

DL

REGULACIÓN DEL SALARIO, COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL Y TUTELA DE LOS TRABAJADORES EN ESPAÑA

Ana de la Puebla Pinilla*
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. –II. INSTRUMENTOS LEGALES PARA ARTICULAR LOS AJUSTES SALARIALES: COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL Y TUTELA DE LOS TRABAJADORES. II.1. El ajuste y la reducción del salario a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. II.2. La inaplicación del régimen salarial previsto en el Convenio colectivo. II.3. La prioridad aplicativa del convenio de empresa. II.4. En busca del reequilibrio entre intereses empresariales y tutela de los trabajadores. –III. COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL Y TUTELA LOS TRABAJADORES EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL SALARIO. III.1. Contención del crecimiento salarial en la negociación colectiva reciente. III.2. La progresiva y necesaria incorporación a la negociación colectiva de la retribución variable.

RESUMEN

En el presente artículo se analizan los instrumentos que permiten realizar ajustes salariales en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo cuando las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción lo requieren: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el denominado "descuelgue" o inaplicación del convenio colectivo y la prioridad aplicativa del Convenio de empresa. Las recientes reformas normativas producidas en el mercado de trabajo español han incidido sensiblemente sobre todas estas instituciones flexibilizando su utilización con la finalidad de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas en un contexto de crisis. Ese mismo objetivo, la productividad, está presente también en la negociación colectiva de los últimos años que apuesta claramente por la moderación salarial y por las fórmulas de salario variable vinculado a factores de productividad.

ABSTRACT

The current article analyses the available tools which allow to carry out salary reductions within the company or the working center when economic, technical, organization and/or production grounds require to do so: substantial modification of working conditions, the so called "descuelgue" (non application) of the collective bargaining agreement (CBA) and the prevalence of the

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

company's CBA over industry level CBAs. Recent legislative amendments of the Spanish labour market have had an important impact over the aforementioned measures and have made their use more flexible with the aim of improving the companies' productivity in the current difficult economic scenario. In the last years, productivity has also been the aim of the collective bargaining negotiation, which enhances salary restraint and variable salary formulas linked to productive factors.

Palabras clave: Salario, salario variable, competitividad, productividad, convenio colectivo, ajuste salarial, moderación salarial

Key words: Salary, variable salary, competitiveness, productivity, collective bargaining, salary reductions and restraints.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos de crisis, el incremento y la mejora de la competitividad de las organizaciones empresariales se ha convertido en el objetivo que, a modo de mantra, se invoca con reiteración para justificar las medidas que, en la dirección de ampliar el poder empresarial y flexibilizar el contenido de las relaciones laborales, se incorporan en nuestro sistema de relaciones laborales. Las últimas reformas, articuladas a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, luego convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, no son ajenas a este espíritu. Las novedades han alcanzado a las principales instituciones ordenadoras de las relaciones laborales: la contratación, la extinción del contrato de trabajo y, por supuesto, la determinación del contenido de la relación laboral que, tras las reformas, se convierte en un instrumento de especial valor para que, a través de su modificación, la empresa pueda responder a las concretas y cambiantes necesidades derivadas del contexto económico y productivo. La adaptación de los salarios adquiere, en particular, una especial relevancia a estos efectos en cuanto factor de evidente incidencia en el control de los costes empresariales.

El diagnóstico de situación que sirve de punto de partida para explicar y justificar las últimas reformas en el mercado de trabajo en España es sobradamente conocido: un sistema de relaciones laborales que, a pesar de las continuas y precedentes reformas (Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva), seguía adoleciendo de una excesiva rigidez que impedía a las empresas adaptar sus estructuras productivas a las necesidades cambiantes derivadas de la situación económica. Una rigidez que a su vez derivaba, por una parte, del diseño legal de las instituciones previstas para modificar el contenido de los contratos de trabajo –sometidas a procedimientos excesivamente largos y complejos y condicionadas a la acreditación de la adecuación y contribución de tales medidas para superar la situación de la empresa o mejorar su posición competitiva–. Y, por otra, de un sistema de negociación colectiva fuertemente centralizado, que pivotaba sobre los convenios colectivos sectoriales, caracterizados, frente a los convenios de empresa, por incorporar regulaciones más favorables para los trabajadores.

En este contexto, la adaptación de las condiciones laborales, y en particular del salario, a las situaciones de crisis empresarial no resultaba tarea sencilla. En el sistema de relaciones laborales español, la cuantía salarial se fija, con el referente mínimo indisponible del salario mínimo interprofesional (SMI), por el convenio colectivo, sin perjuicio de las mejoras que por pacto entre trabajador y empresario o por decisión unilateral de este último puedan establecerse. La modificación de las condiciones salariales así definidas solo podía articularse por el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, regulado en el art. 41 ET, o a través del descuelgue del convenio colectivo en materia salarial, contemplado en el art. 82.3 ET. Pero lo cierto es que el art. 41 ET, en su versión previa a la Ley 3/2012, solo contemplaba la modificación del “sistema de remuneración”, no de la cuantía salarial, lo que impedía introducir reducciones del salario pactado o concedido unilateralmente por la empresa. Por su parte, el

art. 82.3 ET diseñaba un procedimiento de descuelgue excesivamente complejo y condicionado ineludiblemente al acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo que determinaba en la práctica su escasa utilización.

Este contexto normativo es parcialmente responsable, como implícitamente asume la Ley 3/2012, de los elevados niveles de destrucción de empleo que han caracterizado a nuestro mercado laboral desde el inicio de la crisis. Las dificultades para adaptar el salario, y el resto de condiciones laborales, a las necesidades de cada momento, explican y casi, parece concluir el legislador, conducen de forma inexorable a que los ajustes se produzcan vía extinción de los contratos de trabajo.

Frente a esta situación, la reforma de 2012 persigue ampliar y “garantizar la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos”, poniendo a su disposición instrumentos nuevos o rediseñando los ya existentes para permitir una adaptación de las condiciones laborales ágil y flexible. Para ello se incide tanto en la delimitación y definición de las circunstancias o causas que permiten poner en marcha estos procedimientos de modificación y supresión de condiciones, salariales o de otro tipo, como en los procedimientos a seguir para hacer efectivas tales modificaciones.

A un diagnóstico parecido habían llegado las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, tal y como recoge el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, de 25 de enero de 2012, alcanzado apenas unas semanas antes de la publicación del RDL 3/2012. La necesidad de introducir reformas en la regulación de las relaciones laborales formaba parte, pues, del sentir común. Las propuestas recogidas en el mencionado Acuerdo van también en la dirección de flexibilizar la gestión de las relaciones laborales, pero sin orillar la necesaria participación de la representación de los trabajadores y, cuando se trata de modificar un convenio colectivo, exigiendo el necesario acuerdo entre empresa y representantes.

El legislador, además de romper con una tradición de concertación social largamente asentada en nuestro sistema de relaciones laborales, diseñando la reforma normativa sin contar con la opinión de los interlocutores sociales, ha superado las propuestas recogidas en dicho Acuerdo, ampliando generosamente el concepto de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que permiten poner en marcha los mecanismos de modificación de las condiciones de trabajo, inaplicación del convenio y extinción de los contratos y diseñando un procedimiento en el que el acuerdo con los representantes de los trabajadores no es condición ni requisito para proceder a adoptar dichas medidas.

II. INSTRUMENTOS LEGALES PARA ARTICULAR LOS AJUSTES SALARIALES: COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL Y TUTELA DE LOS TRABAJADORES

II. 1. El ajuste y reducción del salario a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) permite al empresario adaptar las condiciones laborales, entre ellas el régimen salarial, vigentes en virtud del contrato de trabajo, de acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, siempre que concurren circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Ya en su versión anterior a la reforma, el art. 41 ET incluía expresamente la posibilidad de modificar el “sistema de remuneración”. La interpretación judicial de esta expresión permitía incluir en este tipo de modificaciones aquellas que afectasen a los aspectos cualitativos de la distribución interna de las diversas partidas salariales, tales como una alteración en el sistema de cálculo del salario variable o de los parámetros utilizados para medir la cuantía de los complementos salariales. Pero no estaba claro si por esta vía podía incidirse en los aspectos cuantitativos del salario, modificando la cuantía del salario base o de cualesquiera complementos salariales.

Ciertamente la cuestión tenía, como acertadamente se ha dicho, mucho de artificial pues “cualquier modificación del sistema de remuneración, a la postre, por pequeña que sea, tiene su repercusión en la cantidad a percibir mensualmente por el trabajador”¹. La doctrina judicial ofrece buenos ejemplos de cómo una modificación en el sistema retributivo repercute sobre la cuantía del salario (STS 8-7-2010, R^o 183/2009 y 19-9-2011, R^o 189/2010). Especialmente gráfica es la STS de 20 de enero de 2009 (R^o 4512/2007). Los trabajadores disfrutaban de un sistema retributivo formado por dos variables: una retribución fija y otra de carácter variable en forma de comisión y en función de los objetivos comerciales a conseguir. Mensualmente la empresa abonaba a los comerciales un anticipo sobre incentivos anuales que ascendía al 40% de la retribución variable, proporcionalmente correspondiente a ese mes en función de los incentivos anuales totales. Trimestralmente se procedía a realizar una regularización de la retribución variable en función de las ventas realizadas sin que, en ningún caso, se descontara cantidad alguna sobre el 40% abonado previamente, aunque no se consiguieran los objetivos fijados. Este sistema es el que la empresa pretende modificar en el sentido de vincular la totalidad del variable a la consecución de los objetivos. Lo que se debatía en la sentencia es si para articular esta modificación la empresa debe o no seguir el procedimiento previsto en el art. 41 ET. Y el Tribunal Supremo confirma que así debe ser pues la alteración pretendida afecta sustancialmente a las condiciones de su régimen retributivo. Pero lo más relevante, a los efectos ahora analizados, es la constatación que hace el Tribunal de cómo dicha alteración afecta a la cuantía del salario al señalar que “con anterioridad el trabajador sabía que contaba, sin condicionamiento alguno, con el 40% mensual fijo de la retribución variable, sin perjuicio de las ulteriores liquidaciones trimestrales, semestrales o anuales y que, además, el mismo, no se le llegaba a descontar aun cuando no se consiguiera los objetivos empresariales previstos. Ese 40% suponía para el trabajador la nada despreciable cantidad de 573,15 euros al mes, lo que le permitía estructurar su economía personal y doméstica con unos márgenes de seguridad financiera de lo que se ha visto privado por la decisión adoptada unilateralmente por la empresa”.

Pero las conclusiones que podrían extraerse de estos pronunciamientos no eran definitivas y así lo manifestó la STS de 5 de junio de 2012 (R^o 95/2011). En este caso, la empresa, siguiendo el procedimiento del art. 41 ET, había modificado el sistema retributivo para convertir un 10% del salario fijo en salario variable, haciendo depender su cuantía de los resultados obtenidos por la empresa. El Tribunal Supremo advierte que el cambio que la empresa incorpora “supone transformar una parte –no pequeña: el 10%– de la prestación salarial debida de manera incondicionada en una obligación sometida a una condición que ni siquiera depende del esfuerzo de los trabajadores (...) tal transferencia de una parte significativa del riesgo empresarial al trabajador contradice la esencia del contrato de trabajo y, por ello, va mucho más allá de lo que sería una mera modificación de las condiciones laborales”. En definitiva, para esta sentencia, una modificación como la pretendida no podía articularse como modificación de las condiciones laborales pues tal modificación excedía de lo permitido por el art. 41 ET.

La Ley 3/2012 da una nueva redacción al art. 41.1.d) ET para incluir expresamente la referencia a la “cuantía salarial”, lo que supone admitir, ya sin ningún género de dudas, la posibilidad de reducir la cuantía salarial a través del procedimiento diseñado para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La expresa incorporación de la cuantía salarial como objeto de modificación sustancial se produce, además, en un contexto en el que, por una parte, la causa que legitima las mencionadas modificaciones se ha flexibilizado y, por otra, el procedimiento para articular dichas modificaciones ha sido profundamente alterado con la finalidad de facilitar su adopción.

En este sentido, si bien la legitimidad de la modificación sustancial viene condicionada, al igual que antes, por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de pro-

¹ SALA FRANCO, T. “El alcance aplicativo del art. 41 del ET: Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. *Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo*, CGPJ, 1996, pp. 135-136.

ducción, que deben ser debidamente acreditadas, la norma no exige ahora al empresario ningún esfuerzo probatorio complementario dirigido a acreditar que la adopción de tal medida cumple una función preventiva o benéfica sobre la posición de la empresa en el mercado. La denominada “conexión de funcionalidad” que la doctrina judicial extraía de la ya derogada exigencia legal de que la modificación sustancial “contribuya a prevenir la evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” implicaba un plus probatorio al empresario, al que no le bastaba con acreditar la concurrencia de la causa sino que además debía esforzarse en acreditar que la adopción de las medidas programadas favorecería en algún modo la actividad empresarial. El RDL 3/2012 primero y la Ley 3/2012 después han adelgazado el nivel de exigencia del precepto al limitarse a identificar como causas económicas, técnicas, organizativas o de producción aquellas “que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, simplificando de este modo el procedimiento en cuanto a las causas se refiere².

A ello se añade, en el afán por garantizar el éxito del procedimiento de modificación sustancial, las previsiones para los casos en los que en la empresa no existan órganos de representación de los trabajadores. La adopción de estas medidas modificativas requiere, en los casos en que se califiquen como colectivas —en función del número de trabajadores afectados—, que la decisión empresarial vaya precedida por un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Que dicho periodo acabe con acuerdo no es imprescindible para la efectividad de la medida pero sí que los representantes participen en el proceso. Esto generaba problemas cuando la empresa carecía de representantes conllevando estas situaciones la imposibilidad de hacer efectivas las modificaciones pretendidas. Para evitar estas situaciones, el legislador diseña un procedimiento exhaustivo de identificación de los representantes legitimados para participar en el procedimiento. En este sentido, se atribuye tal capacidad a la representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa, dando preferencia a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del Comité de empresa o entre los delegados de personal. En ausencia de representantes en la empresa, la ley contempla la constitución de una comisión ad hoc integrada por los propios trabajadores de la empresa o centro de trabajo o, a elección de estos, por miembros de sindicatos representativos. El mecanismo pretende ser un instrumento que evite que la ausencia de representantes en la empresa o centro de trabajo impida poner en práctica modificaciones sustanciales de carácter colectivo pero significa también la posibilidad de que trabajadores sin la debida formación y experiencia en negociación y defensa de los intereses colectivos participen en la adopción de decisiones que afectan a toda la plantilla. Las previsiones legales se cierran con la advertencia de que la falta de designación de la comisión *ad hoc* no puede suponer la paralización del procedimiento (art. 41.4.5º ET) lo que, en determinados casos, podría suponer la legitimidad de una modificación sustancial colectiva decidida por la empresa sin haber desarrollado el correspondiente periodo de consultas.

La aplicación práctica de esta posibilidad de ajuste y reducción salarial prevista en el art. 41 ET no se ha hecho esperar y son numerosas las empresas que han acudido a estas medidas, en muchos casos presentándolas abiertamente como la única alternativa posible al despido. Es el caso de ENCE (grupo papelerero y de energía) que, en marzo de 2013 anunció su renuncia temporal al despido de 144 trabajadores al alcanzar un preacuerdo con sus Comités de empresa para negociar la preparación de un plan de competitividad laboral que contemple la reducción y flexibilización de sus costes salariales, así como la reducción de los puestos de trabajo. El preacuerdo incluía el compromiso de empresa y trabajadores en “avanzar en la flexibilidad de los costes salariales a través de su vinculación a la productividad y los resultados, y no al IPC

² Vid. GALA DURÁN, C., “Movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en AA.VV. (Dir. S. Del Rey Guanter) *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales, Novedades en la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, La Ley, 2013, págs. 280-292.

como establecen hasta el momento los actuales convenios colectivos en vigor en ENCE". Asimismo, con el objetivo fundamental de preservar la competitividad de la compañía, el acuerdo marco deberá incorporar una fuerte moderación salarial durante los próximos años, así como un aumento de la jornada anual, en línea con el convenio del sector como medidas clave para ganar competitividad y eficiencia. La reducción de los salarios del personal de nuevo ingreso, la clasificación profesional y la previsión social serán también materias que contemplarán las próximas negociaciones³. En el mismo sentido, FNAC (cadena de grandes almacenes especializados en libros, música y electrónica) anunció, en marzo de 2013, su intención de retirar el despido colectivo proyectado a cambio del pacto alcanzado con los sindicatos para reducir salarios y modificar horarios. En este caso, el pacto incluía la reducción durante un año del 35% de la retribución variable mensual, la reducción del 50% en el bono de 2013 destinado a mandos intermedios y directivos, el copago del seguro médico y la realización por parte de la empresa de un estudio de adecuación de los horarios comerciales de apertura y cierre para ajustarlos a la afluencia de clientes y ventas⁴. O, por poner un último ejemplo, la empresa AIR NOSTRUM que anuncia el pacto con los trabajadores para reducir un 18% del salario.

II. 2. La inaplicación del régimen salarial previsto en el Convenio colectivo

El recurso al procedimiento de modificación sustancial regulado en el art. 41 ET no es válido para modificar las condiciones y cuantías salariales previstas en Convenio colectivo, que disponen de un procedimiento específico regulado en el art. 82.3 ET.

Con antelación a la reforma de 2012, dicho procedimiento permitía que, tras un periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores, pudiera decidirse el descuelgue de las condiciones salariales pactadas en convenio de ámbito superior a la empresa, condicionando dicha posibilidad a la concurrencia de determinadas circunstancias económicas negativas y al acuerdo con la representación laboral. Ya sea por la exigencia ineludible de acuerdo con los representantes de los trabajadores, ya sea por la rigidez en la determinación de las condiciones económicas que debían concurrir, lo cierto es que el uso de este instrumento de ajuste tenía un carácter puramente residual en el ámbito de la empresa.

Es por ello que la reforma de 2012 apuesta por la inaplicación del Convenio colectivo como fórmula especialmente adecuada para adaptar las condiciones laborales aplicables en la empresa, o en el centro de trabajo, a las necesidades cambiantes de la empresa y del contexto económico y productivo y adapta su régimen jurídico para favorecer su uso.

El nuevo art. 82.3 ET amplía el ámbito de materias y condiciones laborales a las que puede afectar la decisión de inaplicación del Convenio, admite que el descuelgue se produzca también respecto del Convenio de empresa –lo que permite atender a situaciones o necesidades específicas de un centro de trabajo– e incluye expresamente, en sintonía con el art. 41.1 ET, la referencia a la “cuantía salarial”. Se objetivizan además las causas que legitiman el descuelgue o inaplicación del convenio, identificando las mismas con las requeridas para proceder al despido colectivo, con alguna matización en el caso de la causa económica. También en este caso, al igual que ocurre con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la acreditación de la causa es suficiente para justificar la inaplicación del Convenio colectivo. La contribución de la decisión de inaplicación a mejorar la situación de la empresa, prevenir su empeoramiento o mitigar sus efectos sobre los contratos de trabajo, no se exige ni es, por tanto, condición para la legitimidad de la decisión de inaplicación.

La norma sigue exigiendo que la decisión de inaplicación o descuelgue del convenio vaya precedida de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. A estos efec-

³ <http://www.europapress.es/asturias/noticia-comites-direccion-ence-reuniran-proxima-semana-abordar-plan-competitividad-laboral-20130516093636.html>

⁴ <http://www.europapress.es/economia/noticia-economia-empresas-fnac-retira-ere-temporal-cambio-reducir-salarios-modificar-horarios-20130322134017.html>

tos, cuando no existen órganos unitarios o sindicales de representación la participación en el periodo de consultas puede recaer, al igual que en el marco del art. 41 ET, en una comisión *ad hoc* integrada por trabajadores del centro de trabajo o empresa. Pero ahora ya no es condición ineludible el acuerdo con dicha representación. En efecto, para los casos en que dicho acuerdo no se alcance, la norma prevé una fórmula de cierre que posibilita, aunque no garantiza, que la inaplicación se lleve a cabo. El art. 82.3 ET prevé que cuando el periodo de consultas haya acabado sin acuerdo y no sean aplicables los procedimientos de solución o estos no hubieran resuelto la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o al órgano correspondiente de la comunidad autónoma competente. La decisión de estos órganos podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad. La intervención de la Comisión Consultiva no asegura que el descuelgue se vaya a producir siempre y menos aun que se autorice en los exactos términos previstos por la empresa, pero permite evitar que la oposición de la representación laboral de los trabajadores impida sin remedio la alteración de las condiciones salariales previstas en el Convenio colectivo. Y ello indudablemente puede actuar como un argumento de peso para “animar” a los representantes de los trabajadores a alcanzar un acuerdo, a falta del cual la empresa puede todavía utilizar un cauce en el que los representantes carecen ya de posibilidad de intervenir para modular los ajustes propuestos por la empresa.

Los datos confirman que la reforma del régimen de descuelgue salarial está permitiendo el incremento de la inaplicación del convenio como instrumento de ajuste salarial y de condiciones laborales. Según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social⁵, a lo largo de mayo de 2013 se han depositado en los registros de las distintas Autoridades Laborales un total de 252 inaplicaciones de convenios que afectan a un total de 8.624 trabajadores. Sumado a los datos de meses anteriores, el acumulado de 2013 asciende a 1.165 inaplicaciones que afectan a casi 81.000 trabajadores. El 80% de los trabajadores afectados por inaplicaciones se concentra en el sector servicios y, respecto al tamaño de las empresas, casi el 70% de los trabajadores afectados están en empresas de 250 trabajadores o más. Frente a estas cifras, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos puede parecer marginal. Hasta la fecha, la Comisión Consultiva ha emitido 20 decisiones sobre inaplicación de convenios colectivos. De las quince tramitadas en el año 2012, y dejando al margen las que declararon la incompetencia de la Comisión en atención al ámbito territorial (nueve) o las de inadmisión por falta de agotamiento de las vías previas (dos), se decidió el archivo de uno de los expedientes por haberse alcanzado acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores, se desestimaron dos de las peticiones y se estimó una. En el año 2013, uno de los expedientes concluyó con falta de pronunciamiento por no haberse llegado a un acuerdo en el seno de la Comisión Consultiva, se desestimó una petición y se estimaron parcialmente tres.

II. 3. La prioridad aplicativa del convenio de empresa

Los instrumentos hasta ahora analizados, –la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue del convenio colectivo–, apuntan en la misma dirección de dotar al empresario de instrumentos que permitan atender las condiciones específicas de cada empresa y obtener mayor flexibilidad en la determinación de los salarios y demás condiciones de trabajo, vinculándolas a sus concretas exigencias de productividad. Esta preferencia por la determinación de los salarios a nivel de empresa se expresa también, ya sin ambages, en la prioridad aplicativa que el nuevo art. 84.2 ET atribuye al Convenio colectivo de empresa. Anteriores reformas (RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva) habían pretendido también incidir en la estructura de la negociación colectiva otorgando prioridad aplicativa al Convenio de empresa en determinadas materias que se consideran esenciales para una efectiva gestión flexible de las condiciones de trabajo. Pero aquella reforma se

⁵ <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/CCT13mayAv/ANE/resumen.htm>

quedó a medio camino al permitir que los convenios sectoriales, autonómicos o estatales, impidieran esa prioridad aplicativa. La apuesta de la reforma del 2012 es mucho más firme pues se garantiza la preferencia del Convenio de empresa excluyendo que la negociación sectorial pueda modificar la opción legal.

El precepto establece una nueva excepción a la prohibición de concurrencia de convenios entendida como la imposibilidad de que un convenio colectivo, durante su vigencia, resulte afectado por otro de ámbito distinto. Esta prohibición general contaba ya con algunas excepciones. La primera, prevista en el propio art. 84.1 ET, remite a los supuestos en que el propio convenio colectivo permite dicha concurrencia, en cuyo caso, habrá de estarse a los propios términos del acuerdo. La segunda, recogida en el art. 84.3 ET, supone la posibilidad de que por medido de Convenios colectivos o Acuerdos de ámbito autonómico se afecte a lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito estatal, en los términos previstos en dicho precepto.

La novedad recogida en el art. 84.2 ET confiere prioridad al Convenio de empresa, que puede negociarse durante la vigencia de un Convenio colectivo de ámbito superior aplicable en la empresa, y cuyo contenido será aplicable en las materias que enumera el propio precepto. Entre esas materias se recoge expresamente: “a) la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa” y b) “el abono y compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica de trabajo a turnos”. De este modo, la fijación de los salarios pasa a convertirse en materia propia de la negociación de empresa con preferencia sobre los salarios pactados a nivel superior.

La aprobación de un Convenio colectivo de empresa en el que se fijen a la baja salarios distintos a los previstos en el Convenio sectorial requiere necesariamente el acuerdo alcanzado entre sujetos legitimados para negociar un convenio en los términos de los arts. 87, 88 y 89 ET. El respeto al derecho a la negociación colectiva impide, lógicamente, que el legislador instrumente mecanismos para suplir la falta de acuerdo entre los trabajadores y la empresa durante la negociación del convenio colectivo. Pero hay elementos ajenos al propio proceso negociador que sin duda pueden incidir en la posición de los representantes de los trabajadores incentivándoles a concluir la negociación con la adopción de un convenio de empresa. No se trata únicamente de que la empresa, ante el fracaso de la negociación a nivel de empresa, pueda acudir al descuelgue del convenio superior aplicable. Más eficaz para fomentar la negociación de empresa puede resultar la nueva regulación de la ultraactividad de los convenios. Conforme al art. 86.3 ET, una vez denunciado, el Convenio colectivo se mantiene su aplicación durante la negociación del siguiente pero con un máximo de tan solo un año de modo que, transcurrido dicho plazo, será aplicable, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. No prevé dicho precepto qué ocurre cuando no existe convenio colectivo superior aplicable. Aunque la doctrina ha ofrecido interpretaciones y soluciones no siempre conciliables⁶, una de las posibles es considerar aplicable las condiciones previstas legalmente⁷, con el consiguiente efecto de pérdida o reducción de derechos para los trabajadores. De este modo, en determinados casos, la amenaza de aplicación de los mínimos salariales previstos en la normativa aplicable, –el salario mínimo interprofesional– puede razonablemente actuar como incentivo para que se acuerden convenios colectivos con condiciones salariales muy inferiores a las que venían siendo aplicables en la empresa.

⁶ Vid. al respecto, CRUZ VILLALÓN, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en AA.VV. (Dirs. I. García-Perrote y J.R. Mercader) *Reforma laboral de 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, pág. 413; y ALFONSO MELLADO, C.L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012”, en AA.VV. (Dirs. C.L. Alfonso y G.E. Rodríguez Pastor) *Reforma laboral 2012, Últimas reformas laborales y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 37-39

⁷ Vid. al respecto, MERCADER UGUINA, J.R., “El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del Convenio colectivos, Convenios de empresa y ultraactividad”, en AA.VV. (Dirs. I. García-Perrote y J.R. Mercader) *La aplicación práctica de la reforma laboral, Un estudio de la Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-Leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, 2013, págs. 328-329.

En materia salarial, la opción por la negociación a nivel de empresa pretende conseguir el objetivo de frenar el crecimiento de los salarios que típicamente se han venido comportando en momentos de expansión económica de modo más moderado en este nivel que en el sectorial⁸. Los efectos tampoco se han hecho esperar en esta materia y los datos estadísticos más recientes sobre variaciones salariales acreditan que la contención salarial es la nota característica de los convenios colectivos que han entrado en vigor durante el 2012 y el 2013 o de las revisiones salariales producidas en ese mismo periodo. Así, durante el 2012, la variación salarial pactada asciende al 1,23%, frente al 2,07% del año anterior, lo que permite constatar el esfuerzo de contención salarial que se está produciendo en la negociación colectiva. Lo que sorprende, sin embargo, es que la moderación en las subidas salariales se está produciendo con mayor intensidad en los convenios de sector que en los de empresa (1,27% durante el 2012 en los convenios de empresa, frente al 1,22% en los convenios de otros ámbitos distintos al de la empresa) y la tendencia se consolida durante los primeros meses del 2013. La explicación puede encontrarse, sin embargo, en un cambio o adaptación de la conducta de los sujetos negociadores ante la nueva situación creada por las reformas normativas. Se ha dicho, en este sentido, que “ante el riesgo de perder su espacio de negociación, los convenios de ámbito superior parecen buscar un ajuste más preciso, fijando condiciones mínimas fácilmente asumibles en el nivel empresarial, de modo que no se vean desplazados por su negociación sino simplemente mejorados”⁹.

II. 4. En busca del reequilibrio entre intereses empresariales y tutela de los trabajadores

El análisis efectuado sobre los instrumentos a disposición del empresario para adaptar las condiciones laborales aplicables en la empresa a las necesidades del sistema económico y productivo, pone de relieve que el equilibrio entre tutela de los intereses empresariales y los derechos de los trabajadores que resulta del nuevo diseño legal es, cuando menos, precario. La competitividad y la productividad de las organizaciones empresariales justifican, por sí mismas, la congelación de futuros incrementos salariales o la reducción del salario que el trabajador tiene derecho a percibir, por decisión unilateral del empresario. Difícilmente puede compartirse por ello la opinión del legislador cuando califica la reforma como “equilibrada”, como una reforma “en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”. Lo cierto es que los trabajadores han perdido capacidad de control y decisión sobre las modificaciones sustanciales colectivas y sobre el descuelgue del convenio colectivo, que en última instancia, pueden decidirse y llevarse a cabo contra su voluntad. Voluntad que, además, está condicionada por una definición legal de las causas que justifican las medidas de ajuste salarial mucho más amplia y flexible que la precedente.

En este contexto, se aprecian sin embargo algunos resquicios legales que están permitiendo a los tribunales tutelar los intereses de los trabajadores en estos procesos de modificación de las condiciones salariales aplicables. Precisamente, en aquellos aspectos donde la reforma más ha incidido –las causas que legitiman las medidas de ajuste y la determinación de los representantes de los trabajadores con los que debe negociarse la modificación o la inaplicación del Convenio colectivo– es donde diversos pronunciamientos judiciales ofrecen una interpretación de las nuevas exigencias legales más respetuosa que la que deriva de la pura literalidad de la norma con la conciliación entre los intereses empresariales y la conservación, no solo de la relación laboral sino también de las condiciones laborales aplicables.

⁸ Los datos revelan que sistemáticamente el incremento salarial pactado en los convenios de empresa es ligeramente inferior al pactado en convenios sectoriales. Durante el año 2010, la variación salarial pactada en los convenios de empresa fue del 1,26% frente al 1,50% en los convenios sectoriales. Igual comportamiento se mantuvo en el año 2011: un 1,66% frente al 2,11%.

⁹ MERCADER UGUINA, J.R., “El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del Convenio colectivo, Convenio de empresa y ultraactividad”, en AA.VV. (Dir. I. García-Perrote y J.R. Mercader), *La aplicación práctica de la reforma laboral, Un estudio de la Ley 3/2012, y de los Reales Decretos-Leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, 2013, p. 316.

En relación con la causa, la finalidad de la reforma era clara y así se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012: se pretenden superar los inconvenientes derivados de la anterior definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción fundada en elementos que incorporaban proyecciones de futuro y una valoración finalista de las medidas adoptadas por el empresario. Esa definición había determinado que, en muchos casos, los tribunales realizaran juicios de oportunidad en relación con la gestión de la empresa. El objetivo del legislador es que el control judicial se limite a la valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas, eliminando lo que se denominaba “conexión de funcionalidad”, que permitía al juez valorar la adecuación de las medidas empresariales para superar la situación de la empresa. Ahora, tras la nueva definición de las causas que justifican la adopción empresarial de medidas de ajuste, el control judicial debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas¹⁰.

Las consecuencias prácticas de estos cambios normativos han generado ya un interesante debate doctrinal sobre el alcance del control judicial de las causas¹¹ y han determinado pronunciamientos judiciales no siempre uniformes. Desde las sentencias que abiertamente declaran que la nueva regulación ha dejado subsistente únicamente la acreditación de la causa alegada pero suprime lo relativo a la conexión funcional (STSJ Madrid 11-6-2012, Proc. 22/212, STSJ Cantabria 26-9-2012, Proc. 2/2012 o STSJ Galicia 6-7-2012, Proc. 12/2012) hasta aquellas que contundentemente exigen “la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de relación de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad” entre la causa económica y productiva y las decisiones empresariales. Esta última posición se mantiene en numerosas sentencias de la Audiencia Nacional (SAN 18-12-2012, Proc. 257/2012; SAN 4-2-2012, Proc. 167/2012) en las que se insiste en que la nueva regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no supone “una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo” (SAN 19-3-2013, Proc. 21/2013). Esta interpretación, que exige acreditar la proporcionalidad entre la situación de la empresa y las medidas adoptadas y, por tanto, no se conforma con la mera prueba de las causas, ha recibido un importante respaldo con el RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. En su art. 21, cuando regula la decisión que ha de tomar la Comisión ante la falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores para proceder a la inaplicación del Convenio colectivo, se señala que la decisión 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 así lo declarará, con la consecuencia de que no procederá la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo. Por el contrario, si se aprecia la concurrencia de las causas, “la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o

¹⁰ Basta comparar la anterior definición de las causas que permitían la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (“Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”) con la resultante de la reforma (“Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”).

¹¹ DESDENTADO BONETE, A. “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, 2012, nº 17; MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 31-49.

proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”. Esta fórmula ha permitido ya que en alguna de sus decisiones la Comisión Consultiva haya admitido solo parcialmente las medidas solicitadas por la empresa. Así, la Decisión de 7 de febrero de 2013 (Exped. 1/2013) se pronuncia sobre la inaplicación de condiciones salariales para estimar parcialmente la solicitud empresarial, haciendo uso de sus facultades de valoración sobre la adecuación de las medidas propuestas por la empresa.

En relación con la legitimación para intervenir en los periodos de consultas previos a la modificación sustancial de las condiciones salariales o a la inaplicación del Convenio en esta materia, la doctrina judicial se inclina por atribuir a las representaciones legales, ya sean unitarias o sindicales, la participación en dichos procesos de negociación evitando dejar dicha responsabilidad en manos de comisiones *ad hoc*, inexpertas en procesos de negociación y quizás por ello más vulnerables a las propuestas y estrategias empresariales. Así, se ha considerado que si la negociación afecta a varios centros de trabajo, algunos de los cuales cuentan con representantes legales de los trabajadores, a estos ha de corresponder la participación en el periodo de consultas, actuando en representación de todos los trabajadores, también los de los centros de trabajo que carece de representación (SAN 21-11-2012, Proc. 167/12).

III. COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL Y TUTELA LOS TRABAJADORES EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL SALARIO

La negociación colectiva no ha sido en absoluto ajena a la necesidad de incrementar la competitividad de nuestras estructuras productivas ni al papel que, con ese objetivo, cumplen las políticas salariales. Los datos que se aportaban anteriormente constatan cómo los interlocutores sociales han incorporado a través de la negociación colectiva medidas en materia de regulación del salario dirigidas no solo a permitir que el ajuste salarial actúe como alternativa a soluciones más traumáticas sino también a favorecer la mejora de la competitividad y productividad empresarial. Los Acuerdos para la negociación colectiva alcanzados en los últimos años –cuyo objetivo es fijar las pautas que han de guiar la negociación y el contenido de los Convenios colectivos negociados durante el periodo correspondiente– ponen de manifiesto el creciente compromiso de los interlocutores sociales por moderar la política de crecimiento salarial y por incorporar factores que vinculen el salario con la competitividad y los resultados empresariales. Ambas recomendaciones empiezan a tener eco en los convenios colectivos negociados desde el 2012 que, por una parte, moderan el incremento salarial, y por otra, acogen cada vez con más frecuencia fórmulas de fijación del salario vinculadas a factores variables relativos a los resultados de la empresa o al cumplimiento de objetivos.

III. 1. Contención del crecimiento salarial en la negociación colectiva reciente

Sin necesidad de remontarse a acuerdos anteriores, el análisis de las previsiones y recomendaciones contenidas en el AINC 2007 en materia de salarios demuestra que dicho Acuerdo responde a un modelo de relaciones laborales y de crecimiento salarial típico de una época previa a la crisis. Los primeros párrafos del Acuerdo ponen de manifiesto algunos de los síntomas que luego habrían de desatar la profunda crisis que atraviesa la economía española: “se mantienen algunos problemas para 2007: elementos de incertidumbre que pudieran dificultar el crecimiento económico y la creación de empleo, tales como una desaceleración del ritmo inversor del sector de construcción, un previsible aumento del precio del dinero y unas expectativas a la baja sobre el crecimiento económico del conjunto de la UE”. Pero, aún así, lo cierto es que el balance y las consideraciones generales con que se abre el texto del Acuerdo son optimistas: “La confianza que ha generado la asunción de las responsabilidades contenidas en los Acuerdos ha contribuido a mantener el crecimiento de la economía española, a mejorar el poder adquisitivo de los salarios en un contexto de moderación y a mantener y crear empleo”. Por ello, en materia salarial, se deja constancia de la “intención de llevar a cabo, durante la vigencia del presente Acuerdo, una política de crecimiento moderado de los salarios que permita adaptarse al contexto económico, apoyar el descenso de la inflación y la mejora de la competitividad, po-

tenciar las inversiones productivas y favorecer el empleo estable y seguro". En este sentido, se identifican los criterios para la determinación de los incrementos salariales señalando que la negociación salarial debe tomar como primera referencia el objetivo o previsión de inflación del Gobierno, fijado para el año 2007 en el 2%. Pero se contempla la posibilidad de que haya incrementos superiores a la inflación prevista dentro de los límites derivados del incremento de la productividad. En cuanto a la revisión salarial, se prevé que los convenios colectivos "incorporarán una cláusula de revisión salarial, sin que ello trunque el objetivo de moderación salarial. A tal fin, tomarán como referencia el objetivo o previsión de inflación, el IPC real y el incremento salarial pactado en el convenio colectivo".

Tras la prórroga del AINC 2007 para el año 2008 y el Compromiso de actuación entre CEOE y CEPYME y CCOO y UGT sobre la negociación colectiva pendiente de 2009, el AENC 2010-2012 se negocia en un clima marcado ya sin remedio por la crisis económica. La primera parte del texto del Acuerdo recoge expresamente los datos que acreditan la delicada situación y los interlocutores sociales asumen un evidente cambio de tendencia al declarar expresamente la "...intención de llevar a cabo, durante su vigencia, una política de crecimiento moderado de los salarios que permita el mantenimiento y recuperación del empleo, y que contribuya a la reactivación económica".

Prueba de ello es que los criterios para la determinación de los incrementos salariales se desvinculan del Índice de Precios al Consumo (IPC) y se fijan para el año 2010 en un máximo del 1%; para 2011, entre el 1% y el 2%; y para 2012, entre el 1,5% y el 2,5%, añadiendo además que, dentro de estas referencias, los criterios para determinar los incrementos salariales deberán ser objetivos y tener en consideración las realidades específicas de cada sector o empresa. El indicador de la inflación prevista reaparece, sin embargo, respecto de los Convenios colectivos plurianuales para los que se recomienda la ponderación de aquellos parámetros a la luz del objetivo de estabilidad de precios fijados por el Banco Central Europeo. También en relación con las cláusulas de revisión salarial, cuya incorporación a los Convenios, según el Acuerdo, no debe trincar el objetivo de moderación salarial para lo cual deben tomar en cuenta el incremento salarial pactado en el Convenio y la inflación real en todo el periodo.

El diagnóstico de la situación con que se abre el II AENC 2012-2014 elude ya completamente valoraciones complacientes y optimismos infundados. Ante "las dificultades observadas para aumentar la actividad económica y la creación de empleo", el "momento delicado" que atraviesa la economía española, la complejidad de la situación, el Acuerdo apuesta, anticipándose en buena medida a las recetas aplicadas poco después por el legislador, por la descentralización de la negociación colectiva en favor del Convenio de empresa, y por la flexibilidad interna como fórmula alternativa y preventiva de reestructuraciones extintivas. En este contexto, es lógico que las propuestas de crecimiento salarial sean aun más moderadas que las del Acuerdo precedente: en el año 2012, el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,5%; en el año 2013, el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,6%. Para el año 2014, la fijación inicial de los salarios se hace depender de la situación económica de modo que si el incremento del Producto Interior Bruto (PIB) a precios constantes en 2013 es inferior al 1%, el aumento salarial no excederá el 0,6%; si el incremento del PIB a precios constantes en 2013 es superior al 1% e inferior al 2%, el aumento salarial no excederá el 1%; y si el incremento del PIB a precios constantes en 2013 alcanza o supera el 2%, el aumento salarial no excederá el 1,5%.

Junto a ello, el II AENC recoge una cláusula de actualización salarial que ya no toma como referencia el IPC previsto por el gobierno o el porcentaje pactado por las partes sino el exceso sobre el objetivo de inflación del Banco Central Europeo¹². En este sentido, para el 2012 y 2013 se preveía una cláusula de actualización aplicable al final del ejercicio concretada en el exceso

¹² Vid. al respecto, TODOLÍ SIGNES, A., *La revisión salarial*, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 155-162.

de la tasa de variación anual del IPC general español del mes de diciembre sobre el objetivo de inflación del Banco Central Europeo. Además, el Acuerdo contempla la posibilidad de que los convenios colectivos incluyan componentes adicionales de actualización de salarios basadas en la evolución de indicadores económicos (salario variable) asociados a la marcha de la empresa (beneficios, ventas, productividad, etc.). De forma preferente, los incrementos derivados de estos componentes adicionales de actualización se integrarán en la parte variable del salario, que debe adecuarse a la realidad sectorial y empresarial.

III. 2. La progresiva y necesaria incorporación a la negociación colectiva de la retribución variable

Aunque las fórmulas de retribución variable constituyen ya un componente habitual de la estructura salarial en nuestro sistema de relaciones laborales, lo cierto es que su proceso de incorporación ha sido lento. La entrada de las retribuciones variables en la estructura salarial se ha producido en la mayoría de los casos a través de decisiones unilaterales de la empresa, como fórmulas de fidelización o incentivos a la productividad para los trabajadores, incorporadas en ocasiones a la relación contractual a través de pactos individuales. Esta fórmula determina un amplio margen de libertad empresarial para determinar el contenido, el alcance subjetivo y objetivo o la vigencia temporal de los planes o instrumentos de retribución flexible. Se elude, además, la participación e intervención de los representantes legales de los trabajadores en el diseño e implantación de los sistemas de retribución flexible.

Ello no ha impedido, sin embargo, que la doctrina judicial haya fijado límites en la aplicación de los sistemas de retribución variable incorporados por la exclusiva voluntad empresarial, evitando que su aplicación, modificación o supresión dependan de la exclusiva y libre voluntad empresarial¹³. Se han considerado inaplicables, en este sentido, las cláusulas que determinan que el abono del salario variable queden condicionadas a la exclusiva voluntad del empresario, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se acuerda una retribución por objetivos sin concretar cuáles son tales objetivos en cuyo caso se ha reconocido el derecho del trabajador a percibir el bonus o incentivo en su cuantía total (STS 14-11-2007, R^o 616/2007). Y se ha reconocido el derecho a percibir la parte proporcional consolidada por el trabajador durante el periodo en que prestó servicios en la empresa cuando la empresa no ha concretado la exigencia del cumplimiento íntegro de los objetivos (STS 5-5-2009, R^o 1702/2008).

Por eso tiene especial importancia, una vez aceptados los potenciales efectos positivos que estos sistemas retributivos tienen sobre la competitividad y el rendimiento, su incorporación a través de la negociación colectiva, en la medida en que con ello se da entrada a la participación de los representantes de los trabajadores en su diseño pero también en su aplicación.

De este modo, fórmulas que cuentan ya con una cierta tradición en nuestro sistema de relaciones laborales, como la retribución por objetivos o los incentivos por productividad, se han incorporado progresivamente a la práctica negocial. Ejemplo de ello es el IV Convenio Colectivo de Santa Bárbara Sistemas SA (BOE 4-2-2013) que recoge, en su art. 18 un sistema de incentivos que “contempla objetivos globales de empresa-fábrica-taller-célula que fomenta y ayuda a implantar más el trabajo en equipo; tiende a formar equipos integrados de fabricación, calidad, planificación, ingeniería que sean responsables de las entregas del producto al cliente, externo o interno, en plazos, coste y calidad. Se fundamenta en dos parámetros básicos: Calidad y Eficiencia, entendiendo este binomio como la capacidad de obtener los resultados previstos con los recursos apropiados”. Para ello se establece una prima en función de las horas efectivas trabajadas y de los objetivos obtenidos, que se liquidará mensualmente a cada trabajador, independientemente de su nivel profesional. Dicha prima incluye un bloque consolidado o fijo y otro variable. El bloque fijo está valorado en 0,7406 euros/hora y está garantizado para todos

¹³ Vid. al respecto, MERCADER UGUINA, J.R., *Salario y crisis económica*, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 47-49.

los trabajadores, pero entendiendo que este fijo exige a todo trabajador una determinada actitud y lograr, a nivel individual y global, unos mínimos de eficiencia y calidad en base al estándar fijado para cada producto en cada centro. El bloque variable se valora hasta un máximo de 0,7855 euros/hora. Con este bloque se incentiva la consecución de objetivos de eficiencia y calidad. La eficiencia del taller o célula analiza la ejecución de los procesos obteniendo el producto requerido con un ahorro o mejora respecto al fijado en el estándar entendiendo siempre que hablamos de objetivos globales. Se valorará tanto el tiempo (para evaluar y fijar este criterio se utilizará el sistema de tiempos cronometrados o de tiempo estimado u otro a definir por la fábrica), como el coste (GFH, presupuesto de tarifa por centros,...). El objetivo de calidad analiza y valora tanto conceptos de carácter individual como global en relación con: El grado de implicación personal en los planes de mejora y competitividad; el grado de implantación del Sistema de Calidad en cada centro; el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa vigente y clientes; la disminución en el coste de las inutilidades al detectarse estas en la operación que las genera; el ahorro en los tiempos de reproceso y, finalmente, la mejora en la transmisión de información de problemas. La fijación de los objetivos mínimos y de los parámetros que sirven para establecer los objetivos del bloque variable se fijan por la Comisión de Incentivos y Productividad, integrada por tres representantes de la parte social y tres representantes de la dirección de cada fábrica. O el *VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU*, (BOE 19-6-2013), cuyo art. 38 prevé el abono de incentivos en función de los resultados de la revisión anual del desempeño, del periodo de prestación efectiva de servicios y del grado de cobertura tanto de los objetivos de negocio como de los objetivos individuales que se les asignen y al cumplimiento de los requisitos exigibles en cada caso. La tónica habitual en la regulación de tales fórmulas retributivas es la participación de los representantes de los trabajadores en su articulación y aplicación o, al menos, el derecho a ser informados periódicamente de los indicadores por los que se miden los resultados de la empresa, y del grado de cumplimiento de los objetivos.

Más novedosa es la incorporación de fórmulas que vinculan, en la línea que se sugiere y recomienda en el II AENC, los incrementos salariales al cumplimiento o superación de determinados objetivos o beneficios empresariales.

El indicador EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*, Beneficios antes de intereses, impuestos, depreciación y amortizaciones-) aparece cada vez con mayor frecuencia en los convenios como factor de referencia para fijar el importe de determinadas partidas salariales. El *Convenio colectivo de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A* (BOE, 26/2/2013) establece que la paga de productividad quedará vinculada al grado de consecución del «EBITDA por empleado», previsto para cada año y para las personas incluidas en su ámbito personal, y el *Convenio Colectivo de Uniprex, S.A.U.*, para el periodo 2010-2012 (BOE 23/7/2010) acuerda el establecimiento de un sistema de retribución variable para cada año de vigencia del Convenio, de carácter no consolidable, en función de los resultados económicos alcanzados por Uniprex, S.A.U. La cuantía de la misma se obtendrá en función de los resultados antes de impuestos, para cada ejercicio (oscilando entre un 0,60 y un 3% sobre salario base más complemento ad personam). La modificación del *Convenio Colectivo del Grupo de empresas Zena* (BOE 4-2-2013) responde a la necesidad de incorporar en el convenio, a la vista de la situación de la demanda interna y de los resultados económicos de la compañía, las medidas de adaptación necesarias que eviten la caída de empleo, suprime los incrementos salariales lineales pactados en el II Convenio colectivo del Grupo (BOE 27-10-2011) para los años 2013 a 2015 y lo sustituye por el compromiso de abonar en una paga única y no consolidable cuya cuantía se fija en función del EBITDA del grupo con una cláusula de garantía de incremento para el caso de que el EBITDA supere determinadas cantidades.

En ocasiones, dichos indicadores u otros factores vinculados con indicadores internos de la empresa se utilizan, en la línea sugerida por el II AENC, como elementos determinantes de la revisión salarial, bien del salario en su conjunto, bien de determinadas partidas salariales. Así, el *Convenio colectivo de Martínez Lorient, SA* (BOE 27-6-2013), donde se prevé el incremento del salario base para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 pero su efectiva aplicación se

hace depender de factores como “el incremento de kilos vendidos y mantenimiento de la tasa euro/kg, así como beneficios anuales”. O el Convenio Colectivo de Quick Meals Ibérica, SL (BOE 14-6-2013), que condiciona la revisión salarial al resultado de la división de la masa salarial entre las ventas netas (IVA excluido) de modo que, cuando el resultado de dicha división sea menor o igual a un 26% en 2013, un 25% en 2014 o un 24,5% en 2015, los salarios de los trabajadores se incrementarán en un 2%.

Por su parte, el *V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo* (BOE 5/7/2011), cuya su DF 5ª regula la Revisión salarial, prevé que “el Salario Individual Reconocido y el complemento de antigüedad se revisarán con efectos del 1 de enero de cada año de vigencia del convenio con los siguientes criterios: Incremento según los resultados operativos de la Compañía: atendiendo al resultado obtenido por la empresa según el EBIT presupuestado para España anualmente (siendo para el año 2011, 2.606,946 M€), se establecen los siguientes porcentajes de incremento: Incremento anual de un 1% a cuenta; cumplimiento del objetivo bueno (100% objetivo): 1,5% (incluido el incremento anual a cuenta); cumplimiento del objetivo excelente (120% objetivo): 3,5% (incluidos los dos incrementos anteriores).

Una fórmula similar aparece en el Acuerdo de modificación del Cc del Grupo VIPS adoptado en febrero de 2013 que, con la finalidad de adecuar el tratamiento de los salarios a la situación económica efectiva del Grupo, asume el compromiso de abonar una paga única y no consolidable, a los colaboradores de los Grupos Profesionales, IV, III, II y I, que estuvieran de alta en la Empresa el día 1 de enero de 2013, excepción hecha del personal directivo, y en el momento del pago, que tendrá lugar, en su caso, en el primer trimestre del 2014 y 2015 y cuya cuantía será lineal y proporcional a la jornada de cada trabajador, siempre y cuando se produzcan las siguientes circunstancias: Que el EBITDA y Beneficios Después de Impuestos (BDI) en el respectivo año, 2013 y 2014, alcance los siguientes resultados: EBITDA 25 millones y BDI de 3 millones. El importe total a repartir será el 25% del BDI. Igualmente, y a fin de no afectar al empleo, se establece una adecuación de los salarios a la evolución de los resultados del Grupo en el año 2013, de modo y manera que una caída de los mismos no suponga automáticamente una pérdida de empleo, adecuándose los salarios de Convenio a los resultados del Grupo. Así, en 2014, si el EBITDA de 2013 no llegara a los 21 millones anuales, a partir de 01-01 de 2014, la RMG sufriría una reducción temporal del 2 % hasta el 31 de diciembre de 2014. Por lo tanto, a 01-01 de 2015 se recuperarán los valores de RMG existentes en la actualidad (Base 2012). Igualmente, si, efectuada la reducción temporal, en el año 2014 se alcanzara la cifra de 21 millones anuales de EBITDA, se abonará por el Grupo el importe descontado, en el primer trimestre del año siguiente en una sola paga.