máximo durante un año, prorrogable por períodos iguales siguiendo el procedimiento establecido). Dada la necesidad de un tratamiento homogéneo en la decisión sobre este conjunto de posibilidades se fija como órgano legitimado para la negociación el comité intercentros de la empresa.

## 6.2. La legitimación para negociar el acuerdo de inaplicación

La legitimación negocial corresponderá al comité o comités de empresa, los delegados de personal, en su caso, o los representaciones sindicales, y a la comisión *ad hoc* elegida por los trabajadores. Aunque el art. 82.3 LET se refiere en todo momento a la negociación respecto del convenio “a inaplicar en la empresa” y de fijación de nuevas condiciones “aplicables en la empresa”, la negociación puede tomar como referencia el conjunto de la empresa (si se refiere la medida a la empresa en su conjunto o a varios centros de trabajo) o uno o varios centros de trabajo en concreto. El ámbito de negociación viene

---

sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 20 de marzo); Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados (BOE 13 de mayo), en este caso ignorando las reglas del art. 82.3 LET tras su reforma de 2012.

fijado por el ámbito en el que deben ser valoradas las causas alegadas por la empresa, admitiéndose en las decisiones arbitrales de la CCNCC y por los tribunales que pueden abarcar el ámbito empresarial o específicos centros de trabajo. Las previsiones del art. 20 del RD 1362/2012, regulando la documentación para cumplimentar la demanda de intervención de la CCNCC, deja claro que la inaplicación puede limitarse a determinados colectivos de trabajadores y referirse tanto a la empresa en su conjunto como a determinados centros de trabajo.

Las reglas sobre constitución de la comisión negociadora, sobre los interlocutores en representación de los trabajadores y los criterios de preferencia en la interlocución y para la adopción de acuerdos han sido modificados por el RDL 11/2013, de 2 de agosto. El art. 9. Cinco, del RDL da una nueva redacción al art. 83.2 párr. 5º LET, que ahora se limita a remitirse al art. 41.4 LET a efectos de especificar los sujetos legitimados para la negociación del lado de los trabajadores, y el orden y las condiciones de la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas.

Cabe subrayar una primera novedad técnica con esta reforma de 2013 referida al momento de constitución de la comisión negociadora. Esta nueva regla dispone que “la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas” (art. 41.4, párr. 5º LET). A estos efectos, la dirección de la empresa “deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo”. Se fijan como plazos máximos la constitución de la comisión representativa siete días desde la fecha de la comunicación, como regla general, y quince días, para el caso de que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores. Transcurrido dicho plazo, con constitución o no de la comisión representativa de los trabajadores dentro del mismo, el empresario “podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas”, sin que la falta de constitución de la comisión representativa impida el inicio y transcurso del periodo de consultas (art. 41.4 párr. 6º LET). Con esta reforma se resuelve un obstáculo práctico importante de la anterior regulación, en la que no se había previsto la diferenciación entre el momento de inicio del procedimiento de descuelgue y del periodo de consultas dentro de él.

Otra novedad de importancia está en que, a efectos de la consulta, sólo se constituye una comisión negociadora (art. 41.4, párr. 1º LET). En la nueva regulación se prevé como regla básica que “la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento”. Sobre el

orden y las condiciones de la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas (pár. 5º del art. 82.3 LET), las reglas son las siguientes:

1) Tienen preferencia negociadora las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados <sup>26</sup>;

Respecto de la legitimación negociadora de secciones sindicales en el procedimiento de consultas del art. 41.4 LET conviene referir algunas reglas de elaboración judicial reciente. Cuando se negocia en el nivel de empresa, se rechaza en vía judicial la constitución de comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales mayoritarias y representantes unitarios, al estimarse que “las secciones sindicales mayoritarias representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de la misma, lo cual impide necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo” (SAN 26-4-2013, Rec. 76/2013).

Cuando se negocie con secciones sindicales, deberá precisarse la representatividad de cada una en la comisión negociadora, puesto que el voto de los miembros de la comisión debe ajustarse a la representatividad efectiva de cada sección sindical (SAN 16-11-2012, Rec. 197/2012); es decir, cada voto es único, fuere cual fuere el número de componentes de cada sección sindical conforme a la representatividad que acrediten en la empresa, mientras que en las comisiones formadas por representantes unitarios no rigen estas reglas <sup>27</sup>. Además, no cabe que los delegados designados por la sección sindical voten de modo diferenciado en la comisión, porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de la que puedan disponer unila-

<sup>26</sup> Algún convenio, extralimitándose en sus previsiones, reserva la negociación exclusivamente a las secciones sindicales. Es el caso del Convenio marco de la Unión General de Trabajadores (BOE 20 abril), que en su art. 8.1 e) dispone que “las modificaciones de las condiciones de trabajo reguladas en el presente Convenio de acuerdo con lo establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores sólo se podrán realizar por acuerdo entre las partes negociadoras del presente Convenio –Comisión de Seguimiento de Política de Personal Confederal y Sección Sindical Estatal–. Y añade en su art. 28, sobre condiciones de inaplicación salarial, que “cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, por acuerdo entre el Organismo y su Sección Sindical se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas de quince días, a inaplicar el incremento salarial o a ajustar la tabla salarial prevista en el presente convenio.”

<sup>27</sup> Indica la SAN 26-4-2013, Rec. 76/2013) que en este caso “cada representante podrá votar en función del número de trabajadores, que le hayan elegido”.

teralmente (SAN 16-11-2012, cit.). Se admiten comisiones híbridas compuestas por secciones sindicales y Federaciones<sup>28</sup>. En estos casos de intervención de Federaciones es requisito decisivo que se asegure una representación ponderada a la representatividad interna en la empresa. De forma que si los miembros de la comisión negociadora son elegidos por las secciones sindicales y por las Federaciones, el voto a considerar es exclusivamente el de las primeras, porque su nombramiento debe acomodarse a la representatividad efectiva del sindicato en la empresa y no fuera de ella<sup>29</sup>.

2) En el caso de que intervengan los representantes legales (unitarios):

a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal o a una comisión representativa integrada por los representantes designados por los trabajadores si en el centro no existen representantes legales.

b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: 1) En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo; no obstante, la intervención de dicho órgano unitario lo es respecto de una negociación circunscrita a los centros afectados (art. 51.2 párr. 1º LET)<sup>30</sup>; 2) En otro caso, a una comisión representativa integrada por los representantes legales de cada centro y por los representantes designados por los trabajadores en los centros en que no existan representantes legales; en este último caso, si los trabajadores no designan la comisión de representantes, se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, “en proporción al número de trabajadores que representen”.

Si conforme a estas reglas se supera el máximo legal de 13 miembros de la comisión negociadora, los representantes elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

<sup>28</sup> SAN 16-11-2012 (Rec. 197/2012). Se admite en efecto que en dichas comisiones puedan participar las Federaciones sindicales sectoriales (SAN 23-04-2012, proced. 2/2012, en este caso porque así lo convinieron las partes en acuerdo de mediación de eficacia general, aunque no normativa).

<sup>29</sup> SAN 16-11-2012, Rec. 197/2012, que anula el acuerdo, aunque está suscrito por la mayoría de los miembros de la comisión, porque no se ha acreditado que representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores, que es el presupuesto requerido por el art. 41.4 ET.

<sup>30</sup> Si el convenio colectivo a inaplicar dispone que el Comité Intercentros asume la legitimación negocial cuando las medidas planteadas por la empresa afecten a más de un centro de trabajo, entonces debe prevalecer sobre la legitimación negocial de los respectivos comités de empresa de los centros de trabajo, dado que el art. 41.4 LET “se remite preferentemente a lo que dispongan los procedimientos específicos de la negociación colectiva, esto es, al convenio colectivo de aplicación” (STSJ Madrid 14-12-2012 (Rec. 59/2012)).

En términos generales, la doctrina jurisdiccional más reciente interpreta de forma flexible las reglas de legitimación de las comisiones negociadoras que no se acomodan perfectamente a lo dispuesto en el art. 41.4 ET, con la única condición de que “su composición se pacte voluntariamente por las partes y sus componentes aseguren un voto ponderado con arreglo a su representatividad efectiva” (SAN 16-11-2012, Rec. 197/2012). Se indica en esta Sentencia que “el presupuesto constitutivo, para que el período de consultas llegue a buen fin, es que los representantes sean verdaderamente representativos de los trabajadores afectados, porque este es el presupuesto para que los compromisos alcanzados sean operativos”. De forma que en empresas complejas (con diversos centros de trabajo con situaciones plurales, centros con representantes y centros sin ninguna representación) se ha llegado a admitir la negociación a través de comisiones híbridas, compuestas por representaciones unitarias de centro y comisiones *ad hoc* (SAN 28-09-2012, proc. 152 y 154/2012). Con la condición de que “dicha composición se hubiera pactado y se asegurara la ponderación de voto, porque la acumulación de representatividades no perjudica el resultado democrático y permite a los representantes de los trabajadores asumir contrapartidas costosas durante la negociación, que serían muy difíciles de asumir por los destinatarios, cuando nunca eligieron a sus representantes” (SAN 22-04-2013, Rec. 73/2013).

Una observación importante cabe realizar respecto de la inaplicación del convenio colectivo de referencia para un grupo societario laboral. En este caso, las reglas de legitimación negocial del lado de los trabajadores son diferentes. En efecto, el art. 82.3 pár. 2º LET refiere a “los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1”, y en esta norma existen unas reglas propias de legitimación negocial en el grupo societario, concretamente “la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 de este artículo para la negociación de los convenios sectoriales”, es decir, las estructuras representativas en la empresa son sustituidas por los sindicatos con las condiciones de representatividad del 87.2 LET. Lo cual es relevante en la medida en que cierra la posibilidad de pacto con las estructuras unitarias de representación en el ámbito del grupo societario. Además, impone un requisito de representatividad mínimo ya que el art. 87.2 sólo legitima para la negociación a los sindicatos que ostenten al menos un 10% de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio (lo que excluye de las consultas a los sindicatos que no llegan a tal umbral: SAN 26-4-2013, Rec. 76/2013).

### 6.3. El régimen del procedimiento de consultas

Las fases del procedimiento y sus plazos se sintetizan en los siguientes términos. En primer lugar, la fase de consultas tiene fijado un plazo máximo de 15 días (por remisión del art. 82.3 al art. 41.4 LET). En segundo lugar, en caso de desacuerdo “durante el periodo de consultas”, esto es, dentro de dicho periodo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. En tercer lugar, “cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos” autónomos, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la CCNCC.

El proceso de consultas debe desarrollarse conforme al apartado 4º del art. 41 LET. En cuanto al procedimiento de negociación, la única indicación del art. 41.4 es que el período de consultas será de una duración no superior a quince días <sup>31</sup>, y “versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”. Ello se completa con la exigencia de “negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”.

La doctrina jurisdiccional insiste en dos requisitos interconectados: la documentación e información que debe aportar la empresa y el principio de buena fe negocial. Al igual que está ocurriendo en el régimen de consultas respecto de otras medidas de flexibilidad laboral (art. 41 o 51 LET), los tribunales introducen un control de la regularidad de estos aspectos dentro del periodo de consultas, en el caso del acuerdo alcanzado ex art. 82.3 LET por la vía de la impugnación del acuerdo por fraude de ley o abuso de derecho (SAN 14-11-2012, Rec. 179/2012).

Los pronunciamientos judiciales recientes exigen para el conjunto de procedimientos de consultas frente a medidas de flexibilidad interna o despidos colectivos que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente los objetivos de la consulta; que dicha información se facilite en tiempo hábil, “dado que si los representantes de los trabajadores no disponen en tiempo hábil de los elementos de juicio, en los que la empresa fundamenta su medida, el período de consultas se vacía de contenido”; y que la negociación en el periodo de consultas sea efectiva, “garantizándose como tal aquella en la que

<sup>31</sup> Aunque algunos convenios fijan dicho plazo como periodo mínimo de consultas. Art. 63 del Convenio colectivo de Claved, SA (BOE 17 abril)

las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin” (por todas, SAN 15-2-2013, Sent. 29/2013). En este sentido, no se acredita buena fe negocial cuando se mantiene una posición inamovible; por el contrario, el mero rechazo a las peticiones y alternativas ofrecidas por el banco social no es indicativo de mala fe si fue razonado y justificado (SAN 15-10-2012, Rec. 162/2012).

Respecto del procedimiento de consultas ex art. 82.3 LET, las exigencias procedimentales y documentales se valoran desde un criterio finalista (la efectividad de la negociación), sin someterse a concretas exigencias formales. Reitera en este sentido la SAN 14-11-2012 (Rec. 179/2012) que “no puede admitirse que dicho periodo se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero cambio de pareceres o a una mera propuesta, sino que la misma debe ir acompañada de una precisa, concreta y amplia documentación que posibilite una negociación real”, aunque ello “no puede suponer, de ningún modo, que deban cumplimentarse exigencias formalistas o exorbitantes”<sup>32</sup>. En este sentido, se puntualiza que “no basta, para anular un período de consultas, que las empresas no hayan aportado documentos requeridos por la RLT, siendo necesario, por el contrario, que esta acredite suficientemente, que la falta de esas informaciones les impidió objetivamente la negociación efectiva durante el período de consultas”<sup>33</sup>.

Respecto de las exigencias documentales, hay que tener en cuenta que existen diversos marcos jurídicos de referencia. Algunos pronunciamientos entienden aplicable el Reglamento del periodo de consulta de los despidos colectivos, suspensiones de contrato y reducciones de jornada, del RD 1483/2012<sup>34</sup>. Una segunda tesis estima que al no regularse específicamente el

<sup>32</sup> Esta SAN 14-11-2012 (Rec. 179/2012) subraya que “lo importante es que se haya producido efectivamente negociación de buena fe, no pudiendo cuestionarse su validez por el simple hecho de que se alcanzara acuerdo el primer día de la negociación (...), o cuando se constata que, una vez concluida la negociación sin acuerdo con algunos sindicatos minoritarios, se redacta el acuerdo entre la empresa y los sindicatos firmantes mayoritarios, (...) debiendo destacarse que el cambio del orden del día en la reunión inicial, promovido por la empresa, quien introdujo nuevas modificaciones, no supone una quiebra mecánica de la buena fe negocial, cuando se acredita la aportación de información suficiente, así como la producción de múltiples negociaciones posteriores, que demuestran la negociación efectiva sobre todas las modificaciones, que concluyen con acuerdo con los sindicatos mayoritarios...”.

<sup>33</sup> SAN 19-3-2013 (Rec. 211/2013), en un procedimiento de reducción de jornada y suspensión de contratos; también exigiendo una prueba de la insuficiencia de la información a los representantes, SAN 21-9-2012 (Rec. 240/2012).

<sup>34</sup> Sería posible acudir en forma analógica al reglamento sobre procedimientos de regulación de empleo en lo relativo a la documentación a aportar por la empresa, teniendo en cuenta que dicho reglamento no exige una documentación tan detallada para los supuestos distintos al

deber de información para los períodos de consultas en los procedimientos de los arts. 40, 41 y 82.3 ET, deben aplicarse las reglas del art. 64.1 ET, que regula las exigencias generales sobre información y consulta a los representantes de los trabajadores (SAN 19-3-2013 (Rec. 211/2013))<sup>35</sup>. Hay también pronunciamientos con soluciones mixtas<sup>36</sup>.

En línea con este posicionamiento ecléctico, probablemente en vía judicial acabarán prevaleciendo como referencia las previsiones del art. 20 del RD 1362/2012, para la solicitud de decisión arbitral a cargo de la CCNCC. Este marco de referencia puede completarse con las previsiones del RD 1483/2012 (procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), al que precisamente se remite en la documentación sobre las causas justificadoras el mismo art. 20 del RD 1362/2012 (“A tales efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos...”) <sup>37</sup>. Pero como indica esta última norma la regulación del reglamento de despidos colectivos es sólo una referencia y debe ser considerada con cautela. Observa con buen criterio la SAN 19-3-2013 (Rec. 211/2013) que “no puede imponerse mecánicamente, como requisito constitutivo para la validez del período de consultas, la aportación de la misma docu-

---

despido colectivo y que la documentación justificativa será la estrictamente necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa (STSJ Andalucía 5-7-2012, Rec. 1294/2012). Sería aplicable analógicamente por existir una “manifiesta identidad de razón, como exige el art. 4.1 CC”, en tanto que el desarrollo reglamentario de los arts. 51 y 47 ET, se apoya precisamente en la regulación del art. 41.4 ET. Todo ello, salvo en aquellos supuestos en los que el reglamento desborde los límites marcados por el art. 41.4 ET” (SAN 16-11-2012 (Rec. 197/2012), en un procedimiento ex art. 82.3 LET).

<sup>35</sup> La SAN 14-11-2012 (Rec. 179/2012), en un procedimiento de consultas ex art. 82.3 LET, considera que no puede declararse la nulidad de la medida por la no aportación de las cuentas anuales, por cuanto se ha demostrado que la empresa daba cumplimiento habitualmente al mandato del art. 64.4.a) ET, poniendo a disposición de la RLT el balance, la cuenta de resultados, la memoria, así como los demás documentos que se ponen a disposición de los socios.

<sup>36</sup> Así la SAN 7-12-2012 (Rec. 243/2012), en un supuesto de consultas ex art. 41 LET, observa que “constatado que el art. 41.4 ET no precisa qué documentación deberán aportar las empresas para acreditar la concurrencia de causas en el período de consultas, que constituye propiamente un mecanismo de información y consulta con los representantes de los trabajadores, debemos aplicar las reglas generales, sobre información y consulta, contempladas en el art. 64.1 ET”. Aunque añade que se puede considerar una “buena práctica en modificaciones por causa económica, porque la misma despejará cualquier duda sobre la documentación necesaria, que las empresas aporten la documentación, regulada en los arts. 6 y 7 RD 801/2011, aunque consideramos también, que no cabe una respuesta mecánica, por lo que habrá de estarse a las causas concretas en cada caso”.

<sup>37</sup> El Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales (BOE 23 de mayo) indica que la documentación a aportar en el período de consultas debe tomar como referencia la requerida para los despidos colectivos (art. 16).

mentación del despido, porque la regulación diferenciada para los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada y la ausencia total de regulación para los demás procedimientos de flexibilidad interna acredita claramente que la intención de legislador no fue nunca generalizar los deberes informativos exigidos para el despido colectivo para las medidas de flexibilidad interna”.

Por su parte, algunos convenios colectivos sectoriales mantienen una función reguladora al respecto, estableciendo la obligación para la empresa de presentar, al inicio del período de consultas ex 82.3 LET, una memoria explicativa que debe contener una lista detallada de documentos<sup>38</sup>. Algunos convenios incluso prevén la remisión de la documentación a la Comisión Paritaria del convenio, y lo que es más dudoso, que ésta pueda requerir la documentación adicional que estime necesaria a la empresa<sup>39</sup>.

Hay que hacer dos consideraciones sobre esta regulación convencional. En primer lugar, el art. 41.4 LET circunscribe las facultades de los convenios al establecimiento de “procedimientos específicos”, de forma que las exigencias documentales deben ser consideradas a título orientativo para el proceso de consultas. En segundo lugar, respecto del alcance del incumplimiento de estas exigencias documentales, corresponde a los representantes de los trabajadores poner de manifiesto en el periodo de consultas que la falta de esas informaciones les impide objetivamente la negociación efectiva, infringiéndose el principio de buena fe negocial (SAN 19-3-2013 (Rec. 211/2013)).

<sup>38</sup> A modo de ejemplo, podemos referir la previsión del XVII Convenio colectivo general de la industria química ((BOE 9 abril): a) Detalle de las medidas propuestas; b) Justificación de las causas; c) Los objetivos que se pretenden alcanzar, incluyendo un Plan de viabilidad con las previsiones y objetivos industriales, comerciales, económicos y financieros a corto plazo, así como los medios destinados a alcanzar tales objetivos; d) Incidencia estimada de las medidas propuestas sobre la marcha económica de la empresa y consecuencias que pudieran derivarse en el supuesto de no adoptarse las mismas; e) Otras medidas que se proponen para atenuar las consecuencias de la inaplicación en los trabajadores afectados; f) Informe del posible impacto de las medidas propuestas en la evaluación de riesgos laborales así como, en su caso, las medidas preventivas a adoptar; g) Informe técnico sobre la situación económica y financiera de la empresa. En las empresas con menos de 25 trabajadores, y en función de los costos económicos que ello implica, se sustituirá el informe de auditores, por la documentación que resulte precisa dentro de lo señalado en los párrafos anteriores para demostrar, fehacientemente, la situación económica alegada; h) En el supuesto de inaplicación de los porcentajes de incremento y/o revisión salarial de los artículos 33 y 38 del presente convenio o, de inaplicación de sistema de remuneración o cuantía salarial contemplados en el mismo, en la información a presentar, se incluirá un estudio sobre la incidencia de los salarios en la marcha económica de la empresa. Otros ejemplos pueden verse en el Convenio colectivo de Claved, SA (BOE 17 abril). (Artículo 63) y el Convenio colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra, SLU (BOE 25 de abril) (Artículo 35).

<sup>39</sup> Convenio colectivo de Merchanservis, SA BOE 21 marzo (artículo 9); Convenio colectivo de Expertus Servicios Hoteleros, SL. (BOE 25 de abril) (artículo 9).

Finalmente, el principio de buena fe negocial puede verse afectado en el caso la medida finalmente adoptada por la empresa no sea coincidente con la planteada en el periodo de consultas. En este sentido la SAN 21-6-2013, Rec. 182/2013, sintetiza la cuestión indicando que “la empresa sólo puede apartarse de lo planteado durante la misma por la concurrencia de una situación nueva que justifique la revisión de la medida, en cuyo caso debería intentar reabrir el período de consultas, salvo que la revisión se traduzca exclusivamente en una mejora notoria e indubitada de la medida a implementar, que no altere su naturaleza haciendo ineficiente el período de consultas previo”.

## 7. EL ACUERDO EN EL PERIODO DE CONSULTAS

El acuerdo requiere la aprobación de “la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo”, conforme a lo previsto en el artículo 87.1 LET. A los efectos de la regularidad del acuerdo debe existir correlación entre el ámbito de la negociación (que será como regla el ámbito para el que se pretende la inaplicación del convenio) y de representación de los representantes laborales. Ya hemos tenido ocasión de referir las reglas sobre la constitución de la comisión negociadora en el periodo de consultas.

El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados (art. 41.4, párr. 7º LET). Si negocia la representación sindical, el acuerdo deberá ser suscrito por las representaciones sindicales que representen a la mayoría de los miembros de la representación unitaria. Así se deduce también de la doctrina judicial que hemos expuesto respecto de los requisitos de legitimación negocial. El acuerdo de empresa tiene los mismos efectos vinculantes del convenio colectivo inaplicado (eficacia normativa y general).

En caso de acuerdo, el art. 82.3 párr. 6º LET establece que el mismo deberá “determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”. Debe ser también comunicado el acuerdo a la Administración laboral “a los solos efectos de depósito” (párr. 9º del art. 82.3 LET y DA 4ª del RD 713/2010, que prevé un régimen de depósito administrativo de acuerdos).

La “inaplicación” del convenio debe ir acompañada de una nueva regulación que tiene preferencia aplicativa respecto del convenio, que es temporal y que será la acordada por las partes negociadoras, sin que los convenios

colectivos a inaplicar puedan condicionar esta facultad<sup>40</sup>. A diferencia del procedimiento del artículo 41 ET, el desarrollado por el artículo 82.3 LET requiere la indicación de las condiciones del convenio a inaplicar y también la regulación “con exactitud” de las nuevas condiciones de trabajo a aplicar en la empresa. De esta manera, “deviene consustancial que a la inaplicación le siga una concreción precisa y exacta de las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración” (STSJ Madrid 14-12-2012 (Rec. 59/2012)). En el caso de descuelgue salarial, desaparece la referencia en la redacción anterior a la obligación de prever “una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación”, cuando desaparecen las causas que determinaron el descuelgue. No obstante, por vía convencional se trata de mantener vigente esta regla en algunos sectores de actividad<sup>41</sup>.

Por lo demás, la doctrina judicial ha venido excluyendo que se pueda solicitar la inaplicación del convenio con efectos retroactivos (SSTSJ Andalucía 17-1-2012, Sent. 107/12; 8-3-2012, Sent. 847/12).

De darse el acuerdo, “se presumirá que concurren las causas justificativas” (art. 82.3 pár. 6º), de forma que sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (que habrá de ser cumplidamente acreditados y probados por quien los alega SAN 14-11-2012 (Rec. 179/2012)). Ya hemos comentado que esta causa de impugnación del acuerdo puede dar su juego a efectos del control de la regularidad del procedimiento de consultas. Por otra parte, algún pronunciamiento judicial deja entrever que el control causal en los casos de acuerdo también parece posible por esta vía. La SAN 21-9-2012 (Rec. 240/2012) observa que cuando el período de consultas concluye con acuerdo “se presume la concurrencia de causa, lo que alivia a los demandados de la prueba sobre su concurrencia, correspondiendo a los demandantes probar que las causas económicas y organizativas, alegadas por la empresa y asumidas por la mayoría del

<sup>40</sup> Son contrarias a estas reglas cláusulas como la del artículo 35 del Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados (BOE 13 de mayo), que dispone que las cláusulas de inaplicación salarial no serán aplicables más allá del 31 de diciembre de cada uno de los años.

<sup>41</sup> Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (BOE 9 abril) (art. 60): “El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el periodo de vigencia del convenio”.

comité intercentros, no se compadecieran con la realidad o se hubieran alcanzado en fraude de ley, dolo coacción o abuso de derecho”.

Finalmente, hay que observar que los acuerdos de inaplicación del convenio pueden darse como parte de un acuerdo de despidos colectivos, suspensión de contratos o reducción de jornada. La jurisdicción social interpreta que ello es posible, por una parte cuando la convocatoria de un periodo de consultas se hace al amparo de las normas de referencia (arts. 40, 41 y 47 ET), sustanciándose simultáneamente estos procedimientos siempre que se cumplan los requisitos formales y materiales previstos a tal efecto en cada uno de los preceptos reguladores. Nuestros tribunales entienden legítima la posibilidad de negociar medidas de suspensión y reducción de jornada al mismo tiempo que medidas de inaplicación del convenio (concretamente un descuelgue salarial), ya que “nada en la legislación vigente impide dicha negociación simultánea, siempre que se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de estas medidas” (SSAN 19-3-2013, Rec. 211/2013; 20-5-2013, Rec. 108/2013).

No obstante, no hace falta esta convocatoria múltiple si se siguen las reglas del despido colectivo del art. 51 LET y del RD 1483/2012. En efecto, conforme al art. 8 del RD 1483/2012, de cara a evitar o reducir los despidos colectivos, entre las medidas de acompañamiento puede incluirse medidas de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 LET (art. 8.1 e) del reglamento). En este caso “es parte del período de consultas del despido colectivo el debate que pueda suscitarse sobre cada una de estas cuestiones, y ello podrá dar lugar, en su caso, a la adopción de medidas de flexibilidad interna que sustituyan o acompañen a la flexibilidad externa” (SAN 20-5-2013, Rec. 108/2013). El procedimiento seguido por esta vía sustituye al procedimiento previsto en el art. 82.3 LET y el acuerdo alcanzado se entiende válido a todos los efectos. Hay que puntualizar que el plan de acompañamiento podrá ser ejecutado por la empresa tanto si el despido colectivo es acordado como si es decidido unilateralmente por la misma, pero las medidas de inaplicación del convenio colectivo dentro del plan de acompañamiento propuesto por la empresa sólo se admiten por esta vía si el plan finalmente es acordado.

Por otra parte, la DA 4ª del RD 713/2010, de 28 de mayo, referida al depósito de acuerdos, decisiones y laudos sobre inaplicación de convenios, contempla expresamente como objeto de depósito los acuerdos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 82.3 LET, cuando tales acuerdos se hayan alcanzado durante el periodo de consultas en un procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada (DA 4ª, 1, letra b), incorporada con el RD 1362/2012; esta previsión de depósito se contemplaba ya en la DA 5ª del RD 1483/2012).

## 8. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN CASO DE DESACUERDO

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a diversas instancias. A diferencia del régimen del art. 41 LET, que requiere acuerdo de las partes de remisión al procedimiento de mediación o arbitraje de aplicación en la empresa, en las soluciones previstas en el art. 82.3 LET basta con la iniciativa de algunas de las partes para el sometimiento a los diferentes instrumentos de solución de discrepancias previstos en la norma.

Dos observaciones son aquí importantes. En primer lugar, se trata de procedimientos sucesivos que se pueden poner en marcha sólo si no se activa el procedimiento precedente o no se acuerda solución vinculante dentro de él<sup>42</sup>. En segundo lugar, ha de retenerse al mismo tiempo que una de las condiciones de admisión de las demandas para la decisión de la CCNCC, prevista en el art. 16.2 del RD 1362/2012, consiste en que se haya cumplido el trámite de la intervención de la comisión paritaria o los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal previstos en el artículo 83 LET, en caso de que se hubiese recurrido a dichas instancias.

En la solución de las divergencias el convenio colectivo puede intervenir modalizando u ordenando el procedimiento de solución de tales divergencias (art. 85.3 c) en relación con el art. 41.4 *in principio* LET). Como vamos a ver los convenios están introduciendo cláusulas de modalización a este respecto.

a) En cuanto al iter procedimental en caso de desacuerdo, la intervención de la comisión paritaria del convenio es preceptiva si así se solicita por alguna de las partes (art. 82.3 pár. 7º LET y art. 10 V ASAC).

Esta intervención de la comisión paritaria se deja abierta en cuanto a su alcance, que dependerá del contenido de la solicitud de parte, y cabe pensar que atendiendo a la función de la norma debe orientarse a determinar si procede la inaplicación y los términos de dicha inaplicación. En este sentido, hay que tener en cuenta que el V ASAC contiene ya previsiones sobre los términos de la intervención de la comisión paritaria.

El acuerdo de la comisión paritaria es vinculante para las partes (art. 82.3 en relación con el art. 91.4 LET)<sup>43</sup>. Queda abierta la posibilidad de recurrir el acuerdo de la comisión paritaria, por la vía de impugnación de convenios colectivos.

<sup>42</sup> En este caso se cierra las puertas a las sucesivas instancias –Goerlich Peset, op. cit. pág. 100-101.

<sup>43</sup> Goerlich Peset, op. cit. pág. 97.

Algunos convenios establecen la obligatoriedad para las partes de plantear la inaplicación a la comisión paritaria<sup>44</sup>, con la posibilidad de que, si no se llega a acuerdo dentro de ella, la misma pueda por acuerdo establecer un arbitraje<sup>45</sup>.

De particular interés resulta en este aspecto nuevamente la regulación del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (BOE 22 de abril). En él se prevé un procedimiento de decisión arbitral de la Comisión mixta del convenio sectorial, que se ha diseñado tomando como referencia el régimen de decisión de la CCNCC previsto en el RD 1362/2012. Las características del régimen previsto en el convenio colectivo (art. 91 y sigs.) son las siguientes:

- La decisión de la Comisión que resuelva la discrepancia podrá ser adoptada en su propio seno en el término de siete días a contar desde que la discrepancia le fuera planteada o mediante la designación de un árbitro entre expertos imparciales e independientes.
- Solución a la discrepancia mediante decisión de la comisión mixta o laudo arbitral. La intervención arbitral tendrá lugar bien porque así se decida directamente, bien porque, habiéndose tramitado la solicitud a través de la Comisión mixta, ésta no llega a una solución y su bloqueo debe resolverse mediante una intervención arbitral.
- La decisión que se adopte a través de dicho procedimiento habrá de dictarse en un plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento de la discrepancia al mismo.
- Se prevén los contenidos y documentación de la solicitud de inaplicación del convenio. Se tendrá por desistido al solicitante si no subsana los defectos formales a este respecto.
- El procedimiento reproduce las reglas de tramitación previstas para las solicitudes de decisión de la CCNCC: intervención del secretario de la Comisión mixta, informe de los servicios técnicos de la comisión mixta, resolución bien por la comisión o el pleno de la comisión mixta.

Un problema que plantea este detallado procedimiento de decisión arbitral dentro de la Comisión mixta del convenio radica en que no se atiende al plazo máximo previsto de 7 días para la resolución de la divergencia. Pero lo cierto

<sup>44</sup> Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU (BOE 19 abril), art. 66, que se remite en caso de desacuerdo a la solución extrajudicial de conflictos laborales.

<sup>45</sup> Convenio colectivo de Tiresur, SL BOE 4 de marzo. Artículo 5: "En el caso de que la empresa pretendiera la inaplicación de condiciones de trabajo del presente convenio y el período de consultas establecido en el art. 82.3 E.T. finalizase sin acuerdo, la cuestión deberá ser planteada ante esta Comisión Mixta, que deberá resolver en el plazo de 7 días sobre la procedencia o no del descuelgue pretendido. Caso de resolución negativa, la empresa o los representantes de los trabajadores podrán someter la cuestión a la mediación del SIMA u órgano equivalente de ámbito estatal que pudiera ser establecido, o, caso de haber acuerdo entre ambas partes de la Comisión, a arbitraje del mismo órgano".

es que la solución es razonable, dado que se incorporan en el periodo de tramitación de la demanda ante la Comisión el periodo temporal que habría de cubrirse por remisión a los procedimientos extrajudiciales y, en su caso, el previsto en la intervención de la CCNCC o equivalente autonómico. De manera que la resolución no puede superar el plazo de veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento de la discrepancia a la Comisión mixta.

b) En caso de que, no siendo preceptivo, no se solicite la intervención de la comisión paritaria o, en cualquiera de los casos, ésta no llegue a un acuerdo, las partes tendrán dos vías de solución necesariamente sucesivas. En primer lugar, las partes “deberán recurrir” a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 LET (art. 82.3 párr. 7º LET). Habrá que estar entonces a los procedimientos de mediación o arbitraje previsto y su carácter obligatorio o voluntario.

Como observa la STSJ Madrid 14-12-2012 (Rec. 59/2012), a diferencia de la redacción dada al artículo 82.3 ET por el RD-Ley 3/2012, la nueva y vigente dada por la Ley 3/2012, “exige con carácter preceptivo, no tratándose pues de un trámite dispositivo, acudir a los procedimientos establecidos para solucionar las discrepancias en los acuerdos interprofesionales”.

Debe tenerse en cuenta, además, que los convenios colectivos pueden concretar reglas sobre el particular, adaptando o completando las previsiones de los Acuerdos Interprofesionales de solución de conflictos (letras c) y e) del art. 85.3 LET). En concreto, ordenando los procedimientos extrajudiciales en función del ámbito de la inaplicación del convenio de empresa<sup>46</sup>, introduciendo la obligatoriedad de acudir a dichos procedimientos<sup>47</sup>, o incluso, en algunos

<sup>46</sup> VI Convenio colectivo de Vodafone España, SAU (BOE 22 de mayo), que establece en su Anexo V, que “las partes se comprometen a recurrir a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos)”.

<sup>47</sup> Convenio colectivo de Doctus España, SAU BOE 4 marzo. (Artículo 7), prevé que “de persistir el desacuerdo en la Comisión Paritaria, la discrepancia será sometida en plazo máximo de quince días al SIMA (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje), para que manifieste opinión mediante arbitraje no vinculante”; Convenio colectivo de González Fierro, SA BOE 18 marzo. Artículo 27: “...Si finalizado el periodo de consultas, no hubiera acuerdo, se establecerá un periodo extraordinario de siete días en el que la Comisión paritaria del Convenio trabajará en la consecución del mismo. En caso de no llegar a un acuerdo, las partes se someterán los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores”; Convenio colectivo de Merchanservis, SA BOE 21 marzo. Artículo 9. “En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comi-

convenios se establece la obligación de someter las discrepancias a un arbitraje obligatorio<sup>48</sup>.

Independientemente de que culmine con éxito, es importante esta vía de solución extrajudicial porque puede ser relevante en la resolución de los expedientes de solución arbitral en la CCNCC, al tomarse en consideración en ellos preacuerdos alcanzados por las partes (que después no fructificaron –EXP 1/2013–) o la propuesta de concesiones finales formulada por la empresa en dicha vía extrajudicial (EXP 4/2013).

El V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC) incluye la previsión de un procedimiento para las discrepancias en los procesos de consultas en el caso del 82.3 LET (art. 4). En particular, el art. 12 prevé que cualquiera de las partes puede solicitar el procedimiento de mediación, en cuyo caso este procedimiento es obligatorio. En el caso del arbitraje rige sin embargo la voluntariedad (art. 18). El Preámbulo indica al respecto que “la utilización de los medios extrajudiciales ha de estar basada, en principio, en la voluntariedad, excepto cuando por acuerdo de las partes correspondientes, a nivel de empresa o ámbito superior, se establezca la obligatoriedad de los mismos, lo que es de aplicación, particularmente, a la institución del arbitraje”.

---

sión paritaria del Convenio, que dispondrá de un plazo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera notificada. De persistir el desacuerdo en la Comisión paritaria, la discrepancia será sometida en el plazo máximo de quince días al Tribunal Laboral de Catalunya (TLC), a través de los procedimientos que se establecen en su propio reglamento, para que manifieste opinión mediante arbitraje no vinculante”.

<sup>48</sup>Art. 17.5 del V convenio General de la Construcción; Punto Tercero del Acta de acuerdos parciales del V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (BOE 11-4-2012). Convenio colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra, SLU (BOE 25 de abril). Artículo 35.º: “En caso de que la Comisión Paritaria del Convenio Estatal de la construcción, no alcance ningún acuerdo, las discrepancias se someterán a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en el periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y por los motivos establecidos en el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores. Será la Comisión Paritaria del Convenio Estatal de la Construcción, la que remitirá al Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) estatal, u órgano que lo sustituya, en el plazo de cinco días siguientes a la finalización del plazo para resolver, las actuaciones y documentación necesaria. El arbitraje se someterá y dictará con la intervención, formalidades y procedimientos establecidos en los vigentes acuerdos de solución extrajudicial de conflictos y asumido por el Convenio de la Construcción estatal en su artículo 117”. Llamativa la cláusula del Convenio colectivo de Expertus Servicios Hoteleros, SL. (BOE 25 de abril). Artículo 9: “De persistir el desacuerdo en la Comisión paritaria, la discrepancia será sometida en el plazo máximo de quince días al Tribunal Laboral de Catalunya (TLC), a través de los procedimientos que se establecen en su propio reglamento, para que manifieste opinión mediante arbitraje no vinculante”.

## 9. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DISCREPANCIAS A CARGO DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS

### 9.1. Breve apunte crítico

El 82.3 pár 8º LET dispone que cuando “no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos”.

Aunque formalmente la inaplicación puede ser solicitada por “cualquiera de las partes”, lo cierto es que, como ya se deducía de la lógica de la norma <sup>49</sup>, los contenidos de la solicitud y la estructura del procedimiento previsto en desarrollo de esta norma (Real Decreto 1362/2012) sólo resultan operativos cuando es la empresa la que formula la solicitud. Por otra parte, la experiencia aplicativa del procedimiento de resolución ante la CCNCC lo evidencia sin duda, dado que todos los expedientes han sido iniciados por la parte empresarial.

Cabe expresar serias dudas sobre una solución con un difícil encaje dogmático, y sobre sus efectos positivos en términos prácticos. Desde el primer punto de vista, la introducción de un arbitraje obligatorio en el art. 82.3 pár. 8º LET plantea la duda de una posible lesión del derecho a la negociación colectiva, porque hablamos de la imposición legal de una especie de arbitraje público como solución a un conflicto de intereses<sup>50</sup>. La solución que podía haberse seguido en los supuestos de bloqueo en procesos de consulta sobre inaplicación del convenio ex art. 82.3 LET es la extensión de los mecanismos de arbitraje a petición de cualquiera de las partes en conflicto a través de los convenios colectivos o por la vía de los procedimientos autónomos de solución de conflictos. Ya he tenido ocasión de exponer en otro lugar que la fórmula de un arbitraje

<sup>49</sup> Cruz Villalón, “*El descuelgue de condiciones pactadas...*”, cit, pág. 240.

<sup>50</sup> Para la SAN 28-1-2013 (Rec. 316/2012), la naturaleza del arbitraje es mixta: “el primer pronunciamiento - concurrencia de causas- es propio de un arbitraje jurídico, puesto que tendrá que constatarse si se dan los requisitos exigidos por el art. 82.3ET, mientras que el segundo pronunciamiento -conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad- es más identificable con el laudo de equidad, en el que la Comisión y/o el árbitro deben tener un margen más elevado de autonomía”. Sobre el encaje constitucional, remito a mi estudio, “*La reforma del marco normativo de la negociación colectiva*”, cit. Véase, igualmente, Cruz Villalón, “*El descuelgue de condiciones pactadas...*”, cit, págs.. 241-244, sintetizando su argumentación, que por lo demás comparto, contraria a esta especie de arbitraje público obligatorio.

obligatorio desde la propia autonomía colectiva, a través de los Acuerdos Interprofesionales del art. 83.3 LET, no es incompatible con los derechos de negociación colectiva y de conflictos colectivos. Me parece significativo en apoyo a esta tesis la previsión, ya apuntada, en algunos convenios sectoriales estatales del arbitraje obligatorio ante el desacuerdo en el periodo de consultas.

## **9.2. Marco jurídico y experiencia aplicativa**

Como se sabe esta competencia viene atribuida a la CCNCC por el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Vamos a describir los aspectos normativos más relevantes y su aplicación práctica a través de los Expedientes resueltos por dicha Comisión. En este sentido, se han resuelto 15 expedientes en 2012 y 18 hasta agosto de 2013, de los que se admite total o parcialmente la inaplicación solicitada en once de ellos.

### *9.2.1. Competencia de la CCNCC*

La competencia de la CCNCC viene delimitada sobre el criterio del ámbito para el que se prevé la inaplicación del convenio colectivo, concretamente cuando la inaplicación de condiciones de trabajo de un convenio colectivo afecte “a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, así como cuando afecten a las empresas situadas en las ciudades de Ceuta y Melilla” (art. 17). No se valora el ámbito del convenio sino el de los centros donde están ubicados los trabajadores (EXPS 4/12, 15/12).

El ámbito competencial de la CCNCC era uno de los aspectos que podían afectar seriamente la efectividad del arbitraje previsto en el pár. 8º del art. 82.3 LET. Hasta el momento un número significativo de decisiones de expedientes de inaplicación planteados ante la CCNCC declara su incompetencia por afectar la solicitud de inaplicación a centros ubicados en una única provincia o Comunidad Autónoma. Por otra parte, la aplicación del arbitraje fuera del ámbito competencial de la CCNCC ha sido inviable por la falta de regulación en el ámbito de las CCAA. Ello además plantea un relevante problema de falta de uniformidad en la aplicación de la legislación laboral, dado que impide que numerosas empresas puedan acogerse a esta previsión legal.

Dos normas adicionales pueden contribuir a desbloquear esta situación. La primera previsión está contenida en la DA 2ª del RD 1362/2012. Esta disposición prevé que esta competencia puede también desarrollarse por la CCNCC en el ámbito territorial de aquellas CCAA en las que no se hubieran constituido los órganos tripartitos equivalentes a la Comisión, a través de un convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las correspon-

dientes Comunidades. En este sentido, algunas CCAA ya han adoptado iniciativas sobre el particular<sup>51</sup>.

La segunda norma es posterior al RD 1362/2012. Es una norma de mayor relevancia porque se dirige a resolver inmediatamente el bloqueo actual en el ámbito de las CCAA. La DA 6ª del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, dispone que si en un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este RDL (el 17 de marzo) las Comunidades Autónomas no hubieran constituido y puesto en funcionamiento un órgano tripartito equivalente a la CCNCC o suscrito un convenio de colaboración previsto en la DA 2ª del RD 1362/2012, la CCNCC podrá, subsidiariamente y en tanto en cuanto no se constituyan dichos órganos tripartitos equivalentes, conocer de las solicitudes presentadas cuando dicha inaplicación afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de una Comunidad Autónoma.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que en el caso del régimen de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se establecen reglas específicas en la DA 3ª del RD 1362/2012, remitiéndose a la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la LEBEP<sup>52</sup>. Lo llamativo sin embargo está en que, como ya vimos anteriormente, la actual regulación de la suspensión o modificación de convenios prevista en el art. 32 LEBEP habilita a la Administración a decidir unilateralmente, sin necesidad de acuerdo. Es difícil, además, con base en el principio de legalidad, el sometimiento por la Administración a los procedimientos de mediación o arbitraje cuando el fundamento de la inaplicación se justifique por la Administración (y no podrá ser de otra manera ex art. 32 LEBEP) en

<sup>51</sup> Se ha suscrito convenio de Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y la Comunidad Autónoma de Cantabria con vigencia de un año (BOC, 52, de 15-3-2013). En él se prevé que el MESS asume con sus medios (los de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y la ITSS) la gestión de las solicitudes de Cantabria. Con la salvedad de que si se resuelve mediante la designación de un árbitro, el coste de las compensaciones económicas que correspondan al árbitro designado por la Comisión correrá a cargo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Cláusula 6ª). Igual previsión de convenio de colaboración ha sido contemplada por el Gobierno de Navarra el 27 de marzo de 2013.

<sup>52</sup> Concretamente, el ejercicio de las funciones decisorias atribuidas en el Capítulo V a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos no se extenderá a aquellos convenios o acuerdos colectivos que regulen condiciones de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas, a los que resulta de aplicación la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. No obstante, para el caso de "las entidades públicas empresariales, las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza" se faculta a los Ministerios de Empleo y Seguridad Social y de Hacienda y Administraciones Públicas a las disposiciones necesarias en relación con la aplicación de las funciones decisorias del Capítulo V de la Comisión a dichas entidades.

“causa grave de interés público”, ligada a la necesidad de adoptar medidas o planes de ajuste para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público (DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012), que por lo demás se impone como exigencia constitucional a todas las Administraciones Públicas (art. 135 CE). Puede ser que a través de la mediación o el arbitraje se pueda decidir entre diversos tipos de medidas, pero deberá corresponder en última instancia a la Administración valorar si el acuerdo de mediación o la decisión arbitral, a las que se haya sometido voluntariamente, son acordes con estas exigencias constitucionales y legales.

#### 9.2.2. *Motivos de inadmisión de demandas distintas a la competencia de la CCNCC*

Como condiciones de admisión de las demandas, el art. 16.2 del RD 1362/2012 exige el cumplimiento de dos requisitos que deben darse conjuntamente.

- a) Que no se hubiera solicitado la intervención de la comisión paritaria del convenio o, en caso de haberse solicitado, ésta no hubiera alcanzado un acuerdo.

Indica la norma que la solicitud de intervención de la comisión paritaria será obligatoria cuando estuviese establecido en convenio colectivo.

- b) Que “no fueran aplicables los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal” previstos en el artículo 83 LET o cuando, habiéndose recurrido a dichos procedimientos, estos no hubieran resuelto la discrepancia.

En todos los casos resueltos hasta ahora por la CCNCC se exige cumplir con las condiciones previas del art. 16.2, y por tanto se rechaza la tramitación de la demanda por su incumplimiento (EXP 2/12; en el caso de los Expedientes 7/12 y 12/12, en particular, por no acudir a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos).

Un motivo específico para rechazar la admisión de la demanda de inaplicación del convenio o limitar el alcance de la decisión radica en que la solicitud de inaplicación se refiere a cláusulas de convenios no referidas estrictamente a las materias del 82.3 LET, como pueden ser cláusulas sobre mejoras salariales y condiciones más beneficiosas a título individual (EXP 2/12), o conceptos extrasalariales (EXPS 1/13, 4/2013)<sup>53</sup>. También se rechaza el pronunciamiento de la CCNCC porque la confrontación se refiere a un

<sup>53</sup> Aunque conviene puntualizar al respecto que el sistema de remuneración no comprende únicamente los conceptos de índole salarial, sino también los extrasalariales, como las dietas (STSJ Madrid 30-11-2012 (Rec. 5671/2012)).

conflicto jurídico sobre interpretación y aplicación de una cláusula convencional (EXP 2/13), e igualmente por tratarse de cláusulas de convenios extra-estatutarios (EXPS. 9/12 y 18/2013). Se excluye el pronunciamiento arbitral sobre las cuestiones planteadas ante la CCNCC pero que no fueron planteadas previamente en el proceso de consultas (EXP 13/2013). Finalmente, porque se entiende que la presentación de la solicitud a la CCNCC lo es con una dilatación temporal entre el periodo de negociación y la solicitud del arbitraje, “que desvirtúa el objeto de la negociación del período de consultas inicial” (EXPS. 14/2013 y 17/2013).

### *9.2.3. La decisión en Pleno como vía principal de decisión sobre la inaplicación.*

El RD 1362/2012 prevé diversas instancias de solución a la solicitud formulada. Concretamente:

1. Procedimiento mediante decisión directa de la Comisión Permanente (art. 21) o por imposibilidad de designación de un árbitro (art. 23.2).
2. Procedimiento mediante decisión del Pleno, por remisión, en su caso, de la CP (art. 19.4 y 5).
3. Procedimiento mediante decisión de un árbitro nombrado por la Comisión (art. 23).

Formalmente es la CP la que establece la vía a seguir. No obstante, el procedimiento a seguir lo dispone en primera instancia las partes discrepantes. Cuando exista conformidad entre las partes afectadas por la discrepancia para la designación de un árbitro, será preferente el designado de común acuerdo; si no se da este acuerdo, entonces decide la Comisión el procedimiento a seguir (art. 16.3).

La gran mayoría de los expedientes resueltos en el seno de la CCNCC en los que se ha entrado en el fondo del asunto han sido abordados por la vía de la decisión del Pleno. La representación de la patronal suele abogar por resolver dentro de la CP, sin el apoyo de las otras dos representaciones.

### *9.2.4. La relevancia de la posición de los representantes de la Administración en el Pleno y del informe de la ITSS*

El estudio de los Expedientes resueltos por la CCNCC pone de manifiesto que la controversia planteada es resuelta en el seno de un órgano administrativo colegiado donde la Administración asume una función dirimente, dado que en todos los supuestos en los que se ha entrado en el fondo del asunto ha sido decisiva la posición mantenida dentro del Pleno por los representantes de la Administración.

Por otra parte, en todos estos asuntos ha sido fundamental el informe técnico emitido por la ITSS. Es constante el posicionamiento de los representantes de la Administración considerando que “tanto de los datos obrantes en el expediente como del informe de la ITSS, se deduce claramente...” (los EXPS 1/13 y 3/2013 son buenos ejemplos).

En el caso de decisión por la CP está previsto un informe elaborado por los servicios técnicos disponibles por la Comisión en el plazo de diez días desde la fecha de solicitud (art. 21.1). En caso de decisión de un árbitro, éste puede solicitar “la emisión de un informe en los términos establecidos en el artículo 21.1” (art. 23.4). En aplicación de la DA 1º RD 1362/2012 esta función se está desarrollando por la ITSS.

En relación con el plazo considerado hay que decir que en ciertos expedientes resueltos por la CCNCC el plazo de 10 días para la emisión del informe de la ITSS se supera (EXPS 1/13, 2/13). Sobre el plazo de emisión de informe caben dos matices sobre su operatividad. En primer lugar, el plazo de emisión del informe cuando corresponde decidir a un árbitro no puede ser el previsto en el art. 21.1, porque a efectos de designación del árbitro es necesaria una previa convocatoria de la Comisión en el plazo máximo de cuatro días desde la fecha de la presentación de la solicitud. Procederá a continuación la designación del árbitro, se le efectuará el encargo formalmente y tras todo ello el árbitro podrá solicitar el informe técnico, lo que reducirá a la mínima expresión el plazo de 10 días del art. 21.1. Cabe interpretar que en este caso el plazo comienza a correr desde que se solicita por el árbitro el informe.

En segundo lugar, la solicitud de informe con plazo desde la solicitud de solución debe ser iniciativa del secretario, pero sólo “cuando la discrepancia deba resolverse mediante decisión adoptada en el propio seno de la Comisión” adoptada inicialmente por ésta conforme al art. 19.4. El problema radica en que inicialmente la Comisión ha podido decidir nombrar a un árbitro y ésta no ha sido posible, en cuyo caso “la decisión para la solución de la discrepancia planteada será adoptada en el seno de la Comisión siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 21” (art. 23.2), de manera que habrán transcurrido algunos días hasta iniciar el procedimiento del art. 21 y en tal caso la solicitud de informe por el secretario se habrá demorado reduciendo nuevamente el plazo para el informe.

#### *9.2.5. Contenido de la decisión o el laudo sobre la solicitud de inaplicación del convenio. Su alcance a la luz de la primera doctrina jurisprudencial*

El esquema normativo es semejante en este aspecto para la decisión de la comisión o el pleno (art. 22) y del árbitro (art. 24). La decisión será motivada y deberá pronunciarse, en primer lugar, “sobre la concurrencia de las causas

económicas, técnicas, organizativas o de producción, que da lugar a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo”. En caso de no concurrir dichas causas, la decisión o el laudo “así lo declarará, con la consecuencia de que no procederá la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo”.

En segundo lugar, cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión o el árbitro deberán pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual se valorará “su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados”. Tras esta valoración la decisión o el laudo “podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad”. Es evidente la amplia discrecionalidad que estas reglas otorgan a la decisión arbitral<sup>54</sup>.

Hay que significar que en caso de no aceptarse la propuesta en sus propios términos, la decisión o el laudo se limitan a realizar una propuesta de inaplicación del convenio cuya efectividad es facultad de la empresa. De manera que no se condiciona la libertad empresarial, aunque materialmente puede actuar como un condicionante al limitar la posibilidad para la empresa de justificar otras soluciones distintas a las propuestas (por ejemplo, suspensiones o despidos)<sup>55</sup>.

En tercer lugar, la decisión o el laudo se pronunciarán sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. En sus expedientes de decisión favorables, la CCNCC y los laudos arbitrales establecen como fecha de inicio de efectos de la inaplicación del convenio la fecha de la decisión arbitral. Esta solución no me parece que pueda justificarse, como hacen dichas decisiones, en un principio constitucional o legal de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos (art. 9.3 CE y 2.3 C. Civil), porque dicho principio no afectaría a una decisión arbitral que tiene como función pronunciarse precisamente sobre derechos contractuales cuyo disfrute se somete a la negociación (y el arbitraje) *ex* art. 82.3 LET. En otros términos, el régimen del descuelgue convencional supone dejar sin efecto un convenio y con ello impone la renuncia temporal de derechos a los trabajadores, prohibida en otro caso a éstos (excepcionalmente en algún expediente el laudo arbitral decide la inaplicación del convenio con efectos anteriores a la fecha del laudo: EXP 9/2013). Esta observación crítica es coherente con una doctrina jurisdiccional que rechaza exclusivamente el supuesto en que la empresa solicita un descuelgue con efectos retroactivo respecto de la fecha de la solicitud (STSJ Andalucía 8-3-2012, Sent. 847/12). Además la solución arbitral sería incon-

<sup>54</sup> Durán López, *op. cit.*

<sup>55</sup> Goerlich Peset, *op. cit.* pág. 110

gruente con la solicitud formulada por la empresa respecto de la motivación del descuelgue y su aplicación a un determinado periodo de tiempo, siendo lo razonable justificar la limitación temporal del descuelgue en base a un principio de razonabilidad o proporcionalidad de las medidas a adoptar.

Diversas cuestiones suscita el régimen reglamentario del contenido de la decisión o el laudo. En primer lugar, la referente al pronunciamiento del laudo sobre irregularidades formales ex art. 41.4 LET. En segundo lugar, el alcance de la decisión o el laudo. En tercer lugar, la posibilidad de decidir en términos diferentes a los previstos normativamente.

En lo referente a la primera cuestión, conforme a los preceptos indicados la Comisión o el árbitro han de pronunciarse sobre las cuestiones de fondo (si concurren las causas de inaplicación y sobre las pretensiones de inaplicación solicitadas). La SAN 19-3-2013 (Rec. 211/2013) ha puntualizado que la Comisión ha de pronunciarse sobre todas las discrepancias producidas en dicho proceso, entre las que se encuentran necesariamente aquellas que supongan la elusión de las normas, previstas en el art. 41.4 LET, al que se remite el art. 82.3 ET, es decir, debe pronunciarse sobre las irregularidades producidas en el periodo de consultas y denunciadas ante dicha Comisión (como pueden ser la vulneración de derechos fundamentales en el período de consultas, la insuficiencia de información o la exigencia de buena fe durante el período de consultas). De hecho, la decisión de la CCNCC o el laudo arbitral entran ya en sus más recientes pronunciamientos a valorar el cumplimiento de requisitos procedimentales, particularmente el respecto del principio de buena fe negocial (así, EXPS. 5/2013, 6/2013, 8/2013, 10/2013).

En segundo lugar, sobre el alcance de la decisión o el laudo, la primera doctrina jurisdiccional confirma la amplia discrecionalidad que hemos deducido de la regulación reglamentaria. La SAN 28-1-2013 (Rec. 316/2012) observa que la norma (se refiere en concreto al art. 22 del reglamento) “no contempla la autorización mecánica de la medida, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, debiendo además “valorar obligatoriamente la adecuación de la medida y sus efectos sobre los trabajadores afectados en relación con las causas acreditadas”. Se exige un control siguiendo las pautas marcadas por la doctrina jurisdiccional para otro tipo de medida como las modificaciones sustanciales o los despidos colectivos (SSAN 21-11-2012, proced. 167/2012 y 18-05-2012, proced. 81/2012), de forma que “constatada la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, la Comisión deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa”.

En el caso abordado, la empresa demandante defiende que la resolución recurrida incurre en *ultra vires*, puesto que solo tenía que pronunciarse sobre la

conurrencia de las causas alegadas. Sin embargo, la SAN contradice la posición de la empresa, “puesto que la resolución debía, en efecto, precisar la concurrencia de causas, lo que hace claramente (...). Debía, además, constatar si concurrían las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad exigidas entre las causas y la medida tomada y la resolución, por lo que, asumiendo nuevamente la posición de la Administración, entiende que no procede aplicar la medida, puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras, amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa la emergencia de situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve”.

La SAN comentada entiende razonable el proceder de la resolución recurrida, que no deniega la medida por inexistencia de causa, “sino por considerarla irrazonable y desproporcionada, puesto que produce efectos muy gravosos para los trabajadores, que ya habían asumido otros sacrificios por causas económicas y productivas con anterioridad”, es decir, la decisión se apoya “en el impacto desproporcionado de la misma sobre unos trabajadores, que menos de dos meses antes asumieron prolongar su convenio, flexibilizaron su jornada en mayor medida y congelaron sus salarios con causas a una situación económica negativa y productiva ya acreditada”.

En relación con la tercera cuestión (la posibilidad de decidir en términos diferentes a los previstos en la norma), conviene recordar que el esquema normativo de los arts. 22 y 24 es claro: i) determinar si existe concurrencia de causa; ii) cuando se aprecie la concurrencia de las causas, decidirá si corresponde la inaplicación en sus propios términos o la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad; iii) se pronunciarán sobre la duración del periodo de inaplicación.

Pues bien, en el caso del EXP 3/2013, frente al posicionamiento opuesto de los representantes sindicales (no hay causa, debe desestimarse la pretensión) y patronales (hay causa y debe estimarse la pretensión en sus mismos términos), los representantes de la Administración entienden que “se deduce claramente, y sin ningún género de dudas, la existencia y concurrencia de la causa económica alegada”. No obstante, entiende que no es adecuada la pretensión empresarial en sus propios términos, proponiendo otros términos para la inaplicación solicitada. La cuestión radica en que, frente a la práctica en otros expedientes, ninguna de las partes sociales se adhiere a la de la Administración, con lo que se declara la imposibilidad de un pronunciamiento por la CCNCC.

Este planteamiento contraviene el contenido que el art. 22 del Reglamento exige de la decisión, que puede ser considerada ilegal por vulneración de normas de derecho necesario. No se entiende, por otra parte, que la propia CCNCC a la vista del bloqueo en sus deliberaciones no acuerde remitirse a la otra vía prevista en el reglamento, es decir, someter la decisión a un árbitro.

## 10 LA RECURRIBILIDAD DE ACUERDOS, DECISIONES Y LAUDOS ARBITRALES

### 10.1 Sobre la recurribilidad del acuerdo en el periodo de consultas

No existe previsión expresa sobre la vía de impugnación del acuerdo. Dado que el art. 82.3 párr. 6º LET abre la vía de la impugnación, deben encauzarse las demandas al efecto por la vía del art. 163 y sigs. LRJS<sup>56</sup>. Los motivos de impugnación serán su ilegalidad (dado que se trata de acuerdos con efectos normativos sustitutivos temporalmente de convenios colectivos en el marco de la regulación del Título III LET, deben también ser sometidos al principio de legalidad: cumplimiento de requisitos de legitimación o procedimiento) o “la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

Las dudas procesales al respecto se plantean esencialmente respecto a los supuestos de legitimación activa en la modalidad de impugnación directa del acuerdo<sup>57</sup>. La impugnación será posible por los representantes colectivos de los trabajadores que discrepen del acuerdo y decidan impugnarlo por la existencia de aquellas circunstancias (lo que encaja en las previsiones del art. 165.1 a) o 154 LRJS). Para el supuesto de impugnación del acuerdo, no creo que sean relevantes las dudas sobre la legitimación activa de la empresa (que encuentra problemas de encaje en el art. 165.1 a), no así en el art. 154 LRJS), porque el acuerdo lo sería por iniciativa suya, y carecería de sentido en este caso la impugnación.

Una atención particular puede plantear la impugnación por lesividad (bien por encajar en el enunciado de la causa de impugnación del art. 82.3, párr. 6º, por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, bien por interpretarse que es aplicable la vía de impugnación de convenios). Aquí se ha planteado en concreto la posibilidad de impugnación por una empresa competidora por tal motivo<sup>58</sup>. Es problemática la diferenciación entre ilegalidad y lesividad<sup>59</sup>, aunque en la jurisprudencia se admite el supuesto de lesividad sin ilegalidad,

<sup>56</sup> En este sentido, Sala Franco, *Comentario al art. 163*, en AA.VV., *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011*, Ed. Comares, pág. 891, argumenta que si se encauzan por esta vía las demandas frente a los laudos ex art. 82.3 LET, equiparándolos a los laudos sustitutivos de convenios, lo coherente es mantener la misma vía de impugnación de los acuerdos de inaplicación de los convenios.

<sup>57</sup> Los problemas que se plantean a este respecto para la impugnación de acuerdos, decisiones y laudos son subrayados en los estudios de Durán López y Goerlich Peset, citados.

<sup>58</sup> Durán López, *op. cit.*

<sup>59</sup> Cfr. Sala Franco, *op. cit.*, pág. 886-887

precisamente en casos donde las cláusulas de convenios pueden afectar a la posición de terceras empresas en el mercado (pérdida de ventas). Como quiera que sea, entiendo que es difícil que se pueda alegar lesividad (se supone que desde la óptica de una competencia desleal) porque la finalidad del art. 82.3 LET es precisamente que el acuerdo de inaplicación del convenio sea una forma de favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado (obviamente en detrimento de las competidoras). En otros términos, lo que sería lesivo desde la perspectiva de una empresa tercera no es el acuerdo alcanzado, sino la previsión legal del art. 82.3 LET.

## 10.2. Sobre la recurribilidad de decisiones y laudos

Tanto en el caso del laudo acordado a través de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, como en el caso de las decisiones y laudos en el seno de la CCNCC, se establece que tendrán la eficacia de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas y solo serán recurribles conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 LET (art. 82.3, párr. 7 y 8; art. 16.3 RD en el caso de la decisión arbitral de la CCNCC). Diversas cuestiones resultan aquí de interés: el procedimiento judicial a seguir, las causas por la que puede ser recurrido el laudo y los sujetos legitimados para su impugnación.

Respecto del procedimiento judicial a seguir, la remisión de los correspondientes párrafos del art. 82.3 LET al art. 91 LET permite determinar que debe ser el procedimiento de impugnación de convenios colectivos del art. 163 y sigs. LRJS. Estos laudos quedan equiparados a los laudos sustitutivos de convenios a efectos de su impugnación. Así, se ha entendido en vía judicial. En el caso de la SAN 28-1-2013 (Rec. 316/2012), la demanda presentada por la empresa frente a la decisión arbitral de la CCNCC sigue la vía del procedimiento de conflictos colectivos, pero alegado por la Abogacía del Estado inadecuación de procedimiento, se acepta la reconducción de la demanda por la vía de procedimiento de impugnación de convenios.

Hay que anotar que también en el caso de impugnación del laudo acordado a través de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, el ASEC V prevé que el laudo arbitral sólo podrá ser recurrido en los términos y plazos establecidos en el artículo 65.4 y 163.1 LRJS (art. 22.3).

Ahora bien, es necesario adecuar las reglas del procedimiento judicial del art. 163 y sigs. LRJS a la singularidad del laudo en cuestión. Es necesario tener en cuenta que la remisión al procedimiento de impugnación de convenios se explica por tratarse de impugnar un laudo, y en este sentido se ha seguido la vía prevista ya en el art. 163 LRJS. Pero el laudo que se impugna ex art. 82.3 LET tiene una función distinta y se sitúa en un conflicto de diferente naturaleza. La

singularidad radica de una parte en la naturaleza del conflicto resuelto, a medio camino de un conflicto jurídico y de intereses (recuérdese la argumentación de la SAN 28-1-2013, Rec. 316/2012, sobre la naturaleza mixta de este tipo de resoluciones). La singularidad radica, de otro lado, en el contexto del conflicto (circunscrito a la empresa) y la ausencia de acuerdo de las partes. El procedimiento del 163 y sigs. LRJS está pensado para la impugnación de convenios colectivos suscritos y consecuentemente impugnados por sujetos colectivos no firmantes del mismo; pero en el caso del art. 82.3 LET lo que se pretende es una inaplicación singular del convenio impugnada por un empresario individual sin acuerdo de los trabajadores.

En relación con las causas de impugnación, el art. 91.2 LET indica que los laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos, esto es, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros (art. 163.1 LRJS). Específicamente, añade el art. 91.2 LET, cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

Sobre este esquema, la SAN 28-1-2013 (Rec. 316/2012) entiende que las causas de impugnación deben ceñirse a vicios procedimentales, *ultra vires* y vulneración de normas de derecho necesario, a partir de una interpretación integradora de los arts. 91 ET, 65.4 y 165 LRJS. Argumenta la sentencia, sobre la premisa de la naturaleza mixta de este tipo de resoluciones, que las decisiones y laudos producidos por la intervención de la CCNCC en aplicación del art. 82.3 LET son impugnables por ilegalidad, lesividad y por vicios procedimentales, si bien dichas impugnaciones, cuando se apoyen en la ilegalidad, “deberán ser especialmente exigentes, particularmente cuando se opongan a los criterios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad utilizados en las resoluciones, puesto que dichos extremos se relacionan propiamente con los laudos de equidad, cuyo control jurisdiccional es más limitado”.

Por lo que respecta a los requisitos de legitimación, hay que indicar que a los sujetos legitimados conforme al art. 165.1 a) LRJS, en el supuesto de impugnación por ilegalidad, habrá que añadir al empresario afectado por el laudo. Carece de sentido que no se confiera legitimación al empresario para impugnar un laudo, porque no estamos hablando de impugnación de convenios, sino ante una controversia entre la empresa y los trabajadores que se sitúa más bien en el esquema de la legitimación en el procedimiento de conflictos colectivos (las reglas de legitimación del art. 154 LRJS parecen más ajustadas a este tipo de impugnación). Por otra parte, habría que incluir entre los sujetos legitimados activamente a la comisión *ad hoc* de los trabajadores, a la que en

supuestos de despido colectivo se ha reconocido legitimación procesal activa (STSJ Cataluña 23/5/2012, Rec. 10/2012; SAN 13-5-2013, Rec.89/2013<sup>60</sup>).

Por otra parte, en el supuesto de impugnación por lesión de terceros (art. 165.1 b) LRJS), ya he manifestado mis dudas sobre la posibilidad de argumentar la lesividad del laudo respecto de empresas individuales competidoras, porque la inaplicación convencional encuentra su fundamento en la lógica del art. 82.3 LET.

## 11. DEPÓSITO DE ACUERDOS Y DECISIONES ARBITRALES

Concluimos el estudio dando cuenta del Real Decreto 1362/2012, que ha procedido a añadir una nueva disposición adicional cuarta al Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, que impone el depósito de acuerdos, laudos arbitrales y decisiones de la CCNCC u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas sobre inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos.

En concreto deben ser objeto de depósito los acuerdos de inaplicación alcanzados entre el empresario y la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas conforme al art. 82.3 LET o los acuerdos de inaplicación cuando tales acuerdos se hayan alcanzado durante el periodo de consultas en un procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada. Igualmente, deben depositarse los acuerdos conseguidos en el seno de la comisión paritaria del convenio colectivo de aplicación e igualmente cuando tales acuerdos.

También deben depositarse los acuerdos y laudos arbitrales con el mismo objeto dentro de los procedimientos contemplados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores o las decisiones y laudos dentro del procedimiento de intervención de Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas.

<sup>60</sup> Esta sentencia de la AN añade que “aunque se hubiera producido formalmente el desistimiento de la tercera componente de la comisión ad hoc, que no es el caso, no concurriría falta de representación, puesto que la acción se mantendría por la mayoría de las componentes de la comisión, quienes estaban legitimadas para alcanzar acuerdo en el periodo de consultas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 RD 1483/2012, de 29 de octubre, al representar a la mayoría de los trabajadores y también para impugnar el despido colectivo”.