



## FLEXIBILIDAD INTERNA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REFORMA DE 2012

José María Goerlich Peset\*  
Universitat de València

**SUMARIO:** I. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y FLEXIBILIDAD INTERNA: UN CAMBIO DE PERSPECTIVA EN EL NUEVO MILENIO. –II. LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. II.1. Modificaciones del procedimiento negociador y del contenido mínimo del convenio. II.2. Reforma de la eficacia temporal del convenio colectivo: la disciplina de la ultraactividad. II.3. La prevalencia del convenio de empresa. –III. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO ESTABLECIDAS POR LOS CONVENIOS COLECTIVOS. III.1. Unificación y desplazamiento al tratamiento de las fuentes: consecuencias no explícitas. III.2. La configuración del supuesto. III.3. Requisitos causales y procedimentales: el problema del arbitraje obligatorio.

---

### RESUMEN

*Resulta llamativo el sustancial cambio que se advierte en las relaciones entre flexibilidad y negociación colectiva: si en el pasado reciente ésta resultaba ser un instrumento equilibrado para alcanzar aquélla, en las reformas más recientes aparece como un obstáculo. La reforma de 2012, en la línea que abrieron las de 2010 y 2011, se ubica claramente en esta línea. Las consideraciones que siguen examinan y valoran las principales novedades que se han introducido así como los principales problemas interpretativos que abren. En la primera parte, se abordan las concretas reformas que se han introducido en la ordenación del procedimiento negociador, el contenido de los convenios así como su eficacia temporal y la estructura de la negociación. En la segunda, se afrontan las principales novedades en el régimen jurídico de la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo. Se hace particular hincapié en los aspectos relacionados con la compleja inserción de los nuevos preceptos en el conjunto del sistema jurídico-laboral y en la polémica constitucionalidad de algunas de las soluciones.*

---

### I. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y FLEXIBILIDAD INTERNA: UN CAMBIO DE PERSPECTIVA EN EL NUEVO MILENIO.

Para glosar la reforma de 2012 en cuanto a su incidencia sobre el binomio negociación colectiva/flexibilidad, lo primero que conviene señalar es el sustancial cambio de óptica que se produce en la relación existente entre ellas. En episodios normativos anteriores –a los que podemos referirnos como las reformas estatutarias del siglo XX, por más que alguna de las que cabría incluir se haya aprobado después del 2000–, la negociación ha sido vista como un ins-

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Consultor. BROSETA abogados.

trumento de consecución de flexibilidad. Un ejemplo muy destacado de esta idea se encuentra en la gran reforma estatutaria de 1994. En la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 se puede leer en este sentido que la negociación colectiva “debe ser un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas”. Como consecuencia, la actuación legislativa se concentraba en facilitarle las cosas: “espacios hasta ahora reservados a la regulación estatal pasan al terreno de la negociación colectiva”.

En las reformas del tercer milenio, la negociación colectiva ya no aparece como creadora de flexibilidad sino como obstáculo a la misma y, en cuanto tal, contribuye a explicar las anomalías de nuestro mercado de trabajo, en concreto, el elevado desempleo en las épocas recesivas. “El sistema de negociación colectiva(habría) ido acumulando en este tiempo algunas disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales”. El modelo de convenio genera “dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquella en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica”, con lo que se “dificulta la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa, esto es, la modificación de aquellas condiciones de trabajo aplicables a las relaciones laborales” y, a la postre, el ajuste no se produce “incidiendo sobre los salarios o sobre la jornada de trabajo, sino a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como los despidos”.

Interesa resaltar que las citas del párrafo anterior no provienen del RDL 3/2012 ni de la posterior Ley 3/2012, sino de la exposición de motivos del RDL 7/2001. No es una casualidad. Demuestra que existe una sustancial continuidad, en este tema y en otros, entre las reformas de 2010 (RDL 10/2010 y Ley 35/2010), 2011 (RDL 7/2011) y 2012 (RDL 3/2012 y Ley 3/2012). Por eso me he permitido hablar, más arriba, de las reformas del tercer milenio. Creo que es necesario no perder de vista esta idea porque existe un claro interés, desde todas las sensibilidades ideológicas, en obviar la existencia de este claro continuum. Las normas de 2012, a pesar de que en materia de negociación como en muchas otras, son claramente tributarias de las de 2010 y 2011, tienen interés en desmarcarse de ellas, relegándolas a la condición de meros “cambios normativos”, bienintencionados y bien orientados, pero fallidos. Desde una perspectiva diferente, se ha presentado la reforma como un “cambio radical”, conformando un modelo “opuesto” al previsto en la CE –como se hace en la declaración Por un trabajo decente y unas libertades colectivas plenas (El País, 23 de marzo de 2012)–. Lo cierto es, sin embargo, que en este tema, como en muchos otros de los abordados en la nueva reforma, se encuentran más bien diferencias cuantitativas que cualitativas respecto de sus precedentes inmediatos. En materia de negociación colectiva, como en otras, la reforma de 2012 discurre por los caminos que se abrieron en 2010 y 2011, culminando las tendencias que estas comenzaron.

No discuto, en fin, que las diferencias entre las normas de 2010/2011 y 2012 pueden ser muy importantes y suscitar tales diferencias valoraciones críticas o muy críticas. De hecho, comparto algunas de ellas, tanto en relación con la forma en la que se ha gestado la reforma como respecto de alguno de sus contenidos. En el primer sentido, el hecho de que el RDL 3/2012 se gestara sin la apertura de un mínimo proceso de concertación con los interlocutores sociales viene agravada, en relación específicamente con la negociación colectiva, con el desconocimiento de los resultados que aquellos habían alcanzado pocos días antes al suscribir el II Acuerdo para la negociación colectiva y el empleo (2012/2014). En cuanto al segundo, es obvio que en la búsqueda de la flexibilidad las diferentes reformas introducidas en la negociación colectiva alientan fenómenos de degradación e individualización de las condiciones de trabajo. La prevalencia de la unidad de empresa en la configuración de la estructura de la negociación y, sobre todo, la nueva regulación de la inaplicación del convenio pueden afectar, además, al tipo de competencia entre las empresas –de la que ya no quedan al margen las condiciones de trabajo–. A cambio, las nuevas reglas podrían estar aprontando instrumentos de flexibilidad que, en ciertas condiciones, podrían hacer más «flexiseguro» nuestro ordenamiento laboral: sólo el transcurso del tiempo permitirá valorar, en este sentido, si los riesgos vienen o no compensados por esta posible ventaja...

## II. LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al margen el art. 82.3 ET –al que me referiré luego–, los preceptos del título III alterados en las reformas de 2012 son: art. 84, 1 y 2, 85.3, 86, 1 y 3, 89.2, 90.3 ET. Teniendo en cuenta que el Título III únicamente tiene 10 artículos, cabe alcanzar la conclusión de que la reforma de la negociación es amplia. Se trata de una conclusión en exceso simplista: aunque en algunos puntos sea muy importante, el alcance de las reformas es, en realidad, muy limitado, como veremos.

A efectos de organizar la exposición, usaré tres ejes. En el primero abordaré las modificaciones en el procedimiento negociador y en el contenido obligatorio del convenio; en el segundo analizaré de la reforma de la eficacia temporal del convenio colectivo; finalmente me ocuparé de la prevalencia de la negociación de empresa.

### II.1. Modificaciones del procedimiento negociador y del contenido mínimo del convenio

En el primer terreno, podemos ver tres novedades que afectan al contenido mínimo del convenio (art. 85.3 ET), al calendario de negociación (art. 89.2 ET) y al tempo de la intervención de la autoridad laboral en la publicación del convenio colectivo (art. 90.3 ET).

Comenzando por esta última –de muy escasa trascendencia–, diré que se ha introducido en la tramitación parlamentaria y consiste en aumentar el tiempo del que dispone la autoridad laboral para proceder a la publicación del convenio colectivo: de los diez días que se concedía a estos efectos desde la aprobación del Estatuto de 1980, se pasa ahora a veinte días. La enmienda del grupo parlamentario popular de la que trae causa (núm. 616 Congreso) la presenta como “mejora técnica”. De lo que se trata, según creo, es de posibilitar mayor comodidad en el desarrollo de la labor administrativa de control de la adecuación de los convenios a la legalidad. Debe tenerse en cuenta que esta tarea se ha venido incrementando por diversas razones. De un lado, las nuevas normas laborales, al condicionar de forma mucho más intensa la estructura de la negociación, obligan quizá a desplegar una mayor actividad en relación con el control de la legalidad. De otro, han aparecido requerimientos externos de vigilancia de la actividad negociadora que también intensifican la actividad que debe desarrollar la autoridad laboral. Recuérdese, en este sentido, el convenio de colaboración suscrito en enero de 2010 entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia.

En cuanto a las otras dos modificaciones, tienen una finalidad común: aligerar la farfolla que se había introducido en junio de 2011 en los dos preceptos reformados, arts. 85.3 y 89.2 ET, por la sencilla razón de que se ha vuelto innecesaria. Con alguna salvedad en el caso del primer precepto, se vuelve a la redacción anterior al RDL 7/2011. Este camino de ida y vuelta tiene una sencilla explicación: se relaciona con las singularidades de la intervención legislativa de 2011 y la mayor contundencia que presenta la de 2012. Como he intentado demostrar al inicio de estas reflexiones, el diagnóstico legislativo de 2011 respecto de los problemas de la negociación no era muy diferente al desarrollado por el legislador de febrero/junio 2012. Sin embargo, el modus operandi sí lo fue.

En 2011, el Gobierno intentó desesperadamente que los interlocutores sociales llegaran a un acuerdo sobre la reforma de la negociación. Vino precedida, en efecto, de un larguísimo proceso de negociación entre los agentes sociales: primero, en el marco de la fallida concertación de lo que finalmente sería la reforma de 2010; y, después, extraída de este proceso cuando aún no se había cerrado, en otro autónomo alentado y limitado por la Ley 35/2010 (cfr. disp. adic. 21ª) y que continuó varios meses después de haber superado la previsión máxima. Inevitablemente, estos antecedentes demuestran el extraordinario interés del Gobierno en la consecución de un acuerdo que legitimara su posterior intervención; y explican, al igual que había ocurrido en 2010, la asunción por su parte, para el caso de fracaso de la negociación, como en efecto aconteció finalmente, de una posición «arbitral». Ello supuso una intervención limitada

en algunos temas: más que resolver los problemas, se abrieron vías para que se resolvieran tratando de satisfacer a un tiempo a la patronal y a las organizaciones sindicales.

La hipertrofia del contenido mínimo del convenio de acuerdo con la nueva redacción del art. 85.3 ET es un magnífico ejemplo. Perseguía finalidades que, sin duda, habían de satisfacer a la patronal (mayor flexibilidad en los contenidos de los convenios; mayor adaptabilidad de los convenios a las necesidades de las empresas —en la que había de desplegar un papel esencial la comisión paritaria del convenio—; agilidad en la renovación de los convenios); pero lo hacía en forma tal que, en la mayor parte de los casos, no menoscababa directamente la posición de los negociadores sindicales ni de los trabajadores. La cuadratura del círculo venía dada por la actuación sobre el contenido necesario del convenio: en lugar de actuar directamente sobre la disciplina de la negociación, lo que se hace es «forzar» a los negociadores a incluir estipulaciones que alcanzaran las finalidades perseguidas. De ahí deriva la desmesurada extensión del precepto en su versión de 2011.

Algo parecido cabe decir de la redacción que se dio a los detalles temporales en el calendario de negociación (art. 89.2 ET). El mismo fenómeno de inflación normativa que se acaba de describir había afectado a las reglas legales relativas al procedimiento negociador. En efecto, el art. 89.2 ET había incorporado reglas supletorias en relación con el procedimiento negociador en puntos que, conforme establecía el art. 85.3 ET, formaban parte del contenido obligatorio del convenio colectivo. Existía una estrecha relación entre las previsiones de las letras e) y f) del art. 85.3 ET y las contenidas en el art. 89.2 ET, ambos en su versión de 2011; hasta el punto de que este último venía encabezado por un párrafo en el que se dejaba bien clara su naturaleza de norma supletoria, “en ausencia de regulación en los convenios colectivos de acuerdo con el artículo 85.3”. Y todo ello, con la finalidad indirecta de obligar a los negociadores a dar una solución al problema de la ultraactividad del art. 86.3 ET sobre el que no existía acuerdo en las negociaciones...

La valoración doctrinal de este *modus operandi* no había sido muy positiva. Se habían señalado en este sentido las insuficiencias teóricas y prácticas del modelo: si, desde el primer punto de vista, la ampliación del contenido necesario contrastaba con el reconocimiento del principio de autonomía colectiva, no existía, desde la segunda perspectiva, ninguna garantía de que se alcanzaran los resultados perseguidos puesto que, en términos generales, no quedaban claros los efectos de la falta de atención por los futuros convenios de la obligación de establecer las estipulaciones correspondientes<sup>1</sup>. En todo caso, no ha habido tiempo para comprobar empíricamente si el modelo funcionaba y alcanzaba la sus objetivos. Frente a los indicados problemas de incremento de los contenidos relacionados con la flexibilidad, de la mayor adaptabilidad de los convenios a las empresas y de agilidad en la renovación contractual, el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 han procedido a cortar el «nudo gordiano» fundamentalmente a través de las modificaciones en la disciplina de la ultraactividad y del descuelgue. Los restos de la compleja cuerda del RDL 7/2011 resultan completamente innecesarios.

Y, con ello, asistimos a un fenómeno de regreso al pasado. Los dos preceptos que estamos analizando vuelven a su redacción anterior a la reforma de 2011. Este fenómeno tiene, sin embargo, alcance desigual. Es total en relación con el procedimiento de negociación, que se deja diseñado exactamente igual que estaba antes del RDL 7/2011. No llega a ser completo, aunque sí es sustancial, en relación con el contenido mínimo del convenio colectivo. No es completa porque quedan algunas adherencias literales, relacionadas con otras modificaciones sistemáticas y, sobre todo, porque alguna de las novedades de 2011 (distribución irregular de jornada) pasa a otro lugar (art. 34.2.II ET).

---

<sup>1</sup> Por todos, GOERLICH PESET, J.M., “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad”, en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pp. 110 ss., o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Contenido mínimo del convenio colectivo”, *RL 23/24(2011)*, pp. 121 y 157 ss.

## II.2. Reforma de la eficacia temporal del convenio colectivo: la disciplina de la ultraactividad

Un segundo grupo de novedades afecta al art. 86 ET que regula la “vigencia” de los convenios. La reforma de 2012 afecta a dos de sus apartados, el primero que regula la vigencia ordinaria del convenio y el tercero, dedicado al tratamiento de la ultraactividad.

Por lo que se refiere al tratamiento de la vigencia ordinaria del convenio, se añade al art. 86.1 ET un segundo párrafo en cuya virtud “durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión”. Por lo que se refiere a la finalidad, la Exposición de Motivos parece asociar el precepto a la posibilidad de renegociación parcial. Su finalidad, se nos dice, es “incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado”. Esta afirmación no es, sin embargo, enteramente cierto puesto que la literalidad permite pensar tanto en renegociaciones de carácter parcial o como de alcance total al gusto de los interlocutores. Lo que sí es acertado es sostener que se trata de “incentivar”. Como han destacado los comentaristas del precepto<sup>2</sup>, la jurisprudencia venía aceptando con anterioridad que esta posibilidad existía al amparo del principio general de autonomía colectiva. De este modo, la novedad es más “pedagógica” que otra cosa.

Mucho más complejos son los problemas que plantea la regulación de la ultraactividad prevista en el nuevo art. 86.3 ET, en la medida en que subsisten los problemas interpretativos que abrió la redacción del precepto por la reforma de 2011 y se abren otros nuevos. El legislador de 2012, aparte algún pequeño ajuste en el resto del precepto, se limita a añadir a la versión anterior del precepto un tope temporal de duración de la ultraactividad. Ello explica la acumulación de nuevos problemas –los relacionados con este efecto– a los anteriormente existentes –vinculados al tratamiento del arbitraje.

a) Comenzando por esta segunda cuestión, sabido es que el RDL 7/2011 buscó la solución de los problemas relacionados con la ultraactividad en el arbitraje. A tal efecto, estableció dos vías diferentes. En el propio art. 86.3.III ET se obligaba a que los agentes sociales, mediante acuerdos interconfederales, previeran procedimientos de solución de los conflictos, incluyendo el arbitraje. En caso de silencio sobre la obligatoriedad o no de seguirlo, se consideraba obligatorio. Por otro lado, la disp. adic. 1.2ª RDL 7/2011 introdujo un arbitraje obligatorio, en defecto de pacto, cuando expiraba el plazo máximo para la renovación.

Estas previsiones suscitaron de inmediato las dudas de constitucionalidad por venir estos arbitrajes vienen impuestos desde fuera a los negociadores de un convenio colectivo<sup>3</sup>. Estas dudas tienen fácil solución en relación con el arbitraje obligatorio de la disp. adic. 1.2ª RDL 7/2011 sobre el que ha existido consenso, con alguna salvedad, respecto de su inconstitucionalidad. Por lo demás, ese mismo consenso se ha extendido a su inoperatividad por falta de organización, al no existir ningún criterio legal sobre designación del árbitro y el procedimiento a seguir. Debe tenerse en cuenta, en fin, que, aún a falta de derogación expresa por el RDL 3/2012 o la Ley 3/2012, debe entenderse eliminado por la reforma al ser totalmente incompatible con el nuevo modelo de ultraactividad.

<sup>2</sup> MERCADER UGUINA, J.R., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid (Lex Nova), pp. 380 y 381, o MOLINA NAVARRETE, C., “De las «reformas laborales» a un nuevo, e irreconocible, «Estatuto del Trabajo subordinado»”, *RTSS (CEF)*, 348(2012), p. 153.

<sup>3</sup> Para el análisis de la cuestión, véanse CRUZ VILLALÓN, J., “Texto y contexto de la negociación colectiva 2011”, en GARCÍA-PERROTE y MERCADER, *La reforma de la negociación colectiva* cit., pp. 39 ss., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., (2011) “Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos”, *Relaciones laborales* 23/24(2011), pp. 208 ss. o GOERLICH, “Contenido y vigencia” cit., pp. 123 ss.



Algo más complicado es el discurso en relación con el arbitraje al que se refiere el art. 86.3.III ET. Aunque existen igualmente tomas de posición contrarias a admitir la constitucionalidad, ésta debe ser admitida a mi juicio. De un lado, la imposición de trámites de resolución de conflictos colectivos desde los ámbitos de negociación superiores hacia las unidades inferiores ha sido admitida en 1991 por el TC (cfr. STC 217/1991, de 4 de noviembre). De otro lado, aun siendo cierto que el art. 86.3.III ET condiciona la obligatoriedad del trámite, no lo es menos que los acuerdos interconfederales tienen un margen de libertad puesto que pueden prever expresamente la voluntariedad. Por otro lado, el criterio supletorio favorable a la obligatoriedad, aunque parece colisionar con la doctrina de la STC 174/1995, de 23 de noviembre, funciona en un contexto distinto precisamente por su alcance supletorio y por el carácter autónomo del procedimiento.

b) En todo caso, la novedad fundamental de la reforma de 2012 es la existencia de un término final para la situación de ultraactividad: fijado inicialmente en dos años por el RDL 3/2012; ha quedado establecido de forma definitiva en un año por la Ley 3/2012. La solución existente hasta la reforma había venido siendo objeto de crítica en la medida en que favorecía la inercia estructural y en cuanto a los contenidos de los convenios. Ahora, al alterarse sustancialmente el equilibrio de fuerzas en el momento de la renovación convencional, se facilitará sustancialmente la “adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos”, que es la finalidad buscada por la reforma de acuerdo con su preámbulo. Eso sí, los radicales efectos de la falta de acuerdo para la renovación, aparte los problemas organizativos que puede suscitar a la empresa, se prestan a la apertura de nuevos espacios para la «individualización».

Desde la perspectiva interpretativa, los problemas que plantea el nuevo régimen son tres. El primero es de operativa y mira a determinar el momento desde el que se cuenta el plazo de un año fijado legalmente para la ultraactividad. Deben distinguirse dos situaciones diferentes. De un lado, para los convenios denunciados a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, su disp. trans. 4<sup>a</sup> nos indica que el plazo se cuenta desde la entrada en vigor. De otro, y por lo que se refiere a los convenios no denunciados en ese momento sino con posterioridad, corre, según el nuevo art. 86.3 ET, “desde la denuncia del convenio colectivo”. Es preciso fijarse en el inciso transcrito puesto que supone que, dado que la denuncia suele requerir un preaviso [cfr. art. 85.3.d) ET], el primer tramo del período de ultraactividad coincidirá con el último de la vigencia inicialmente programada para el convenio, acortándose con ello su duración real.

La situación de ultraactividad desaparece, en segundo lugar, cuando el plazo haya transcurrido “sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral”. Debe tenerse en cuenta sin embargo que la solución es dispositiva puesto que el art. 86.3 ET recoge esta idea hasta en tres ocasiones —una de ellas precisamente en su último párrafo—. Lo que no está clarísimo entre los diferentes comentaristas si este pacto ha de ser previo —contenerse, por tanto, en el convenio denunciado— o puede alcanzarse durante el propio período de ultraactividad<sup>4</sup>. Desde mi punto de vista, cualquiera de estas dos vías es posible, aunque insisto en que no es una solución pacífica.

Por lo que se refiere, en fin, a lo que ocurre una vez expirado el plazo máximo, la respuesta es clara desde la perspectiva colectiva: desaparece la unidad de negociación. Ello tiene como

---

<sup>4</sup> Hay quien entiende que sólo el pacto establecido en el propio convenio podría alargar la situación (cfr. MERCADER UGUINA, J.R., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012*, Valladolid (Lex Nova), 2012, p. 454. Por el contrario, se ha sostenido que sólo el pacto alcanzado ad hoc es adecuado para producir el efecto (SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R, Claves de la reforma laboral de 2012 (estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral, Cizur Menor (Aranzadi), 2012p. 141). En fin, existe también algún pronunciamiento en la línea del texto (GUAMÁN, A. e ILLUECA, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*, Madrid (Sequitur), 2012, p. 123.

consecuencia la desaparición del deber de negociar de modo que la «reapertura» de la unidad desaparecida requerirá el mutuo acuerdo entre los sujetos legitimados; y la eventual aplicación del convenio resultante de estas negociaciones dependerá de las reglas del art. 84 ET. Desde el punto de vista de las relaciones individuales de trabajo, los efectos de la desaparición del convenio pueden ser dos, en función de que exista o no un convenio de ámbito superior. En el primer caso, se aplica éste; y, si hay varios, resultarán de aplicación las reglas del art. 84 ET para determinar el que corresponda.

En el segundo, cuando no hubiere convenio colectivo de ámbito superior que resultara de aplicación, el denunciado deja de ser aplicado, lo que no puede sino suponer la aplicación directa de las normas legales y reglamentarias de carácter general. Por supuesto, es una situación poco adecuada, para los trabajadores —que verán desaparecer las mejoras salariales y o en relación con el tiempo de trabajo— pero también para los empresarios —que pueden encontrar dificultades por la desaparición de instrumentos de organización del trabajo o de garantía del poder directivo que se fundamentan en el convenio colectivo—. Acaso por ello, sobre todo por lo primero, una parte de los comentaristas han buscado fundamentar la continuidad de la aplicación de sus condiciones, aunque el convenio denunciado haya perdido vigencia. Se ha postulado en este sentido la continuidad de las condiciones del convenio con base en su consideración como acuerdo extraestatutario o transformadas en contenido contractual. Incluso se ha hablado en la necesidad de que la ultraactividad termine mediante la aprobación de un pacto colectivo <sup>5</sup>.

Desde mi punto de vista —como desde el de la mayoría de los comentaristas<sup>6</sup>—, estas interpretaciones deben ser rechazadas por cuanto que se armonizan mal con el dictado legal. Por supuesto, podrán continuar siendo aplicadas si se produce un pacto al respecto en el ámbito de la empresa o centro afectados y también en caso de que el empresario continúe aplicándolas; y esto último tanto en caso de que formule expresamente su voluntad como si ésta pueda deducirse de las circunstancias. Téngase en cuenta que la continuidad de la aplicación de las condiciones pre-existentes resulta, en cualquiera de estos casos, de la voluntad posterior a la desaparición del convenio y no de éste.

### II.3. La prevalencia del convenio de empresa

El tercer eje de la reforma, la prevalencia de la empresa, tiene dos manifestaciones que persiguen una finalidad común: la adaptabilidad de la negociación colectiva al marco de la empresa. La idea fuerza en la que descansan ambas es la de que los niveles territoriales son escasamente

---

<sup>5</sup> En relación con la primera posibilidad, véanse CRUZ VILLALÓN, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *Reforma laboral 2012* cit., p. 414; MOLINA, “De las «reformas laborales»” cit., p. 157; GUAMÁN/ILLUECA, *El huracán* cit., p. 123, o TOSCANI GIMÉNEZ, D., “La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012”, *REDT* 155(2012), pp. 95 y 98. La segunda en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en ESCUDERO, R. (coor.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012, p. 52. Para la última, MERINO SEGOVIA, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *RDS* 57(2012), p. 261.

<sup>6</sup> En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales”, en CAVAS, F. (coor.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia (Laborum), 2012, p. 175; NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, ponencia del XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, mayo de 2012 (versión descargada de [www.aedtss.com](http://www.aedtss.com), el 2 de octubre de 2012).p. 67; ROQUETA BUJ, R., “La flexibilidad interna tras la reforma laboral”, Valencia (Tirant), 2012, p. 44; LLANO SÁNCHEZ, M., “La negociación colectiva” en MONTOYA, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2012, p. 363; PURCALLA, M.A. y PRECIADO, C.H., “Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate”, *RGTS* 31(2012), p. 333; MERCADER, “La empresa como nuevo centro de gravedad” cit., p. 454.

sensibles a la situación de la empresa y de la economía en general: la estandarización de condiciones de trabajo no da respuesta a las necesidades concretas que las organizaciones empresariales tienen en el mercado; por otro lado, se ha venido detectando una divergencia entre las tendencias de los costes laborales, el desempleo y la situación de crisis económica que resulta poco adecuada.

Sobre la base de estas consideraciones, la reforma de 2012 introduce dos importantes modificaciones que afectan a la estructura negocial –que se condiciona mediante la introducción de un criterio de prevalencia del convenio de empresa (art. 84.1 y 2 ET)– y a la eficacia del convenio –puesto que, en ciertas condiciones, se permite a la empresa separarse de él, sin necesidad de alcanzar acuerdo con los representantes de los trabajadores (art. 82.3 ET)–. Ambas novedades vienen de las reformas de 2010 y 2011, aunque ahora se llevan más lejos del punto al que se llegó entonces. Por otro lado, los caminos que han seguido una y otra en la reforma de 2012 no ha sido paralelo generando una clara desarmonía dentro del sistema, que no deja de suscitar algunas perplejidades importantes.

Dejando para luego el régimen de la inaplicación del convenio, y centrándonos ahora en el terreno de la estructura de la negociación (arts. 84.1 y 84.2 ET), las novedades sustanciales introducidas en 2012 son dos.

a) La primera y principal es, desde luego, el carácter imperativo de la prevalencia del convenio de empresa. Como consecuencia del RDL 3/2012; desaparece la previsión de 2011 que permitía excluirla por decisión central de articulación de la negociación conforme a las reglas del art. 83.2. Por tanto, los convenios sectoriales pierden la posibilidad de alterar la regla legal.

Se trata de una regla directamente aplicable también a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del RDL 3/2012. Esta idea, que se desprende de los criterios generales al respecto y por tanto había sido avanzada por los comentaristas<sup>7</sup>, ha sido recientemente aceptada por la SAN de 10 de septiembre de 2012 (proc. 132/2012). Frente a la idea de que la negociación del convenio en cuestión había finalizado antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012, la Audiencia Nacional entiende que, “una vez entrada en vigor la referida norma, y siendo válida mientras no exista tacha de inconstitucionalidad, los convenios colectivos han de ajustarse a la misma, con independencia de que existieran con anterioridad o no”. La propia sentencia establece como criterio para el tratamiento de los convenios sectoriales que se separen de la solución legal la nulidad, si son posteriores a la reforma, o la inaplicabilidad, si anteriores.

Es claro por otra parte que la nueva regla complica las posibilidades de una articulación contractual. Mas no por ello es, a mi juicio, susceptible de críticas. Sale al paso de las primeras decisiones convencionales de carácter estatal y autonómico después de la reforma de 2011 que se habían movido en la línea de cerrar las unidades de ámbito empresarial a restringir sus posibilidades de actuación<sup>8</sup>. Por otro lado, a más de treinta años de la aparición de las primeras cláusulas en acuerdos interconfederales dirigidas a articular la negociación sobre nuevas bases, no hay razón alguna para pensar que las previsiones del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva debían de conducir a resultados más contundentes...

En cuanto, en fin, a la posibilidad de considerarla inconstitucional –como plantea el recurso presentado por diputados de los grupos socialista y de Izquierda Plural<sup>9</sup> –, creo que debe ser rechazada. Es verdad, como sostiene el recurso, que, después de la reforma de 2012, los agentes sociales pierden facultades de incidencia en la ordenación de la negociación; pero no lo es menos

<sup>7</sup> MERCADER, “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012” cit., pp. 369 ss.

<sup>8</sup> MERCADER, “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012” cit., pp. 369 ss. o NAVARRO NIETO, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” cit., pp. 128 ss.

<sup>9</sup> Puede verse en <http://www.psoe.es/saladeprensa/news/665285/page/psoe-presenta-recurso-inconstitucionalidad-contra-reforma-laboral-.html>.



que la negociación colectiva es un derecho de configuración legal. De hecho, durante años ha estado vigente una solución similar, aunque mucho menos racional por permitir la prevalencia de los convenios sectoriales de ámbito territorial limitado, y nadie ha planteado objeciones desde la perspectiva de la constitucionalidad. Es igualmente cierto, como también se afirma en el recurso, que los convenios de empresa pueden ser negociados por sujetos no sindicales. Pero, aparte de la preferencia que después de 2011 se reconoce a la representación sindical, no es menos cierto que también los representantes unitarios encuentran cobertura en la amplia dicción del art. 37.1 CE<sup>10</sup>. De hecho, en este punto la argumentación del recurso se me antoja contradictoria con la que se hace a propósito del descuelgue puesto que se admite expresamente la constitucionalidad de los acuerdos alcanzados en los procedimientos del art. 82.3 ET (“el presente recurso no pone objeción alguna a las fases previas de posible adopción del acuerdo de inaplicación del convenio colectivo”), centrándose la eventual inconstitucionalidad de este precepto en la intervención de la comisión consultiva.

b) En la tramitación parlamentaria se ha añadido al art. 84.2 ET un inciso en cuya virtud el convenio de empresa puede negociarse “en cualquier momento de la vigencia de los convenios colectivos de ámbito superior”.

Desde mi punto de vista, este añadido tiene efectos meramente «simbólicos» o «pedagógicos». O sea no añade nada a los efectos que el art. 84.2 ET hubiera desplegado de haberse conservado la redacción que se introdujo el RDL 3/2012. Las reglas del art. 84 ET según interpretación consolidada desde antiguo no se refieren a la concurrencia de negociaciones sino a la concurrencia de convenios. De modo que, antes y después de la reforma, la negociación de convenios de empresa era posible aunque estuviera vigente un convenio de ámbito superior<sup>11</sup>. Lo único es que, después de la reforma, el convenio de empresa prevalece. Por ello, el nuevo inciso se limita, según creo, a enunciar formalmente una posibilidad que se admitía por la jurisprudencia.

Téngase en cuenta, en este sentido, que, aunque no es una afirmación pacífica<sup>12</sup>, no parece que el art. 84.2 ET haya variado el alcance del deber de negociar: el art. 89.1 ET ha permanecido invariable. De ahí el impersonal potestativo “podrá” que utiliza aquel precepto.

c) Por lo demás, el listado de materias a las que se extiende la prevalencia de la unidad empresarial permanece idéntico. Sólo se detecta una diferencia de carácter meramente formal (el cambio de ubicación de la cláusula de cierre que habilita a los acuerdos del art. 83.2 ET a aumentar los temas en los que el convenio de empresa es prevalente).

Esta circunstancia no deja de suscitar cuestiones curiosas por las extrañas relaciones que hace aparecer entre los arts. 82.3 y 84.2 ET. Son, como se ha indicado, instituciones que comparten finalidad, si bien parece claro que para alcanzarla el camino del art. 84.2 ET es más arduo que el del art. 82.3 ET. Ello es así porque la primera vía tiene requerimientos estructurales mayores. No me refiero sólo a la necesidad de alcanzar acuerdo, sino también a los costes de la negociación de un convenio así como a los requisitos de volumen requeridos para la existencia de interlocutores. Precisamente por ello, la vía de la negociación de empresa presenta muchas más garantías desde la perspectiva de los trabajadores. Por eso, sorprende la falta de complementariedad entre los dos listados.

---

<sup>10</sup> Esta es la razón que usa el Dictamen 10/2012, Consell de garanties estatutàries de Catalunya para excluir la inconstitucionalidad de este punto.

<sup>11</sup> Por todas, STS de 19 de septiembre de 2007, rec. 97/2006.

<sup>12</sup> En el sentido del texto, MERINO SEGOVIA, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012” cit., p. 257. En contra, sin embargo, LLANO, “La negociación colectiva” cit., p. 352, o NAVARRO NIETO, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” cit., p. 27, bien que reconociendo este último que la jurisprudencia no parece discurrir en esta línea.

En algunos casos las divergencias entre uno y otro tienen su lógica pues, en el camino hacia la flexibilidad, dan prioridad a la vía (bilateral) de la negociación de un convenio de empresa. Existen materias reservadas al convenio que no pueden tocarse en el procedimiento de inaplicación (letras e) y f) del art. 84.2 ET). Existen, por otro lado, algunas que son compartidas, lo que parece razonable a la vista de la finalidad. En este sentido, las letras a), b), c) art. 84.2 ET trazan un ámbito de aplicación de la preferencia similar al de las letras b), c), d) del art. 83.2 ET. Sorprendentemente, sin embargo, aparecen algunas materias que parecen «reservadas» al descuelgue: es el caso de la jornada –que está excluida del art. 84.2 ET cuya redacción es tributaria del RDL 7/2011, cuando no podía usarse el art. 41 ET para modificar la jornada– y de las mejoras de seguridad social. E igualmente encontramos temas en las que los dos listados entran en conflicto por ser más restrictivo probablemente el art. 84.2 ET que el art. 82.3 ET: tal ocurre con la disciplina clasificación profesional, partiendo de la base que art. 82.3.f) se refiere a ella –puesto que la variación de funciones es un tema individual– y lo hace sin las restricciones que presenta el art 84.2 ET.

### III. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO ESTABLECIDAS POR LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Con esta idea llegamos al análisis de lo que constituye la verdadera estrella de la reforma de 2012 en relación con el binomio flexibilidad/negociación colectiva: las reglas sobre inaplicación de las condiciones de trabajo contenidas en el convenio colectivo contenidas en el art. 82.3 ET.

El sentido de esta reforma se encuentra, como ya he indicado, en la idea de posibilitar la adaptabilidad de los convenios a las necesidades de las empresas. Si bien herramientas de descuelgue han existido desde siempre y, desde 1994, se han incorporado a la legalidad formal, lo cierto es que, condicionado su funcionamiento, en el caso del salario, a las previsiones de los convenios sectoriales y, en todo caso, a la obtención del consenso de los representantes, éste ha sido muy limitado. Por eso, las reformas de 2010 y 2011 habían intentado normalizarlo mediante una serie de importantes modificaciones: aproximación del régimen de las dos instituciones legales que conducían a la inaplicación –con paralela extracción de la configuración del descuelgue de las facultades de los negociadores–, relajación de los requisitos causales y eliminación de los obstáculos estructurales –tratamiento de las empresas sin representantes; sistemas de solución del bloqueo del procedimiento por falta de acuerdos–. La reforma de 2012 da un espaldarazo definitivo a esta línea de tendencia: sobre la base de las modificaciones introducidas en los dos años anteriores, añade nuevas reglas que culminan la evolución.

Son muchas las modificaciones concretas que se introducen. Ello hace imposible desarrollar en esta sede un análisis de todos los problemas interpretativos que plantea el art. 82.3 ET. A continuación me limitaré a repasar las principales cuestiones conflictivas, ordenadas en torno a tres ejes de reflexión: unificación y nuevo emplazamiento del tratamiento de la inaplicación convencional, configuración del supuesto y requisitos causales y procedimentales.

#### III.1. Unificación y desplazamiento al tratamiento de las fuentes: consecuencias no explícitas

Lo primero que se detecta en el tratamiento de la inaplicación del convenio es la unificación y desplazamiento de la disciplina al Título III ET. Desde 1994 el ET contenía dos procedimientos de inaplicación diferente: en el Título I, “de la relación individual de trabajo”, podía utilizarse a tal fin la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET); por su parte, el art. 82.3 ET, ubicado en el Título III, “de la negociación colectiva y de los convenios colectivos”, daba cobertura legal al y descuelgue salarial. Desde RDL 3/2012, todas las inaplicaciones de convenio se unifican en un único precepto siendo precisamente el elegido es el art. 82.3 ET donde se ubicaba hasta ahora el descuelgue salarial.

Podría pensarse que se trata de un cambio técnico, relacionado con la superación de una diferenciación artificiosa y con la búsqueda de un encaje más adecuado para la institución resultante.

Desde una perspectiva estrictamente teórica, nos encontramos, en efecto, ante dos decisiones correctas. La unificación del régimen jurídico es correcta porque todos los descuelgues eran sustancialmente idénticos: no sólo tenían una finalidad económica común –posibilitar la adaptabilidad de los estándares normativos a las necesidades de la empresa– sino que planteaban problemas jurídicos comunes. Y esto último tanto en su dimensión «macro» –puesto que ambas plantean el mismo conflicto con la “fuerza vinculante” de los convenios colectivos garantizada constitucionalmente– como en la «micro» –ya que, desde la reforma de 2010, presentaban requisitos causales y procedimentales muy similares–. En cuanto a la ubicación en el art. 82.3 ET también parece razonable: después de todo, este precepto regula precisamente la “eficacia” del convenio y los descuelgues son precisamente un aspecto de ella. Por ello, estos cambios habían sido auspiciados con anterioridad por la doctrina<sup>13</sup> y han sido valorados positivamente por algunos comentaristas de la reforma<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es importante resaltar que no es un cambio neutral ni intrascendente desde la perspectiva práctica. Tiene, por el contrario, muy relevantes repercusiones, tanto desde la perspectiva colectiva como desde el punto de vista de los trabajadores individuales.

a) Desde el primer punto de vista, el desplazamiento del tratamiento de la inaplicación título III la sustrae del ámbito de la autonomía colectiva. Se convierte en norma de derecho imperativo absoluto o, más probablemente, en máximo de derecho necesario –en el sentido de que funciona en tutela del interés empresarial permitiendo soluciones mejores para él–. Con anterioridad, cuando una parte de la inaplicación se encontraba regulada en art. 41 ET cabía pensar en la existencia de un amplio campo regulador para el convenio, que podía limitar aún más las posibilidades empresariales. Salvo que dijera otra cosa, se continúa pensando que las normas legales son mínimas. Ahora, formando parte del marco institucional de la negociación colectiva, no parece que los convenios puedan «suavizar» su régimen. Se convierte en indisponible –de acuerdo con las propuestas doctrinales que inspiran la regla–<sup>15</sup>.

Conviene, en todo caso, matizar el alcance de esta afirmación en la medida en que continúan quedando espacios para los convenios. Lo que ocurre más bien es que estos distan mucho de los que le abre la tradicional relación de suplementariedad basada en el principio pro operario. Los espacios que restan a los convenios se mueven más bien en el terreno de la complementariedad en relación con los aspectos procedimentales<sup>16</sup>. Y con toda probabilidad los convenios tienen la facultad de abrir márgenes adicionales de flexibilidad a favor de las empresas. En este sentido, debe recordarse la jurisprudencia consolidada que ha venido entendiendo que no existía

<sup>13</sup> Por ejemplo, SALA, T., ALFONSO, C.L. y PEDRAJAS, A., *Los acuerdos o pactos de empresa*, Valencia (Tirant), 1996, pp. 36 ss.

<sup>14</sup> En esta línea, PEDRAJAS, A., SALA, T. y MOLERO, C. (2012), *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, 2ª edic., Valencia (Tirant lo Blanch), 2012. p. 33, LÓPEZ ANIORTE, “La reforma de la negociación colectiva” cit., p. 149, AGUILERA IZQUIERDO, R., “Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en MONTOYA y GARCÍA MURCIA, *Comentarios*, p. 149 o CASTRO ARGÜELLES, M.A., “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en MONTOYA, y GARCÍA MURCIA, *Comentario* cit. pp. 373, 374 y 401.

<sup>15</sup> De hecho, la idea se encuentra en la inspiración teórica de la reforma (cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones laborales* 2010-II, pp. 1195 y 1196) y es un lugar común entre los comentaristas de la reforma (cfr. CRUZ, “Procedimientos de resolución de conflictos” cit., p. 411, y “El descuelgue de condiciones de pactadas en convenio colectivo”, *RDS* 57(2012), p. 245; NAVARRO NIETO, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” cit., p. 40; véase también CASTRO, “Descuelgue salarial e inaplicación” cit, p. 387, en relación con una manifestación concreta de esta idea como es la imposibilidad de que el convenio establezca términos iniciales dentro de los cuales no pueda procederse al descuelgue).

<sup>16</sup> CRUZ, “Procedimientos de resolución de conflictos” cit., p. 411, y “El descuelgue” cit., p. 245; NAVARRO NIETO, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” cit., p. 40; CASTRO, “Descuelgue salarial e inaplicación” cit, p. 377.

modificación sustancial cuando el propio convenio preveía la variación de una determinada condición<sup>17</sup>. Al no existir razón para que cambie este planteamiento, se configura con ello el máximo en favor de la empresa al que me he referido más arriba.

b) Desde la perspectiva individual, las repercusiones son también enormes puesto que dejan de ser aplicables las garantías individuales de las modificaciones sustanciales. Por un lado, las reglas sobre impugnación de las diferentes decisiones a través de las que puede canalizarse la inaplicación parecen pensar exclusivamente en las de carácter colectivo. Obsérvese al respecto el silencio que guarda el art. 138 LJS respecto de la impugnación de las decisiones de descuelgue (acuerdos o laudos), lo que parece indicar que no pueden ser impugnadas por esta vía. Por su parte, el art. 82.3 ET se remite a vías de impugnación de naturaleza colectiva. Por otro lado, no existe referencia alguna en el art. 82.3 ET respecto a la posibilidad de que el trabajador perjudicado por la modificación pueda extinguir el contrato con derecho a la indemnización de 20 días, con el máximo de 9 meses, a la que se refiere el art. 41.3 ET<sup>18</sup>.

Aparentemente la inaplicabilidad de estas garantías individuales es la solución más correcta a la vista de las normas que se han citado y de la naturaleza que se asigna al procedimiento de inaplicación como proceso normativo –generación de una nueva norma, el acuerdo de descuelgue, que sustituye a la anterior, el convenio colectivo inaplicado–. Y en los procesos normativos no existen expectativas individuales dignas de tutela. De hecho, éstas nunca han existido respecto del descuelgue salarial.

Sin embargo, esta solución desconoce la sustancial mutación que ha sufrido el descuelgue en la reforma de 2012 y genera una situación paradójica que no deja de suscitar perplejidades desde la perspectiva constitucional. Téngase en cuenta, en el primer sentido, que, tras el desbloqueo forzoso de las discrepancias respecto de la inaplicación, ésta adquiere más bien la fisonomía de un poder empresarial que la de un proceso de negociación colectiva. Pero adviértase, sobre todo, las paradojas que aparecen por el desigual y más favorable tratamiento de la inaplicación de acuerdos y pactos colectivos en relación con la de los convenios colectivos estatutarios. Cabría discutir si este dispar tratamiento se adecúa a las exigencias del art. 37.1 CE. Pero es mucho menos discutible que no respeta las exigencias del art. 24.1 CE. Creo, en consecuencia, habrá que pensar en la posibilidad de, en ciertas condiciones, admitir la aplicabilidad de reglas previstas para la modificación sustancial a la inaplicación. Después de todo, la reordenación y unificación de los descuelgues no excluye la existencia de importantes interacciones entre las dos instituciones preexistentes: el art. 82.3 ET continúa interactuando con el art. 41 ET como demuestran los mutuos reenvíos entre ellos.

### **III.2. La configuración del supuesto**

Por lo que se refiere a la configuración del supuesto, la lectura del art. 82.3 ET suscita, al menos, las siguientes reflexiones.

a) Conviene, en primer lugar, reparar en que el precepto se refiere a “inaplicar en la empresa”. Con ello, resulta evidente que se abandona todo componente relacionado con la sustancialidad de la modificación de las condiciones del convenio. O sea que siempre que haya que dejar de aplicar el convenio, con independencia de la entidad cuantitativa o del perjuicio que produzca a los trabajadores la inaplicación, habrá que sustanciar el procedimiento del art. 82.3 ET. La idea,

---

<sup>17</sup> Véanse, entre otras, SSTs de 8 de noviembre de 2011, 9 de diciembre de 2011, recs. 3865/2010, 534/2011, 885/2011 y 944/2011, y 17 de julio de 2012, rec.36/2011.

<sup>18</sup> Al respecto, SANGUINETTI RAYMOND, W., (2012) “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, RDS 57/2012), p. 143; ROQUETA, La flexibilidad interna cit., p. 63. o MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2012, pp. 247 ss.

con ser importante, no es novedosa. Desde tiempo atrás sabemos que toda modificación de convenio había de ser considerada sustancial, por más que fuera de poca o ninguna entidad o no produjera daño alguno a los trabajadores<sup>19</sup>.

Por la misma razón, y además por haberse extraído el procedimiento de inaplicación del art. 41 ET, no queda ninguna duda respecto a la necesidad de seguirlo con independencia del número de trabajadores que puedan ser efectivamente afectados por aquella. Las dificultades interpretativas al respecto que suscitaba la versión del art. 41 ET vigente entre 1994 y 2010<sup>20</sup> han desaparecido de forma definitiva.

En este primer terreno de reflexión, la cuestión más problemática es probablemente la de determinar si la inaplicación ha de referirse al conjunto de la empresa o puede ser de carácter parcial, afectando a centros o unidades concretas. Aunque es difícil dar una respuesta definitiva y válida para todas las situaciones, una parte de los comentaristas viene sosteniendo que la referencia al convenio de empresa como objeto del descuelgue debe interpretarse en el sentido de que la inaplicación puede producirse también a nivel infraempresarial<sup>21</sup>. Con toda probabilidad será la causa aducida para el descuelgue la que determinara el ámbito de la medida: como regla general, salvo que están varios aplicables, la causa económica afectara al conjunto de la empresa; las restantes admitirán descuelgues empresariales o infraempresariales dependiendo de la pretensión empresarial.

b) Por lo que se refiere en segundo lugar a las condiciones inaplicables *rationemateriae*, cabe resaltar tres ideas diferentes. De entrada, continúa el proceso abierto en reformas anteriores de ampliación. Después del RDL 3/2012, son modificables todas las materias del art. 41 ET y, además, se incluyen también las mejoras voluntarias de seguridad social. Se trata, eso sí, de un listado cerrado –como por lo demás ha venido siéndolo tradicionalmente– toda vez que no existe ninguna cláusula similar el “entre otras” del art. 41.1 ET<sup>22</sup>.

Conviene por otro lado reparar en que en la tramitación parlamentaria se ha repescado la regla que anteriormente daba prevalencia a las políticas de igualdad de género sobre el descuelgue. De este modo, no se admite la modificación de las materias listadas cuando ello pudiera “dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa” (art. 82.3.VI ET).

c) La ubicación del art. 82.3 ET así como las previsiones del art. 41 ET permiten, en tercer lugar, llegar a la conclusión de que la inaplicación debe referirse a un convenio colectivo estatutario. Otros acuerdos y pactos que no hayan sido negociados conforme a las previsiones del Título III ET –convenios extraestatutarios, pactos de empresa– siguen las reglas del art. 41 ET. Hay que entender, sin embargo, que la eventual inaplicación de los acuerdos de descuelgue –que no en vano están “regulados en el Título III” como requiere el art. 41.6 ET para declinar la aplicabilidad del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo– se rige igualmente por el art. 82.3 ET –como, por lo demás, se hacía antes de la reforma.

<sup>19</sup> Cfr. STS de 7 de febrero de 2005, rec.1963/2004.

<sup>20</sup> Cfr. STS de 18 de julio de 2003, rec.12/2003, anulada por STC 238/2005 y corregida luego por STS de 28 de febrero de 2007, rec.184/2005.

<sup>21</sup> NAVARRO NIETO, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” cit., p. 32; CASTRO, “Descuelgue salarial e inaplicación” cit, p. 378.

<sup>22</sup> CRUZ, “El descuelgue” cit., p. 236, ESCUDERO, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero” cit., p. 45, MERCADER, “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012” cit., p. 360, “De las «reformas laborales»” cit., pp. 130 y 134 ss., MATORRAS, “Reforma del régimen de inaplicación” cit.p. 227, o ROQUETA, *La flexibilidad interna* cit., p. 47.



El convenio colectivo afectado puede ser sectorial o de empresa. Se trata de una novedad limitada puesto que ya la reforma de 2010 había extendido los convenios que podían ser objeto de modificación –limitados a los sectoriales desde 1994– bien que sólo en el terreno del art. 41 ET. La reforma de 2012 se limita pues a admitir que los convenios de empresa sean también inaplicados en la materia salarial. Lo único que se exige, en consecuencia, es que se trate del convenio “aplicable”. Esta última expresión parece tener una precisa valencia interpretativa toda vez que conduce a pensar que es indiferente el momento de la vigencia en que se encuentre el contrato colectivo que ha de ser inaplicado: cabrá tanto durante la inicial (art. 86.1 ET) como en la prorrogada (art. 86.2 ET) y, sobre todo, durante la ultraactividad. Obsérvese en este último sentido como se enuncia la regla que regula la duración máxima de las condiciones de trabajo sustitutivas: no puede prolongarse “más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio” en la empresa (art. 82.3.VI ET).

La amplitud con la que se configura el convenio afectado no puede, en fin, llevarnos a la conclusión de que «todo vale». No todos los convenios por su ámbito de aplicación y/o por su situación temporal pueden tener el mismo tratamiento si se incorpora una mínima valoración ética a la aplicación de la norma. Como esto es inevitable a la luz de las cláusulas generales, habrá que proceder a un tratamiento mucho más casuístico del que resulta de la literalidad legal. Volveré ello de inmediato al hablar de las causas.

d) La reforma de 2012 abre, en fin, una serie de problemas de relación entre el art. 82.3 ET y otras normas que regulan supuestos de inaplicación del convenio colectivo y que no han sido afectadas por aquella o se inspiran en una filosofía diferente. Alguno de ellos tiene solución sencilla como es el de las relaciones entre el art. 34.2 ET y el procedimiento de inaplicación: parece claro que la utilización de la facultad empresarial de distribución irregular de la jornada que la reforma ha añadido a aquel precepto no requiere seguirlo<sup>23</sup>. Otros sin embargo son algo más complicados.

Dentro del ámbito de aplicación de las normas laborales, se detecta en primer término una cuestión relacionada con la aplicación del art. 82.3 ET en los casos de transmisión de empresa. El art. 44.4 ET permite que el convenio aplicable en la unidad productiva transferida deje de ser aplicado si se alcanza un pacto en este sentido después de la transmisión entre el empresario cesionario y los representantes de los trabajadores. No está claro cómo incide esta regla en la posibilidad de que aquél ponga en marcha un procedimiento de inaplicación de las condiciones, en caso de falta de acuerdo. Cabría argumentar que la idea en que se fundamenta el art. 82.3 ET –abrir la inaplicación como alternativa a las extinciones de contratos– casa mal con excluir la posibilidad del descuelgue en estos casos. Pero no puede olvidarse que el art. 44.4 ET conecta con la Directiva 2001/23/CE sobre transmisión de empresa, lo que hace que sólo pueda ser admitida en los términos de su art. 3.3.

Tampoco es clara la aplicabilidad del art. 82.3 ET en el ámbito del sector público. Las disp. adics. de la Ley 3/2012 dedicadas a la aplicabilidad de los instrumentos de flexibilidad empresarial (núms. 2 y 3) nada dicen sobre el particular. La disp. adic. 3ª RD 1.362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos distingue dos situaciones: la del “personal laboral de las Administraciones Públicas” y la del que preste sus servicios en “las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza”. Para este último, se aplican las reglas generales, sin perjuicio de especialidades que eventualmente se establezcan por los Ministerios de Empleo y Hacienda. Por el contrario, los primeros quedan exceptuados al menos en lo que se refiere a la intervención de la Comisión Consultiva resultando de aplicación, según se nos dice, “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”. En realidad, es una forma eufemística de decir que, para el caso de discrepancia en el período de consultas, cabrá recurrir

<sup>23</sup> ROQUETA, *La flexibilidad interna* cit., p. 29.

a los indicados procedimientos regulados en el art. 45 EBEP; y, si estos no funcionan, será la Administración quien decida respecto de la inaplicación con fundamento en la existencia de “causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas” (art. 32, párrafo 2º EBEP, en la redacción que le da el RDL 20/2012; véase también su disp. adic. 2ª que concreta qué debe entenderse por tal)

Hay, en fin, un problema de falta de armonía entre la legislación laboral y la concursal. El art. 66 de la Ley Concursal continúa disponiendo que la modificación de condiciones de trabajo recogidas en los convenios colectivos “sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores”. Por supuesto, este último inciso no puede ser aplicado literalmente puesto que conduciría a una anómala situación. Sin embargo, aceptando que el acuerdo sólo sea exigible en términos similares a los prevenidos en el art. 82.3 ET, ¿resultan aplicables las reglas sobre solución de la discrepancia del precepto o, por el contrario, su eventual resolución compete al juez del concurso –al igual que sustituiría la desaparecida competencia administrativa en materia de regulación de empleo?– Dado que parece razonable pensar que el art. 66 LC se basa en la idea de que la modificación de convenios en el concurso sigue el mismo régimen que fuera de él, creo que la solución correcta es la primera.

### III.3. Requisitos causales y procedimentales: el problema del arbitraje obligatorio

Para terminar conviene analizar brevemente los principales problemas que plantean requisitos causales y procedimentales de la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo, con particular atención al tratamiento del bloqueo de las discrepancias.

a) No resulta posible ahora extenderse sobre la causalidad adecuada a la que se alude en el segundo párrafo del art. 82.3 ET. Cabe, sin embargo, hacer algunas consideraciones generales al respecto. De entrada, cabe señalar que, como el resto de las herramientas de flexibilidad al alcance de las empresas, el descuelgue experimenta una clara degradación de la exigencia causal. De ella puede hablarse en sentido tanto sincrónico como diacrónico. Las sucesivas formulaciones causales de los arts. 41 y 82.3 desde 1994 dan buena cuenta de esto último. En cuanto a lo primero, se advierte por la sustancial coincidencia de la formulación de las causas de vicisitudes cuyo significado teórico (y práctico!) es bien diferente: compárense las redacciones de los arts. 47.II, 82.3.II y 51.1.II ET para verificarlo. Ello se completa, en fin –aunque no por ello menos importante–, con la buscada reducción del control externo de la causa al plano de los hechos, sin permitir aparentemente la realización de valoraciones de razonabilidad o proporcionalidad de las decisiones empresariales. A la postre todo ello contribuye a generar la impresión de que la empresa dispone de amplia libertad para recurrir a estos instrumentos y elegir entre ellos.

No todo el monte es orégano: la degradación causal no es tan intensa como a primera vista pudiera parecer. A pesar de todos esos datos, lo cierto es que en el Estatuto existen otros que miran a establecer cierta jerarquización entre ellos que sólo puede ser objeto de un juicio de razonabilidad, aunque sea muy atenuada (el diferente enunciado causal de los arts. 40 y 41 ET en relación con los preceptos restantes; los “dos trimestres consecutivos” de los arts. 47 y 82.3 ET en contraposición con los “tres” del art. 51.1 ET). El RD 1.362/2012 se mueve también en la misma línea en el ámbito del descuelgue. Cuando regula el contenido de la decisión de la Comisión (art. 22.3) –o del laudo arbitral (art. 24.3)–, previa valoración de la “adecuación (de la pretensión de inaplicación) en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados”, le permite aceptarla “en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad”.

A ello hay que añadir, en fin, que las normas laborales no viven aisladas del resto del Ordenamiento, de modo que determinados principios y cláusulas generales de carácter transversal suministrarán técnicas para valorar tanto el descuelgue como el resto de las decisiones empresariales fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Proscripción

del fraude, necesidad de ejercer los derechos de buena fe y prohibición del abuso de derecho (arts. 6 y 7 C.c.) obligarán, según creo, a valorar las causas aducidas por la empresa en relación con las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho<sup>24</sup>. No es lo mismo, en efecto, descolgarse de un convenio sectorial que de uno de empresa<sup>25</sup>; como tampoco lo es descolgarse de uno durante su vigencia ordinaria que durante una situación de ultraactividad con final previsible...

b) Por lo que se refiere al procedimiento, viene modelado también sobre el previsto en otros supuestos de actuación empresarial en busca de la flexibilidad (traslados y modificaciones, suspensiones y reducciones de jornada, despidos colectivos). De hecho, en relación con las preceptivas consultas el art. 82.3 ET reenvía precisamente al art. 41.4 ET –si bien la información y documentación se modelará sobre la prevenida para el despido colectivo si la empresa quiere garantizarse la posibilidad de acudir a la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos (arg. ex art. 20.h) RD 1.362/2012).

Tampoco hay grandes peculiaridades en relación con el acuerdo, sobre el que el art. 82.3 ET incluye diferentes menciones. Varias de ellas tienen una trascendencia limitada. Tal ocurre con los sujetos legitimados para las consultas y acuerdo –que son quienes pueden negociar un convenio en la empresa ex art. 87 ET–. No parece una solución diferente a la prevenida en art. 41 ET –arg. ex criterio para prevalencia de secciones que se relaciona claramente con aquel precepto–. Parece más bien relacionarse con el carácter de «fuente» que tiene el acuerdo de descuelgue. Tampoco es novedosa –y continúa planteando los mismos problemas que se han denunciado desde su introducción– la solución que se da para el caso de inexistencia de representantes de los trabajadores: la aplicación de las reglas del art. 41.4 ET. Y lo mismo ocurre con el tratamiento de la impugnación del acuerdo alcanzado: donde la regla del art. 82.3 es fiel trasunto de las previsiones de aquel precepto. La única regla sustancial –que además difiere bastante de las previsiones anteriores siendo mucho más flexible– hace referencia al contenido del acuerdo que “deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”.

Las mayores peculiaridades del procedimiento de la inaplicación se relacionan con la solución del desacuerdo. En las otras instituciones de la flexibilidad el tema interesa limitadamente puesto que la posibilidad de «empate» que bloquee el procedimiento no existe: al final, decide el empresario. Por el contrario, al presuponer el descuelgue la existencia de acuerdo, los procedimientos de resolución del conflicto consistente en su inexistencia pasan a primer plano.

Una primera manifestación de esta idea se encuentra en la insistencia en el funcionamiento de los procedimientos autónomos de solución de discrepancias. En este terreno, con alguna salvedad, la reforma de 2012 sigue el planteamiento abierto por los precedentes de 2010 y 2011. Frente a las previsiones de los arts. 40, 41, 47 y 51 ET –que se remiten a un único procedimiento (“el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa”)–, el art. 82.3 ET prevé dos consecutivos: la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y el recurso a los procedimientos establecidos por los acuerdos interconfederales, estatal o autonómico, que resulten de aplicación.

Por otro lado, en las previsiones de los arts. 40, 41, 47 y 51 ET estos procedimientos tienen carácter voluntario (“el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento”). En el tratamiento del descuelgue se incrementa la obligatoriedad. De entrada, la intervención de la comisión paritaria –y esto no es una novedad pues la previsión

<sup>24</sup> Véanse por ejemplo NAVARRO NIETO, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” cit., p. 38, o MERCADER, “La empresa como nuevo centro de gravedad” cit., pp. 431 y 432

<sup>25</sup> Consideraciones en este sentido en MATORRAS, “Reforma del régimen de inaplicación” cit.p. 233.

arranca del RDL 7/2011— se configura como potestativa para las partes si bien, instado el trámite por una —o resultando preceptivo por mor del convenio [arg. ex art. 16.2.a) RD 1.362/2012]—, su eventual resolución resultará vinculante: aunque el art. 82.3 ET habla de “podrá”, se refiere a una sola de las partes (por hipótesis la empresa), quedando en su caso la otra vinculada a la decisión que debe adoptar la comisión paritaria en el plazo de siete días en aplicación de las reglas, no afectadas por la reforma de 2012, del art. 91.4 ET. En todo caso, supuesto que no se insta la actuación de la comisión o no se alcanza acuerdo ella, las partes, en la redacción actual del art. 82.3.VII ET, “deberán” recurrir a los procedimientos previstos en los acuerdos interconfederales. Obsérvese que la obligatoriedad se refiere a las partes en conflicto, habiendo desaparecido la que anteriormente se predicaba de los acuerdos interconfederales. Supone una mayor efectividad de la regla: digan lo que digan aquellos, los trámites deben ser utilizados por las partes.

Comoquiera que, a falta de un concreto desarrollo por los convenios y/o por los acuerdos interconfederales, los procedimientos reseñados no garantizan la solución de discrepancia, el art. 82.3 ET establece, en segundo lugar, un mecanismo final para garantizar la superación de la discrepancia: la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del organismo que, en el respectivo ámbito autonómico, desarrolle sus funciones. El penúltimo párrafo del precepto esboza los elementos esenciales de esta intervención de carácter arbitral que, de conformidad con las previsiones de la disp. final 2ª ET, ha sido desarrollada por el RD 1.362/2012, que se ha citado varias veces con anterioridad.

c) No resulta posible analizar detalladamente el funcionamiento práctico de este procedimiento, sobre el que sólo cabe hacer algunas consideraciones de alcance general. De entrada es preciso destacar el carácter subsidiario que tiene la intervención de la CCNCC. Este se desprende ya del texto del art. 83.2 ET y queda ahora claramente establecido en el art. 16.2 RD 1362/2012. Este último precepto impide, en los términos que en él se establece, suscitar la discrepancia ante la Comisión Consultiva si no se han agotado el trámite ante la comisión paritaria o el procedimiento previsto en el acuerdo interconfederal aplicable.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con las previsiones legales, la competencia para el planteamiento de estos arbitrajes no corresponde en exclusiva a la CCNCC sino que se comparte con los organismos similares existentes en las CC.AA. Recurrir a aquella o a éstas no depende del ámbito del convenio sino del de afectación de la medida de inaplicación: si afecta a centros de trabajo de varias CC.AA., la competencia es de la Comisión Consultiva Nacional (art. 82.3 ET; art. 17 RD 1362/2012 que incluye además las inaplicaciones que afecten a Ceuta y Melilla). La intervención de los organismos autonómicos no está exenta de problemas toda vez que su regulación puede no estar pensada para el desarrollo de estas funciones resultando difícil la efectiva toma de acuerdos. Hay que suponer que, una vez aprobado el reglamento de la CCNCC, las diferentes CCAA actualicen sus regímenes, sobre la base de las previsiones del RD 1362/2012. Téngase en cuenta además que la disp. adicional 2ª de esta norma reglamentaria autoriza a que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las CCAA alcancen acuerdos de colaboración que posibiliten que las discrepancias de ámbito autonómico sean objeto de sumisión a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

En cuanto a la iniciación del procedimiento, el art. 18 RD 1362/2012 considera legitimados a la empresa y a los representantes de los trabajadores —incluyendo entre ellos la comisión designada de acuerdo con el art. 41.4 ET—. Parece claro que el interés fundamental en el des-cuelgue es de la empresa, sin que se acabe de ver el que puedan tener los representantes de los trabajadores. De hecho, otras normas del RD 1362/2012 presuponen que es la empresa que la inicia el procedimiento (cfr. art. 20, en relación con la documentación). El reglamento regula igualmente los sucesivos trámites del procedimiento con idea de garantizar su celeridad y respetar el término máximo para resolver de veinticinco días. Regula asimismo con detalle los requisitos formales de la solicitud (art. 20).

En todo caso, existen hasta tres formas diferentes de solucionar la discrepancia: mediante un árbitro designado directamente por las partes, mediante la intervención de un árbitro desig-

nado por la CCNCC por el procedimiento del art. 23, o directamente por decisión de ésta actuando como regla general en Comisión permanente (art. 11). Para la determinación del que resulta de aplicación en cada caso, se da prioridad a la decisión de las partes (cfr. arts. 21.1.I y 16.3) y, a falta de determinación por las partes, será la propia CCNCC la que elija (art. 16.3). Los arts. 21 a 24 regulan, en fin, los trámites que conducen a la emisión de la “decisión” adoptada directamente por la comisión o del “laudo” del árbitro externo.

d) En todo caso, la cuestión más polémica que plantea el intento legislativo de superar las discrepancias en las consultas se relaciona con la constitucionalidad de las normas introducidas por la reforma de 2012. No parece existir gran problema en aceptar que el impulso de los procedimientos autónomos, intervención de la comisión paritaria y obligación de recurrir a los procedimientos interconfederales, resulta ajustada a las exigencias constitucionales. Las razones que se han utilizado más arriba para la valoración del art. 86.3 ET permiten justificar, según creo, suficientemente las soluciones del art. 82.3 ET en este terreno. De hecho, el ya citado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012 se dirige únicamente contra la última fase del procedimiento, la intervención de la CCNCC o del organismo autonómico que asuma sus funciones –y la misma idea se contiene en el dictamen 5/2012 del Consell de Garanties Estatutàries de Cataluña.

Por el contrario, la admisibilidad de esta intervención de la CCNCC o del organismo autonómico que asuma sus funciones –o del árbitro externo que designen– a la luz de la Constitución ha sido fuertemente objetada. La inmensa mayoría de los comentaristas han considerado, en efecto, que debe ser reputada inconstitucional<sup>26</sup>. Las razones de esta toma de postura son varias. Se alude, de un lado, a la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio de carácter administrativo en materia de convenios colectivos declarada por la STC 11/1981 así como a la inconstitucionalidad de las decisiones administrativas de modificación de los convenios colectivos recogida en la STC 92/1992. Ciertamente, la CCNCC tiene composición tripartita pero esto no la exime de esta crítica puesto que su modo de funcionamiento termina por hacer descansar la decisión en el criterio de los representantes de la Administración. De otro lado, las garantías y finalidades perseguidas por la norma aprobada en febrero de 2012 se consideran irrelevantes: la referencia a la defensa de la productividad que se hace en la Exposición de Motivos se considera poco menos que pretextuosa y, en todo caso, insuficiente para justificar el sacrificio del derecho a la negociación colectiva.

Un grupo minoritario de los comentaristas<sup>27</sup>, entre los que me encuentro, considera no obstante que no existe inconstitucionalidad en el nuevo art. 82.3 ET. La argumentación destaca, ante todo, las notables diferencias existentes entre los supuestos resueltos en 1981 y 1992 y el que se plantea ahora. Aparte las adherencias franquistas que tenía, el laudo de obligado cumplimiento, declarado inconstitucional en 1981, resolvía un conflicto mucho más amplio que el llamado a solventar por la CCNCC. En cuanto a la eventual intervención administrativa rechazada en 1992 era de carácter directo y de una inmediatez que en modo alguno caracteriza a la del art. 82.3 ET. No creo que quepa, pues, una extensión automática de la doctrina establecida

<sup>26</sup> En este sentido, por ejemplo, CASTRO, “Descuelgue salarial e inaplicación” cit., p. 295, CRUZ, “Procedimientos de resolución de conflictos” cit., pp. 407 ss. y “El descuelgue” cit., pp. 242 ss., ESCUDERO, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero” cit., pp. 47 ss., GUAMÁN/ILLUECA, El huracán cit., pp. 114 y 115, LÓPEZ ANIORTE, “La reforma de la negociación colectiva” cit., p. 166, MOLERO MARAÑÓN, M.L., “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, ESCUDERO, R. (coor.), *La negociación colectiva en las reformas laborales* cit., pp. 209 y 210, MOLINA, “De las «reformas laborales»” cit., pp. 138 ss., NAVARRO NIETO, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” cit., pp.75 ss. o SALA FRANCO, T., (2012) “La reforma de la negociación colectiva”, en BLASCO, A. *et al.*, *La reforma laboral en el RDL 3/2012*, Valencia (Tirant), 2012, p. 65, .

<sup>27</sup> LLANO, “La negociación colectiva” cit., p. 476; MATORRAS, “Reforma del régimen de inaplicación” cit., pp. 215 ss.; MERCADER, “La empresa como nuevo centro de gravedad” cit., p. 436 –tras haber expresado dudas en su anterior “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012” cit., pp. 367 ss.



en las respectivas sentencias constitucionales –que, además, sobre todo la sentencia 11/1981, contiene una doctrina mucho más matizada que la máxima en la que se concreta–. Teniendo en cuenta todo ello, creo que el problema que suscitan las previsiones del art. 82.3 ET puede considerarse inédito. No es admisible, pues, extender criterios pensados para otros supuestos de forma mecánica sino que es preciso abordarlo con arreglo a los criterios generales de interpretación constitucional.

Desde esta nueva perspectiva, aun reconociendo que el art. 82.3 ET implica menoscabar la “fuerza vinculante” del convenio colectivo a la que se refiere el art. 37.1 CE, creo que cabe descartar que resulte inconstitucional. No creo que quepa olvidar, en este sentido, el importante papel que corresponde al legislador en la configuración de la negociación colectiva así como en la propia fuerza vinculante de los convenios. Ni tampoco el que le compete en la respectiva delimitación y coherencia de los distintos derechos y fines constitucionalmente protegidos. En este contexto, no cabe descartar que la norma cuestionada busque una finalidad legítima amparada por la CE: la defensa de la productividad. Por tanto, la valoración de su constitucionalidad requerirá el desarrollo de la correspondiente ponderación entre los dos intereses constitucionales en juego, a la luz de los principios elaborados por la doctrina del TC. Situada en este terreno la valoración resulta que existen una serie de características de la intervención de la CCNCC que, a mi juicio, la hacen aparecer suficientemente ponderada para superar el control de constitucionalidad. A estos efectos, creo que es preciso destacar el carácter limitado de la intervención así como su configuración subsidiaria, su configuración como una intervención que no es estrictamente administrativa y, finalmente, su desarrollo bajo control judicial respecto de sus causas, procedimiento y efectos.