

# Impacto de la Reforma Laboral en el sistema español de determinación y ajuste de las condiciones de trabajo

**Autora:** Ana Matorras Díaz-Caneja\*

Profesora Agregada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pontificia Comillas. Facultad de Derecho

## Resumen

La Reforma Laboral de 2012 introduce importantes cambios en nuestro sistema de determinación y ajuste de las condiciones laborales. Se desentrañan aquí sus directrices, tomando una perspectiva de conjunto, pero sin renunciar a destacar las novedades más relevantes implementadas en el marco legal de cada cauce jurídico de ajuste (modificación sustancial de condiciones previstas fuera del convenio; inaplicación temporal del convenio; revisión anticipada del convenio; y apartamiento del convenio sectorial mediante la suscripción de un convenio de empresa concurrente). Se determina, por último, el margen verdaderamente disponible para ajustar condiciones en sede empresarial tras el agotamiento de la llamada *ultraactividad* del convenio.

---

\* Ana Matorras Díaz-Caneja: [matorras@der.upcomillas.es](mailto:matorras@der.upcomillas.es)

*Palabras clave:* Flexibilidad interna, Modificación sustancial de condiciones laborales, Descuelgue convencional temporal, Convenio de empresa concurrente, Revisión convencional anticipada, *Ultraactividad*.

**Title:** *Impact of Labour Reform into the Spanish system of determination and adjustment of working conditions at corporate level*

### **Abstract**

The Labour Reform of 2012 has set important new provisions into our system of determination and adjustment of working conditions at corporate level. This research paper covers the most relevant innovations implemented in the legal framework of each adjustment technique: substantial modification of basic working conditions laid down by the employer beyond the scope of statutory collective bargaining, temporary deviations from collective agreements, anticipated revision of collective agreements and subscription of collective agreements at company level in terms of concurrency with sector-level agreements in force. Finally, we focus on the adjustment measures to be applied at corporate level on minimum working conditions, once the so-called *ultra-enforcement* of collective agreements expires.

*Key words:* Internal flexibility, Adjustment of working conditions, Temporary deviations from collective agreements, Decentralization of collective bargaining, *Ultra-enforcement* of collective agreements.

Recibido: 11-1-2013

Aceptado: 21-2-2013

---

## **I. Introducción**

La Reforma Laboral de 2012<sup>1</sup> introduce importantes cambios en nuestro sistema de determinación y ajuste de condiciones laborales. Globalmente considerada es fiel al objetivo general de adaptar nuestra legislación laboral al paradigma de la *flexiguridad*, con firme promoción de los intereses empresariales; y ello, desde la lógica de que los mismos son merecedores de protección en sí mismos, pero también y sobre todo, considerando que las empresas constituyen instrumentos de creación de riqueza y empleo (y, por ello, operan como piezas clave para el saneamiento de nuestro deteriorado sistema socio-económico).

---

<sup>1</sup> Implementada a través del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; y consolidada, con algunos retoques y añadidos, en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de idéntico título.

En particular, las modificaciones introducidas en materia de *flexibilidad interna* responden a una inequívoca finalidad: potenciar, simplificar y agilizar la adopción de aquellas medidas de ajuste interno que se reputen necesarias en sede empresarial para hacer frente a las situaciones de dificultad o de amenaza a la estabilidad de la empresa (cambios sustanciales en las funciones, en el lugar de trabajo o en otras condiciones de trabajo básicas –arts. 39 a 41 del ET<sup>2</sup>–, reducciones temporales y proporcionales de jornada y salario o suspensiones contractuales temporales –art. 47 del ET–); y ello, con el propósito último de posibilitar el aprovechamiento efectivo de su potencial preventivo o reactivo y, en todo caso, mitigador de la destrucción de empleo. Y lejos de encerrar una radical ruptura respecto a la lógica inspiradora de la normativa anterior, supone la consolidación y una moderada profundización en las líneas y directrices subyacentes a las Reformas de 2010<sup>3</sup> y de 2011<sup>4</sup> (y al propio AENC<sup>5</sup>).

Parece que la vertiente más incisiva de la Reforma de 2012, y lo que facilitará efectivamente una mayor adaptabilidad de nuestras empresas (al menos las de mayor tamaño) a su singular y contingente contexto, es la reforma que afecta a la negociación colectiva. Se impulsa un cambio radical respecto a su dinámica práctica, con el objeto de romper con generalizadas inercias ineficientes desde el punto de vista económico.

La Reforma de 2012 dota al convenio de empresa de un protagonismo a efectos de determinación de condiciones laborales aplicables, del que se ha visto privado casi totalmente hasta la fecha en nuestra práctica convencional y sindical; y promueve, así, el aprovechamiento de su potencial como herramienta de ajuste o adaptación de los mínimos sectoriales de referencia a las particulares y cambiantes necesidades de las empresas. Indirectamente, por tanto, el nuevo marco normativo instituye una clara llamada a consensuar marcos colectivos ordenadores de las relaciones laborales flexibles y equilibrados (con concesiones recíprocas) en la sede privilegiada para ello (la empresa).

Concretamente, se refuerzan de manera valiente y decidida dos mecanismos clásicos de ajuste aplicables en sede convencional colectiva, antes minimizados en cuanto a su viabilidad real, y probadamente ineficaces (por la rigidez de sus límites –explícitos o implícitos– o bien por la complejidad de los procedimientos aplicables para su implementación). En primer lugar, se abre la posibilidad de una negociación empresarial en concurrencia con convenios de ámbito superior en “materias estrella”

---

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>3</sup> Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

<sup>4</sup> Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

<sup>5</sup> Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (suscrito por CEOE, CEPYME, UGT y CCOO (BOE 6 de febrero)).

(art. 84.2 ET); y en segundo lugar, se permite recurrir al descuelgue o inaplicación temporal del convenio estatutario aplicable en situaciones críticas o extraordinarias (art. 82.3 ET). Pero, además, se adoptan medios legales eficaces para acabar con la *ultraactividad* a perpetuidad de los convenios colectivos vencidos en escenarios de bloqueo insoluble de la negociación enderezada a la revisión de su clausulado (reformando el art. 86.3 del ET).

En el presente trabajo se pretende ofrecer una panorámica general, puramente descriptiva<sup>6</sup>, de nuestro sistema jurídico-laboral de determinación y ajuste de las condiciones de trabajo aplicables en sede empresarial tras la Reforma Laboral de 2012. Pero antes conviene dejar claro que el reconocimiento legal de la facultad empresarial de aplicación de ajustes, temporales o definitivos, sobre las condiciones de trabajo básicas (incluidas las económicas) incorporadas al acervo jurídico-laboral de los trabajadores o garantizadas a éstos, dentro y fuera del convenio colectivo estatutario, no constituye en absoluto una novedad. Las condiciones laborales aseguradas en un momento dado a través de las distintas fuentes concurrentes, incluidas las previstas en sede convencional colectiva estatutaria, lejos de constituir conquistas sociales intangibles a perpetuidad han estado siempre expuestas a cambios regresivos. Quiere subrayarse, en suma, que las iniciativas empresariales de ajuste interno tenían ya cobertura jurídica en nuestro sistema mucho antes de la Reforma Laboral de 2012, como elemental derivación de la libertad de empresa (art. 38 CE) o, en su caso, como propuesta legítima incardinable en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE). Las mismas ya podían implementarse bajo una pluralidad de técnicas y mecanismos legales, de variada funcionalidad, operativos bajo variados condicionantes causales, con heterogéneos requerimientos procedimentales, equilibrados mediante el establecimiento de diversos contrapesos, límites y/o a través de mecanismos de control previo. Aunque, razonablemente, han estado siempre disponibles distintas vías de reacción individual y/o colectiva *ex post*.

Asumiendo también que los cauces e instrumentos de ajuste interno previstos en nuestro ordenamiento no resultan absolutamente incompatibles entre sí<sup>7</sup>, sino que las empresas pueden aplicar simultánea o sucesivamente distintas medidas<sup>8</sup> de ajuste

<sup>6</sup> Efectuamos un análisis generalista y transversal. No entramos, por ello, en el debate doctrinal que suscitan determinados aspectos parciales; lo que explica también la ausencia de citas, pese a la ingente cantidad de aportaciones doctrinales valiosas y prolijas que han visto la luz en los últimos meses. Al final del presente trabajo, no obstante, incorporamos la obligada referencia a la bibliografía básica consultada.

<sup>7</sup> Ni son excluyentes de la aplicación de medidas más traumáticas. La conveniencia de compromisos de no regulación de empleo debe sopesarse, y sus términos y condicionantes deben fijarse con precisión; ponderando el riesgo de agravación o enquistamiento de la situación empresarial. Vid. STSJ Madrid 11 de junio de 2012 (rec. nº 22/2012) sobre incumplimiento de un compromiso en esta línea adquirido en el marco de un expediente de suspensión contractual, que se reputó determinante de la nulidad del despido colectivo realizado. Vid. también las SsTSJ Madrid 5 de octubre de 2012 (rec. nº 3723/2012) y 14 de septiembre de 2012 (rec. nº 3519/2012) que consideran desatendible el compromiso de no despedir asumido en el marco de un acuerdo de reducción salarial solamente cuando concurren circunstancias excepcionales.

<sup>8</sup> Pero la adopción de medidas de ajuste sucesivas no es enteramente libre. Debe haberse previsto así, conforme a un calendario, o bien debe haberse producido un cambio significativo de contexto respecto al concu-

interno<sup>9</sup>, con sujeción a sus presupuestos, exigencias procedimentales y límites respectivos, repasamos seguidamente las claves de los cambios introducidos por la Reforma de 2012 en este terreno, para exponer después algunos aspectos particularmente reseñables de las modificaciones legales introducidas para cada técnica de ajuste<sup>10</sup>.

## II. Claves de la Reforma

1º.- En general, se facilitan mucho las cosas para las empresas que pretenden introducir ajustes sobre el sistema de fuentes de determinación de las condiciones laborales aplicable en un momento dado; y tanto cuando su iniciativa de ajuste impacta en la esfera normativa-convencional (convenios colectivos estatutarios, sean de sector o de empresa) como cuando se proyecta sobre el ámbito *extranormativo* (convenios extraestatutarios y fuentes *extranormativas* de otra naturaleza, cualquiera que sea la proyección de estas últimas: contratos individuales, decisiones empresariales vinculantes de efectos colectivos, usos o reglamentaciones internas de empresa, etc.).

2º.- El legislador mejora la sistemática normativa e incide, con propósito flexibilizador, prácticamente sin excepción<sup>11</sup>, sobre las distintas vías de ajuste interno por iniciativa empresarial clásicas (modificación sustancial de condiciones de trabajo –art. 41 ET–; negociación de empresa concurrente con la del sector –art. 82.4 ET–; revisión anticipada y consensuada del clausulado del convenio colectivo estatutario –admitida en sede jurisprudencial–; y descuelgue del régimen salarial sectorial –art. 82.3 ET–)<sup>12</sup>.

3º.- A través de la reforma del art. 41 ET se ensanchan los poderes empresariales en el terreno de los ajustes sobre condiciones de trabajo previstas en fuentes *extranormativas* (i.e., sobre mejoras superpuestas a los mínimos previstos en la ley y en el convenio colectivo estatutario de referencia). Y ello, no tanto y no sólo por la relajación relativa de las causas objetivas que abren esta vía de ajuste (ya que el legislador se ha limitado a acoger criterios jurisprudenciales asentados con firmeza en nuestro sistema, particularmente a partir de la STS 17 de mayo de 2005<sup>13</sup>) sino porque se simplifica notablemente el procedimiento.

Concretamente, se redefine el criterio legal de referencia para la demarcación de la frontera que separa las modificaciones “individuales” respecto de las “colectivas”.

---

rente en el momento de adoptar las precedentes (SAN 28 de enero de 2013 -sent. nº 15/2013-) o bien, deben haberse revelado manifiestamente insuficientes las ya adoptadas.

<sup>9</sup> Y cabe también incorporar las iniciativas de ajuste como objeto de la negociación en el marco de un despido colectivo, aunque para su materialización habrá que respetar las heterogéneas exigencias procedimentales y los límites previstos legalmente para cada técnica o modalidad de ajuste interno.

<sup>10</sup> *Vid.* el Cuadro-resumen que incorporamos como anexo al final de nuestro trabajo.

<sup>11</sup> Sólo permanece intacto el mecanismo clásico de compensación y absorción de mejoras que, naturalmente, sigue siendo aplicable en sus viejos términos y con el tradicional condicionante de homogeneidad de las condiciones a compensar.

<sup>12</sup> La vieja cláusula implícita *rebus sic stantibus* sigue teniendo virtualidad, pero en ningún caso presta cobertura por sí misma a la fuga de convenios colectivos; y se ha reducido aún más su campo de aplicación.

<sup>13</sup> (RJ 2005, 9696). En idéntica línea, STS 16 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4876).

Esa catalogación ya no depende de la naturaleza de la fuente afectada (individual *vs.* colectiva) y de los intereses laborales comprometidos (individuales *vs.* colectivos) sino exclusivamente del número o proporción de trabajadores afectados en un umbral temporal legal de 90 días<sup>14</sup>. Se abre así, la posibilidad de modificar sustancialmente condiciones previstas en fuentes de naturaleza y proyección colectiva por causas empresariales, no ya sin acuerdo con la representación laboral (ya era así antes), sino incluso sin consulta y negociación previas<sup>15</sup>, cuando el número o la proporción de afectados no sean elevados; y ello, aunque la medida afecte a toda la plantilla de empresas de más reducida dimensión.

4º.- Pero esa ampliación legal de poderes empresariales es comedida, puesto que, además de reforzarse los mecanismos de protección y reacción a disposición de los trabajadores afectados, se ha reducido el margen de libertad de actuación empresarial en lo que concierne a iniciativas modificativas que, recayendo sobre condiciones previstas en fuentes *extranormativas*-contractuales de proyección individual o meramente plural, tengan impacto sobre una proporción importante de trabajadores. Las mismas se reconducen a la categoría legal de “modificaciones colectivas”; y, con ello, quedan sustraídas del juego de la autonomía individual y de la libertad de suscripción de pactos peyorativos “en masa” con los afectados. Concretamente, pasan a estar sujetas al deber de negociación de buena fe en el marco de las preceptivas consultas que instituye el reformado art. 41 ET; por lo que se requiere que se informe a los representantes sobre el ajuste proyectado y sus causas (y que ambos extremos queden debidamente documentados).

Y aunque este trámite, que no ha sido objeto de reseñables modificaciones, no se sujeta a particulares exigencias o formalidades predeterminadas legalmente, no es aconsejable menospreciar la carga procedimental que encierra<sup>16</sup>. Por el contrario, debe posibilitarse una negociación debidamente “informada” y desde una posición empresarial flexible, so pena de que la decisión se declare nula en caso contrario.

De modo que se ha estrechado el campo de maniobra para la suscripción de pactos individuales de renuncia o de transacción con los destinatarios del ajuste exentos de requerimientos causales o procedimentales. Estos pactos regresivos “libres” sólo serán viables ya, bajo el doble presupuesto de que no se alcancen los umbrales del art. 41 del ET, y el elemental de que no afecten a condiciones de naturaleza y proyección colectiva.

Además, el reformado marco sustantivo (art. 41 ET) debe examinarse de manera conjunta con el marco procesal (art. 138 LJS<sup>17</sup>) pues éste opera como barrera parti-

<sup>14</sup> Cuando, aplicando la escala legal del art. 41.2 ET, la proporción de afectados en el conjunto de la plantilla (de la empresa, no del centro) en un período de 90 días no alcance los umbrales máximos legales.

<sup>15</sup> Basta informar a los representantes—art. 64.7.a) 1º ET—.

<sup>16</sup> SsAN 26 de marzo de 2012 (sent. nº 30/2012) y 28 de mayo de 2012 (sent. nº 61/2012); y STS 30 de junio de 2011 (rec. nº 173/2010).

<sup>17</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

cularmente dura a las iniciativas empresariales modificativas, allí donde mayor riesgo de abuso existe. Y es que, aunque al empresario se le reconocen amplísimos poderes modificativos, que puede ejercitar aun tropezando con la radical oposición de los trabajadores y/o de sus representantes, el control judicial *ex post* de los cambios, particularmente los de proyección colectiva implementados sin acuerdo, sigue siendo intenso. Una lectura sosegada y combinada de los referidos preceptos legales confirma que la medida debe superar un triple filtro: razonabilidad, proporcionalidad y adecuación social. Y el filtro será previsiblemente tanto más exigente cuanto más sensible sea la condición afectada por la medida de ajuste.

5º.- Se abren posibilidades reales de ajuste estable y *acausal* de condiciones laborales básicas (y estratégicas para la gestión de los recursos humanos) desde el propio marco de la negociación colectiva empresarial concurrente con el convenio de sector en vigor (art. 84.2 ET) –dándose carta blanca a lo que podría denominarse un *pseudo-descuelgue convencional*–. Y es que, si bien la negociación colectiva empresarial concurrente ya tenía cabida en nuestro sistema de negociación colectiva antes de la Reforma de 2012, el legislador ha puesto ahora los medios para que esta vía de ajuste sea una posibilidad real, no meramente formal, impidiendo que los convenios de ámbito superior cierren o restrinjan su utilización, aun cuando las prohibiciones o restricciones convencionales estén inspiradas en fines loables (como el de asegurar la competencia leal interempresarial o el de garantizar unas condiciones laborales estandarizadas a los trabajadores, concebidas como mínimos sociales irreductibles).

6º.- La Reforma de 2012 ha mejorado la sistemática normativa, al refundir en el nuevo art. 82.3 ET la ordenación normativa del descuelgue salarial temporal del convenio sectorial (precedente art. 82.3 ET) y la correspondiente a las modificaciones sustanciales de condiciones previstas en convenios colectivos estatutarios (precedente art. 41.6 ET); unificando, además, el régimen jurídico aplicable a ambas modalidades de ajuste.

Aunque, en general, se flexibiliza el régimen jurídico, se observa que la reforma opera en sentido bidireccional: mientras que para el descuelgue temporal del convenio de ámbito empresarial se restringen legalmente las posibilidades de introducir cambios en condiciones de naturaleza no económica (ya que ahora esta modalidad de ajuste temporal queda sujeta a un listado legal de materias cerrado, mientras que antes era abierto) para el descuelgue del convenio supraempresarial se amplía el espectro de materias modificables, incluyéndose ahora algunas tan importantes como la jornada y las funciones (antes excluidas expresamente).

Pero lo más relevante es que se eliminan barreras ocultas y se pone coto a las disfunciones generadas en la práctica convencional bajo el marco normativo anterior. Efectivamente, a pesar de la supresión de la exigencia de funcionalidad de las medidas de descuelgue temporal para conseguir fines de política de empleo, se ha endurecido en términos generales el presupuesto causal, al pasar en bloque todas las modificaciones del convenio estatutario al art. 82.3 ET (que cuenta ahora con unas exi-

gencias causales duras, casi coincidentes con las del despido en el caso de las económicas –ahora objetivadas–; y que sustituyen a las viejas –las del art. 41 ET, mucho más laxas; y las que regían para el descuelgue salarial desde el primitivo art. 82.3 ET–). Y ello, desde la lógica de que estamos ante una medida absolutamente extraordinaria, que no debe sustituir a otras vías preferentes de ajuste interno, modificadas y potenciadas por la Reforma de 2012 (por su carácter menos agresivo desde la perspectiva de la autonomía colectiva y de los principios jurídicos conexos –*pacta sunt servanda* y eficacia vinculante del convenio–; y, en su caso, por resultar menos traumáticas atendiendo a su impacto sobre los intereses de los trabajadores afectados<sup>18</sup>).

El cambio más trascendental reside en que se posibilita ahora la inaplicación temporal del convenio estatutario, sea de sector o de empresa, y el diseño de un régimen alternativo de condiciones, aun en la eventualidad de una radical oposición de la representación laboral (antes inviable jurídicamente a falta de acuerdo colectivo con ella –ni vía modificación sustancial colectiva del art. 41 ET, ni vía descuelgue salarial del art. 82.3 ET–).

Aunque sigue sin permitirse el descuelgue directo, automático y articulado mediante una decisión unilateral empresarial, y al efecto de resolver previsibles situaciones de bloqueo negocial, se articula legalmente un procedimiento homogéneo para la obtención del instrumento jurídico habilitante del descuelgue alternativo al acuerdo con la representación laboral. De modo que el procedimiento legal de descuelgue, que ha de respetarse con independencia del número de trabajadores que vayan a verse afectados, podría llegar a comprender tres fases, que se desarrollarían en el marco de tres instancias sucesivas (negociación con la representación laboral, aplicación de sistemas voluntarios de composición extrajudicial del conflicto; y como último recurso, el controvertido arbitraje institucional obligatorio<sup>19</sup>). Pero no se permite acudir *per saltum* a esta tercera instancia, que se configura como tercer, último y excepcional recurso<sup>20</sup>.

7º.- Se abona, además, el terreno normativo-legal para la revisión parcial anticipada del convenio, abriéndose paso a una suerte de *auto-descuelgue* consensuado por las propias partes del convenio –sectorial o empresarial– (art. 86.1 ET). Aunque esta técnica

<sup>18</sup> Como son: 1) el ajuste consensuado implementado en el marco de la revisión y sucesión ordinaria de convenios colectivos, precisamente en el tiempo señalado al efecto por el convenio colectivo –art. 86.4 del ET; 2) el ajuste consensuado en el marco de procesos de renegociación parcial anticipada del convenio (nuevo art. 86.1 del ET); 3) el ajuste sobre mejoras previstas en fuentes *extranormativas*, muchas veces aplicadas en términos selectivos e individualizadores (art. 41 del ET); y 4) el ajuste consensuado en el marco de una negociación colectiva de empresa concurrente (art. 84.2 del ET). Pero también el ajuste vía compensación y absorción de viejas mejoras.

<sup>19</sup> Vid. arts. 16 y ss del RD 1362/2012, 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y su intervención en el campo del descuelgue convencional.

<sup>20</sup> Solamente se plantean dudas, en cuanto a esto último, en casos patológicos de obstrucción total por la representación laboral de la negociación en la primerísima fase. Pero incluso en ellos conviene agotar otros recursos (no previstos legalmente): negociación directa con la plantilla -STSJ País Vasco 12 de mayo de 2009 y 9 de junio de 2009 (recs. núms. 547/2009 y 683/2009) o bien búsqueda del auxilio externo (preferible).

de ajuste ya se había admitido jurisprudencialmente, pese a la falta de cobertura normativa explícita, resulta plausible su reconocimiento legal expreso, pues elimina dudas y zanja definitivamente la controversia surgida en su momento respecto a su viabilidad<sup>21</sup>.

8º.- Claramente caben ahora ajustes peyorativos no provocados directamente por dificultades económicas (sino por causas empresariales de otra naturaleza –organizativa, productiva o técnica- legalmente previstas). Aunque las cosas se complicarán mucho, previsiblemente, a falta de dicha afectación o de la amenaza actual y demostrable de un deterioro inminente y relevante de la situación económica empresarial; particularmente, pero no únicamente, para las iniciativas de ajuste que recaigan sobre condiciones económicas. Y ello, no sólo desde una especial y merecida consideración a los intereses de los trabajadores afectados, sino también atendiendo a los intereses de empresas competidoras que puedan verse comprometidos; especialmente, en lo que concierne a ajustes vía descuelgue temporal del convenio colectivo (art. 82.3 ET) y a ajustes implementados mediante la suscripción de un convenio empresarial concurrente (art. 84.2 ET) ya que la empresa que aplica medidas de ajuste disfrutaría de ventajas competitivas frente al resto, que siguen rigiéndose por el convenio sectorial, salvo que estén en condiciones de aplicar equivalentes medidas de ajuste<sup>22</sup> o dispongan de convenio propio con condiciones inferiores.

9º.- La apuesta por un modelo de relaciones laborales más descentralizado y flexible que encierra la Reforma Laboral lleva aparejado este último efecto inmediato. Y aunque se ha desplazado el punto de equilibrio en el terreno en el que confluyen derechos constitucionales que salvaguardan intereses contrapuestos, consideramos que es compatible con el orden constitucional (arts. 28, 37 y 38 de la CE), pese a la generalización y dureza de las posiciones de signo radicalmente contrario.

Ahora bien, aunque no toda alteración del juego normal de la competencia interempresarial producida a remolque de medidas de ajuste a la baja de condiciones laborales convencionales resulte ilegítima desde la perspectiva del Derecho de la Competencia<sup>23</sup>, la fuga de los mínimos de convenio deberá superar siempre un triple test de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación social, para resultar conforme a Derecho. Y el mismo se aplicará a la luz de la interdicción del *dumping social* (que es el criterio que, careciendo de soporte legal explícito, debe inspirar la solución de conflictos libre competencia empresarial-negociación colectiva).

10º.- Ante iniciativas empresariales de ajuste sobre el marco convencional colectivo estatutario, aunque el control judicial se debilita hasta el extremo, siempre

<sup>21</sup> SsTS 30 de junio de 1998 (rec. nº 2987/1997-) y 1 de febrero de 2007 (rec. nº 3705/2005) entre otras.

<sup>22</sup> Puede no resultar factible, ex art. 84.2 ET: por imposibilidad de llegar a acuerdos con los representantes; por la inexistencia de interlocutor legitimado al efecto; o por consideraciones de responsabilidad social empresarial (no contribuir a una depresión generalizada de las condiciones laborales).

<sup>23</sup> Se alerta sobre el apuntado e indeseable riesgo de competencia a la baja en STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (rec. nº 662/2001) en el marco del descuelgue salarial del convenio sectorial. Pero en la práctica más bien se han considerado patológicas las barreras incorporadas a convenios sectoriales para impedir ajustes sobre sus condiciones mínimas.

habrán de superarse filtros o barreras previas, que previsiblemente serán singularmente duros. La negociación con la representación laboral resulta obligatoria en todo caso, por lo que las empresas habrán de sortear la natural y esperable resistencia y la conflictividad surgida desde este frente. Pero, además, la falta de acuerdo sólo puede suplirse en términos forzosos en el marco de pretensiones de descuelgue temporal (art. 82.3 del ET) –y no en el marco de los arts. 84.2 y 86.3 ET– mediante una decisión emanada de una instancia laboral experta (el órgano consultivo de composición tripartita, con competencia para dirimir esta clase de controversias, que resolverá el conflicto, bien directamente, o bien mediante la designación de un árbitro<sup>24</sup>). Y cabe intuir que en escenarios de dura resistencia de la representación laboral, difícilmente se autorizará el descuelgue convencional. De modo que desde el nuevo sistema de descuelgue se dispensa una protección equilibrada a todos los intereses en juego (individuales y colectivos; empresariales y laborales).

11<sup>a</sup>.- No existe un orden de prelación de medidas de ajuste de validez universal. La disponibilidad efectiva de las distintas técnicas de ajuste queda a expensas de la conjunción de distintas variables o referencias conexas con la realidad de cada empresa. A la postre, depende del juego de un criterio gradualista que subyace a la normativa sobre ajustes y que opera transversalmente, conjugando distintas variables y referencias: a) la gravedad o agravación de la situación y la urgencia de los ajustes pretendidos o propuestos; b) la naturaleza de las causas determinantes de la iniciativa o propuesta empresarial; c) la naturaleza y proyección de las fuentes reguladoras de las condiciones que se desea modificar; d) el grado de individualización de las condiciones laborales (y los factores tomados en consideración a tal efecto); e) el margen realmente disponible para implementar la medida en términos solidarios; f) la proyección temporal del ajuste pretendido; g) la existencia o no de representación laboral y la capacidad real de diálogo y consenso; y h) la prescindibilidad o sensibilidad de la condición que se pretende suprimir o modificar.

### III. Las condiciones de trabajo vulnerables

Ningún tipo de condición laboral está blindado en términos absolutos frente a las iniciativas o propuestas empresariales de ajuste. Pero cada técnica de ajuste prevista en nuestro sistema legal está sujeta a distintos límites desde un punto de vista objetivo: bien explícitos (mediante la configuración de listados cerrados de materias vulnerables, como ocurre en el caso del *pseudodescuelgue* –art. 84.2 ET– y en el caso del descuelgue temporal –art. 82.3 ET–); bien implícitos, anudados al juego de principios informadores de nuestra legislación laboral (particularmente los específicos subyacentes a la regulación legal de cada técnica de ajuste y a la nueva ordenación de la

<sup>24</sup> Este arbitraje institucional obligatorio sólo es operativo, además, tras el agotamiento (obligado *ex lege*) de los cauces de solución extrajudicial del conflicto. La intervención externa sólo se produce, por tanto, en tercera y última instancia.

negociación colectiva) y a la proyección de principios jurídicos básicos del Derecho de obligaciones y contratos.

En el contexto actual de crisis global y de crecimiento imparable del desempleo, es comprobable una tendencia de las empresas en situación económica comprometida a hacer recaer la mayor parte del peso de sus iniciativas de ajuste interno sobre las condiciones económicas, ya que ello posibilita un alivio inmediato de su situación económica, aprovechando una constatable y comprensible menor resistencia social hacia los ajustes de este tipo (desde la elemental y generalizada consideración de que es preferible un empleo peor pagado que una situación de desempleo previsiblemente de larga duración).

Pero no puede obviarse que las condiciones económicas, salariales y extrasalariales, muestran una particular sensibilidad (particularmente, las primeras), abstracción hecha de la naturaleza de la fuente de la que emanen (convencional o contractual)<sup>25</sup>. Y ello, porque su recorte o modificación peyorativa llevará anudado en muchos casos un efecto peyorativo múltiple: a) en primer lugar, queda mermada la capacidad y seguridad económica de los trabajadores y se ve afectado el propio equilibrio contractual; b) en segundo lugar, se resiente el salario regulador de futuras indemnizaciones (salvo en caso de ajustes sobre el bloque extrasalarial; y sin perjuicio de la posibilidad de blindar aquél mediante pacto individual o colectivo<sup>26</sup>); y ello, adicionalmente, hace más vulnerable al trabajador ya que, al abaratare el coste indemnizatorio, se incrementa el riesgo de sufrir un despido posterior con coste minimizado<sup>27</sup>; y c) en tercer lugar, en niveles salariales medios o bajos, inferiores a las bases máximas de cotización, se contraerán las bases reguladoras de futuras prestaciones.

Pero en casos concretos y en el corto plazo puede ser más dañina para el trabajador una alteración del régimen de tiempo de trabajo aplicable (bien desde la perspectiva de la conciliación de responsabilidades profesionales y familiares, o bien desde la perspectiva de la compatibilización con otros trabajos u ocupaciones o incluso con actividades formativas extralaborales); sin que pueda descartarse que el alterado régimen de disponibilidad laboral llegue incluso a imposibilitar la continuidad de la relación. Tampoco es posible, por tanto, establecer una gradación de validez universal sobre la *prescindibilidad* de las condiciones.

Nuestra legislación protege de manera intensa, aunque limitada, a quienes sufren ajustes sobre condiciones que ocupan un lugar nuclear en la relación laboral, y que

<sup>25</sup> Aunque es previsible que se aplicará un filtro más exigente: para recortes económicos lisos y llanos, que para ajustes en condiciones de carácter mixto (reducciones salariales indirectas o colaterales, producidas a remolque de ajustes sobre otras condiciones, como el tiempo de trabajo); y para los recortes directos e irreversibles, que para aquellas medidas de ajuste cuyo impacto constrictor de la capacidad económica sea incierto (*v.gr.* por haberse articulado mediante la sustitución de conceptos fijos por variables)

<sup>26</sup> Aunque la aplicación del pacto de “blindaje” daría lugar al pago de indemnizaciones superiores a las mínimas legales; y la mejora quedaría, entonces, sujeta a tributación y cotización.

<sup>27</sup> La empresa podría tener ya programados despidos por causas empresariales y utilizar el art. 41 del ET como fórmula manipuladora del salario regulador de las indemnizaciones (tanto si existe causa empresarial que respalde su decisión extintiva, como si no existe causa suficiente para la procedencia de ésta).

juegan un papel clave en la determinación del intercambio prestacional y del equilibrio contractual, como deja entrever el art. 41.3 del ET (que incorpora un listado cerrado a estos efectos, en el que se incluyen exclusivamente y en pie de igualdad: el salario –sólo desde la Reforma Laboral de 2012-, las funciones, y el tiempo de trabajo). Concretamente, desde dicho precepto se posibilita la resolución extrajudicial indemnizada de la relación, siempre que el trabajador resulte perjudicado por la medida de ajuste sobre esas condiciones; y, además, *ex art. 208.1.1*), apartado e) LGSS se le garantiza el acceso a la situación legal de desempleo. Pero la mencionada protección reforzada no es transversal, sino que queda ceñida a los supuestos incardinables en la categoría de modificaciones sustanciales del art. 41 ET reseñados.

Queremos subrayar que el trabajador no queda protegido ante ajustes más agresivos (como son, en principio y entre otros, los ajustes fruto del descuelgue temporal o del *pseudodescuelgue*) y que podrían resultar mucho más perjudiciales (objetiva y/o subjetivamente); y debe soportar el ajuste, salvo que opte por causar baja en la empresa sin indemnización –salvo pacto- y sin protección por desempleo (ya que la extinción contractual y la situación de desocupación subsiguiente se reputarían voluntarias).

Ello, que en principio resulta incomprensible o paradójico, parece responder a la presuposición del legislador de que los ajustes sobre mínimos convencionales de referencia se producirán sólo como último recurso, y en escenarios de grave crisis empresarial o de amenaza certera de que se llegue a ella (por lo que debe impedirse desde el marco legal que el coste de la salida indemnizada de los trabajadores minimice o anule finalmente la virtualidad o potencial de las medidas de ajuste adoptadas para el control, saneamiento y/o recuperación de la situación empresarial crítica). Sin embargo, no puede descartarse que se apliquen exclusivamente medidas cubiertas por el art. 41 del ET (*v.gr.* para acabar con derivas salariales individualizadoras o con mejoras de naturaleza extrasalarial superpuestas a los mínimos convencionales de referencia o para eliminar privilegios o mejoras sobre condiciones no económicas que generen disfunciones organizativas) desde escenarios empresariales tan deteriorados que legitimarían la adopción de medidas de descuelgue del convenio, por lo que tal riesgo no se excluye (lo que constituye un aspecto crítico –por exceso de protección– de la Reforma).

Y por otra parte, no puede obviarse tampoco que, aunque pueden resultar menos agresivas desde un punto de vista económico y social medidas de descuelgue temporal que las ordenadas por el art. 41 ET, la regla general será la inversa. Normalmente se recurrirá al descuelgue convencional como último recurso, cuando no existan mejoras o derivas individualizadoras sobre las que proyectar ajustes con la misma eficacia para conseguir el fin empresarial pretendido.

Con todo, en la práctica esa disparidad de tratamiento jurídico puede condicionar las opciones de las empresas a la hora de planificar las medidas de ajuste a adoptar (rehuirán en la medida de lo posible los ajustes sobre condiciones o mejoras

*extranormativas* para evitar las salidas de sus trabajadores y/o el coste indemnizatorio correspondiente). Y ello debe considerarse legítimo, salvo en supuestos patológicos (v.gr. si la medida de ajuste elegida, aparentemente racional, encubre una decisión de ajuste selectivo de los afectados insolidaria e inspirada en criterios arbitrarios, caprichosos, torpes o discriminatorios).

#### IV. Modificación sustancial de condiciones básicas

Igual que antes de la Reforma de 2012, quedan expuestas a la facultad empresarial de ajuste prevista en el art. 41 ET todas las condiciones laborales básicas, cualquiera que sea su clase, previstas en fuentes *extranormativas*<sup>28</sup>, ya sean de proyección individual o colectiva (convenios extraestatutarios incluidos<sup>29</sup>).

Se incorpora al listado abierto de materias modificables la *cuantía salarial*, junto al *sistema de remuneración* (ya previsto en las versiones anteriores del art. 41 ET, e interpretado jurisprudencialmente en sentido amplio). Con ello, se zanja la controversia sobre la viabilidad de los recortes decididos por la empresa unilateralmente que recaigan directamente sobre la *cuantía salarial* y sobre los diversos elementos que conforman la estructura salarial de partida. Pero la novedad es más formal que real<sup>30</sup>, pues esta técnica de ajuste salarial ya venía aplicándose y contaba con el refrendo jurisprudencial.

Adicionalmente, se contempla como novedad la posibilidad de que el trabajador inste la resolución indemnizada de la relación a remolque de una decisión empresarial de ajuste salarial; aspecto éste de la Reforma de 2012 que debe valorarse positivamente, pero que puede propiciar una utilización desviada del art. 41 del ET por nuestras empresas. Efectivamente, no puede descartarse que se modifique abruptamente el salario, con el propósito de provocar la salida de trabajadores no dispuestos a continuar bajo las nuevas condiciones (riesgo que se dispara en el caso de trabajadores con niveles salariales bajos, que podrían preferir pasar a situación de desempleo que seguir trabajando con las nuevas condiciones). De modo que se incrementa el riesgo de despidos indirectos o encubiertos *low cost*, con el consiguiente indeseable incremento del desempleo.

En este punto se plantea, por lo demás, un interrogante de compleja respuesta: ¿se presume un perjuicio suficiente a tal efecto, atendiendo al carácter sustancial predicable *a priori* de todo ajuste en condiciones económicas? o, como en el caso de modificaciones sobre las funciones o sobre el tiempo de trabajo ¿debe probarse un perjuicio

<sup>28</sup> En cambio, no serían vulnerables por esta vía legal (sino sólo por la prevista en el art. 82.3 ET) las mejoras introducidas mediante pactos o concesiones empresariales al margen del convenio estatutario, pero que se hayan integrado después –formal y materialmente– en la estructura retributiva convencional. Vid. SAN 28 de noviembre de 2012 (sent. nº 149/2012).

<sup>29</sup> Ello tampoco representa una novedad en nuestro sistema; lo único innovador es que si el número de trabajadores afectados queda por debajo del umbral legal, el empresario puede disponer de las condiciones establecidas en el mismo sin negociar siquiera con la representación laboral.

<sup>30</sup> En contra, con argumentos contestables, vid. la importante STS 5 de junio de 2012 (rec. nº 95/2011).

efectivo de suficiente entidad y, en definitiva, la apertura de la opción por la resolución indemnizada se va a hacer depender del nivel de sacrificio soportado? Y en este segundo caso, no queda claro si debe aplicarse: un criterio objetivo (efectuando una valoración en abstracto, atendiendo sólo a los términos cuantitativos y/o cualitativos del ajuste aplicado y a su impacto negativo en la esfera laboral y de Seguridad Social); y/o un criterio subjetivo valorando todas las circunstancias del caso, individualizando el perjuicio efectivamente sufrido en la esfera personal y familiar.

Aunque parece exigible la individualización y prueba por el interesado del daño, es previsible que acabe considerándose por nuestros tribunales que toda rebaja salarial es, de por sí, suficientemente dañina a estos efectos (y no sólo a efectos de la catalogación de la medida modificativa como sustancial) incluso cuando el ajuste económico sea el efecto colateral de modificaciones sobre otro tipo de condiciones laborales<sup>31</sup>.

No se recogen límites explícitos: ni cuantitativos, ni cualitativos. Pero operan diversos límites: junto a la elemental exigible racionalidad y funcionalidad de la medida de ajuste para el logro de un fin empresarial aceptable, la necesaria proporcionalidad. Así, por grave que sea la situación empresarial, no podrá operarse una transformación de la base y equilibrio contractual en términos absolutamente desproporcionados o bien inidóneos o inútiles para conseguir el fin propuesto. Es más, en empresas con problemas de índole estructural, no meramente contingentes o coyunturales y con alto riesgo de verse condenadas objetivamente a adoptar medidas más drásticas y/o a la desaparición<sup>32</sup>, los ajustes salariales podrían llegar a considerarse fraudulentos; riesgo éste, que podría salvarse si los ajustes fueran acompañados de compromisos de no-regulación de empleo o de indemnidad del salario regulador de las indemnizaciones futuras.

El ajuste no tiene que configurarse en términos reversibles, ni con término final prefijado. Podría implementarse a perpetuidad o con proyección indefinida, vinculada a la subsistencia de las causas empresariales (opción, esta última, más razonable, equilibrada y que cuenta con mayores visos de superar el filtro judicial; máxime si se establece, pese a no ser obligatorio, algún mecanismo de revisión periódica de la situación empresarial a los efectos de considerar una posible reposición hacia el futuro, total o parcial, de las viejas condiciones). Y, obviamente, no caben ajustes retroactivos.

Tampoco requiere compensaciones (económicas o de otra naturaleza) ni garantía de reposición futura de las viejas condiciones; aunque previsiblemente la elección de estas opciones facilitará también mucho las cosas<sup>33</sup>. Pero, de establecerse compensa-

<sup>31</sup> Como deja entrever la STSJ Madrid 16 de abril de 2012, rec. n.º 6262/2011.

<sup>32</sup> El art. 41 ET no puede convertirse en una vía de *despido provocado encubierto*, ni utilizarse como fórmula de abaratamiento del coste del despido futuro. Y en todos los casos patológicos señalados se produciría un deterioro inútil e injustificado de bases de cotización y de las correspondientes bases reguladoras de prestaciones, que es fácil intuir que será particularmente tomado en consideración.

<sup>33</sup> SAN 10 de marzo de 2011 (sent. n.º 45/2011) anulada por la STS 5 de junio de 2012 (rec. n.º 95/2011).

ciones, conviene dejar clara su vinculación causal e interdependencia con la medida de ajuste, a efectos de posibilitar su supresión ulterior. Y la garantía de reposición o convergencia hacia las viejas condiciones debiera diseñarse con precisión y flexibilidad (calendario, condicionantes, posible prórroga del ajuste en circunstancias excepcionales, etc.)

Se abre claramente la puerta tanto a ajustes generalizados inspirados en criterios de solidaridad, como a ajustes selectivos o implementados en términos desiguales (bien a escala inter-centros, o bien dentro de un único centro de trabajo). Y esto último, incluso cuando recaen sobre condiciones de proyección colectiva (lo que constituye una novedad particularmente reseñable); pero con el doble límite de la interdicción de la discriminación, y la exigencia de un fundamento objetivo que sustente la aplicación desigual del ajuste y que permita descartar el ejercicio caprichoso y, por ende, abusivo e ilegítimo, de los poderes modificativos empresariales.

La aparente generosidad extrema del art. 41 del ET (en cuanto a la causa y en cuanto a la configuración concreta de la medida de ajuste) finalmente queda amortiguada por el juego del art. 138 LJS y, en definitiva, por el fortísimo control judicial al que queda expuesta la medida *ex post*. La normativa procesal requiere la superación de un doble filtro: justificación causal de la medida en abstracto; y razonabilidad en su proyección sobre los afectados. De modo que, a la postre, se exige: 1º.- razonabilidad de la medida; 2º.- objetividad del criterio empleado para la selección de los afectados y para la cuantificación del ajuste individual; 3º.- proporcionalidad; y 4º.- adecuación social de la medida –atendiendo a la sensibilidad y prescindibilidad objetiva de la condición, así como a la moderación y solidaridad del ajuste–.

Y aunque *ex art.* 41.4, último párrafo, ET se restringen al máximo las posibilidades de reacción individual en los casos de medidas de ajuste que hayan sido consensuadas con la representación laboral, pues ya no podrá cuestionarse su razonabilidad ni la justificación causal de la medida, salvo indicios de fraude, abuso o coacción, no ocurre lo mismo con los actos empresariales de aplicación del mismo de carácter discriminatorio, arbitrarios o desviados.

El debilitamiento del presupuesto económico que legitima la utilización del art. 41 ET, como ya se apuntó, es más formal que real. Pero, además, no se da carta blanca a ajustes caprichosos. Aunque, efectivamente, no se exige deterioro previo y, además, grave, de la situación empresarial (que comprometa su viabilidad) deben detectarse fallos o problemas que justifiquen la adopción de la medida racionalizadora de condiciones. Así, la empresa debe aducir razones serias y objetivas, como las siguientes: pérdida o falta de competitividad o productividad o amenaza cierta de que se produzca, contención de gastos innecesarios o desproporcionados, situaciones de ineficiencia en la gestión de los recursos humanos, o problemas constatables de excesiva onerosidad sobrevenida.

Y el problema debe examinarse (en su dimensión causal y en su dimensión objetiva) asumiendo que el art. 41 ET, como norma laboral especial, rompe en parte con la

lógica jurídico-civil del *pacta sunt servanda* (arts. 1256 y 1.091 C.Civ) para flexibilizar y aumentar las oportunidades reales de renovación de estatutos jurídico-laborales mejorados en su momento por iniciativa empresarial cuando el contexto lo requiera. Y el Derecho de la Competencia no opera en este ámbito concreto añadiendo límites complementarios<sup>34</sup>.

No puede objetarse, con pretensiones de validez universal, que se actúa deslealmente y se distorsiona ilegítimamente la competencia, incurriendo en odiosas prácticas de *dumping social*, si la empresa para hacer frente a una situación de dificultad o de amenaza, modifica a la baja sus costes laborales recurriendo a ajustes peyorativos sobre las mejoras salariales *extraconvencionales* que en su momento hubiera establecido o si, por ejemplo, eleva la jornada aplicada de hecho en la empresa hasta alcanzar los niveles sectoriales como fórmula de abaratamiento del coste salarial por hora<sup>35</sup>. En cambio, no podrá recurrirse a esta clase de ajustes para ganar competitividad o productividad en escenarios de normalidad y estabilidad (y precisamente a costa de los trabajadores). Ése ha de ser el verdadero límite (particularmente en empresas intensivas en factor humano) a controlar en sede judicial<sup>36</sup>. Pero hay algún precedente jurisprudencial de permisividad extrema<sup>37</sup>.

## V. Negociación colectiva empresarial concurrente

El reformado art. 84.2 ET posibilita un *pseudodescuelgue* consensuado<sup>38</sup>, estable y acausal del convenio de sector en vigor, con sujeción a un listado legal de materias semi-cerrado (sólo ampliable a través del propio convenio sectorial, lo que resultará harto difícil).

Pero, en sentido contrario, esa vía de ajuste no puede restringirse o neutralizarse por el propio convenio supraempresarial. Se ha excluido la posibilidad de que desde el propio convenio sectorial se blinde su regulación mediante cláusulas anti-competencia desleal o anti-*dumping* (que impidan directa o indirectamente la negociación colectiva de empresa concurrente en cualquiera de las materias “estrella” negociables del art. 84.2 ET, o que fijen presupuestos causales propios o límites temporales o cuantitativos al efecto).

<sup>34</sup> Por el contrario, sus normas y principios básicos responden a la lógica de la libertad de empresa y de la flexibilidad, para dar entrada en el mercado al mayor número posible de empresas, en defensa del propio interés empresarial; pero también para proteger el interés de consumidores y usuarios y para preservar las oportunidades de empleo. Y sólo se admite que se sacrifique o restrinja la libre competencia: a) mediante excepciones legalmente previstas; b) o bien, con alcance limitado, en el ámbito de la negociación colectiva, obligando a respetar los mínimos laborales instituidos desde ella para el cumplimiento de fines sociales.

<sup>35</sup> STS 16 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4876) y STS de 26 de junio de 2012 (rec. nº 238/2011).

<sup>36</sup> Las competidoras afectadas negativamente no disponen de ningún mecanismo jurídico-laboral de reacción.

<sup>37</sup> Vid. SAN 23 de abril de 2012 (rec. nº 2/2012) se considera cauce idóneo para mejorar lo que es bueno; y SAN 28 de mayo de 2012 (sent. nº 61/2012).

<sup>38</sup> Con imposición de un deber de negociar, pero no de llegar a un acuerdo.

Así pues, se abre decididamente la puerta a ajustes peyorativos sobre los mínimos sectoriales de referencia, sin límites añadidos explícitos, aunque su efectividad real presupone la existencia de representación unitaria; por lo que en las PYMES difícilmente se conseguirá (quedando cerrada esta posibilidad en las de más reducida dimensión).

Se ha alertado sobre el riesgo que encierra esta previsión legal, de que se incurra en prácticas de competencia desleal, por lo que parece oportuno efectuar ciertas observaciones, aunque asumiendo: no sólo que las máximas autoridades competentes en la materia ya habían adoptado un criterio flexibilizador en grado máximo<sup>39</sup> (pese a que nuestro marco legal laboral permitía a los convenios de ámbito supraempresarial cerrar las posibilidades de negociación de empresa concurrente) sino también que la Reforma Laboral permite profundizar en esa senda liberalizadora de los mínimos convencionales; lo que, por lo demás, está en sintonía con la jurisprudencia comunitaria.

Ciertamente el art. 4 de la LDC permite escapar de la legislación *antitrust*<sup>40</sup> en los casos en los que legalmente está previsto; y así ocurre con la negociación colectiva estatutaria al contar con protección constitucional y legal, y al reconocerse, tanto en sede legal, como constitucional, la eficacia vinculante al convenio colectivo, dando cabida en nuestro sistema jurídico-laboral a convenios con eficacia normativa (indisponible) y personal general. Pero, a la par, la negociación colectiva no se reputa soberana para añadir restricciones, ni queda exenta del juego de la normativa preservadora de la competencia empresarial, según resulta de la jurisprudencia del TJUE<sup>41</sup>. Las restricciones convencionales que establezcan u oculten, por el contrario, han de quedar justificadas atendiendo a las circunstancias de cada caso; y, además, han de resultar adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido, sin ir más allá de lo necesario. Y esa es la lógica que inspira la nueva redacción del art. 84.2 ET.

Con todo, las empresas competidoras que resulten efectivamente perjudicadas en términos graves (y no en otro caso) podrían impugnar el convenio de empresa concurrente por lesividad (en su caso, resultante de la ilegalidad<sup>42</sup>) pues serían terceros a

<sup>39</sup> Así, ante algunas cláusulas de convenios sectoriales (como los de los sectores de *contact center*, de ayuda al domicilio y de empresas de seguridad) que imponían a las empresas restricciones a la libertad de fijación de precios de sus servicios (estableciendo que no podían ser inferiores a los costes laborales derivados de la aplicación del convenio) se ha reaccionado con dureza extrema. Se han considerado pactos colusorios entre actores económicos encubiertos (que vulneran la normativa *anti-trust*; y más exactamente, lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –LDC–) obligando a pagar multas a los negociadores, e instándoles a no reproducir en lo sucesivo dicha práctica convencional. *Vid.* las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de enero de 2007 (Expediente 607/06, Convenio de ayuda a domicilio) y de 17 de marzo de 2009 (Expediente S/0077/08, Convenio Seguridad).

<sup>40</sup> *vid.* art. 1 LDC, que prohíbe, bajo sanción de nulidad, los acuerdos, decisiones o recomendaciones entre actores económicos que restrinjan la competencia, bajo distintas variantes imaginables (acuerdos o pactos para la fijación de precios o de otras condiciones comerciales, la limitación de la producción o el reparto del mercado).

<sup>41</sup> SsTJUE 21 de septiembre de 1999, Asunto *Albany*; y 11 de septiembre de 2007, Asunto *Viking Line*.

<sup>42</sup> Sea por haberse conseguido el acuerdo bajo inaceptables presiones empresariales, o por resultar manifiestamente injustificado o desproporcionado. Pero se plantean gravísimos, si no insuperables, problemas de prueba. Y el juez no podrá neutralizar esta vía de flexibilización buscada por el legislador.

los efectos del art. 165.1.b) de la LJS. En cambio, los trabajadores no disponen de ninguna vía de reacción.

## VI. Descuelgue temporal del convenio estatutario

En general, desde el reformado art. 82.3 ET se estrechan las posibilidades de descuelgue temporal del convenio estatutario, en comparación con las previstas en el art. 41 ET para modificaciones sobre fuentes *extranormativas* y con las que se autorizaban bajo el marco legal anterior. En efecto, pese a que los respectivos listados legales de materias modificables son prácticamente coincidentes, el del art. 82.3 ET es cerrado y lleva superpuesta una exclusión general inspirada en fines promocionales de la igualdad y no discriminación por razón de género<sup>43</sup>. Y al refundirse y unificarse en el 82.3 ET el régimen aplicable a toda inaplicación de convenios estatutarios, sean de sector o de empresa, se limitan las materias vulnerables de los convenios de empresa. Pero, además, y desde la perspectiva causal, como ya se anticipó, si algún cambio se ha producido, es en sentido endurecedor, particularmente, aunque no solo, en lo que respecta al descuelgue del convenio empresarial –antes sujeto a los presupuestos laxos del art. 41 ET–.

Por ello, aun asumiendo que en el marco del descuelgue de convenios sectoriales<sup>44</sup> existe cierto riesgo de actuaciones empresariales desviadas, constitutivas de actos de competencia desleal, disponemos de más argumentos para defender la legitimidad y adecuación del nuevo marco legal, que en el caso del *pseudodescuelgue* del art. 84.2 ET: por la temporalidad del ajuste, y por su funcionalidad (de carácter reactivo ante un panorama de crisis empresarial de considerable gravedad).

A la luz de las duras causas legales y del criterio gradualista subyacente a nuestra legislación sobre ajustes, los sujetos intervinientes en las instancias sucesivas filtrarán, con orientación anti-*dumping* y anti-competencia desleal, las iniciativas empresariales de descuelgue<sup>45</sup>. Y, en cualquier caso, sólo deberán aceptar las que resulten suficientemente fundadas, proporcionadas, adecuadas, y que mantengan las condiciones laborales en niveles dignos<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Las únicas diferencias son: a) la adición de las mejoras voluntarias de Seguridad Social como materia modificable *ex art.* 82.3 ET; y b) la exclusión de las obligaciones convencionales ordenadas a la eliminación de discriminaciones por razón de género y de las previstas en el plan de igualdad.

<sup>44</sup> Si el descuelgue se produce respecto a condiciones establecidas en convenios de empresa, para converger con los niveles del convenio sectorial, nada habrá que objetar, atendiendo a análogas consideraciones a las expresadas respecto a la legitimidad de ajustes cubiertos por el art. 41 ET.

<sup>45</sup> Las terceras empresas perjudicadas pueden reaccionar en sede judicial impugnando el acuerdo alcanzado con la representación laboral en los términos ya expuestos para el *pseudo-descuelgue*. Y si el descuelgue temporal se produce no en fase negocial, sino en las instancias sucesivas (solución extrajudicial voluntaria/convencional o arbitraje institucional obligatorio) el riesgo de descuelgue patológico se diluye, ya que la imparcialidad, objetividad, profesionalidad y sensibilidad social de los sujetos intervinientes no puede ponerse en duda *a priori*.

<sup>46</sup> *Vid.* la importante SAN 28 de enero de 2013 (sent. nº 15/2013) en la que se advierte que cabe control judicial de las resoluciones de la CCNCC o del árbitro designado por ella, en lo que respecta a la concurrencia

No está de más señalar que, pese al silencio legal, el convenio de sector no puede blindarse frente a los descuelgues (ni puede alterar el listado legal, ni puede modificar el presupuesto legal causal en sentido restrictivo, ni puede excluir de plano la posibilidad de acudir al descuelgue)<sup>47</sup>. Aunque una práctica convencional de ese tenor estuviera inspirada en fines protectores de la limpia competencia interempresarial y del interés de los trabajadores en no sufrir una degradación laboral, podrían generarse efectos perversos, pues algunas empresas se verían abocadas al cierre o a la adopción de medidas más traumáticas.

En cuanto a los límites a la libertad de configuración de la medida de ajuste, hay algunas novedades dignas de destacar. Atendiendo a la variable temporal, se han introducido algunos cambios concernientes al *recuelgue convencional*. La sujeción plena a mínimos convencionales está garantizada ahora a partir del momento en que resulte aplicable *un nuevo convenio* en la empresa<sup>48</sup> (lo que no se traduce en una garantía de reposición plena e inmediata de las viejas condiciones). Efectivamente: 1º.- Puesto que la convergencia plena e inmediata con las condiciones del convenio que suceda al inaplicado temporalmente (si éste fuera de sector) muchas veces será inviable, el legislador no descarta un cambio ulterior de marco convencional (incluso antes de que el sectorial inaplicado agote su vigencia<sup>49</sup>); y 2º.- Cuando el descuelgue se produce respecto de un convenio propio de empresa con mejoras respecto de los mínimos sectoriales, se asume implícitamente que la empresa podría pasar a regirse plenamente por el sectorial al agotarse la vigencia del empresarial (bien mediante acuerdo, bien por el juego del reformado art. 86.3 ET).

Cabe la inaplicación lisa y llana de condiciones, su modificación peyorativa así como la sustitución de condiciones o regulaciones; pero con sujeción a un filtro extrajudicial de adecuación social y de proporcionalidad (que será particularmente exigente, valorando la entidad del ajuste y teniendo en cuenta que se “ataca” la fuerza vinculante del convenio; pero también, y sobre todo, se atenderá a que los traba-

---

de las causas, por entender que la cuestión es propia de un arbitraje jurídico; entendiéndose, por el contrario, que la valoración de la funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, siendo más identificable con el objeto de un laudo de equidad, queda incardinada en el margen decisorio de la comisión o del árbitro (y sólo podría revisarse judicialmente en supuestos verdaderamente extraordinarios).

<sup>47</sup> A lo sumo, podrán establecer criterios orientativos sobre escenarios en los que se reputa legítimo recurrir al descuelgue o pautas sobre medidas de descuelgue preferentes.

<sup>48</sup> Anteriormente, para modificaciones sujetas al art. 41 del ET, sólo regía un límite temporal en el caso de inaplicación de convenios sectoriales (no en el caso de inaplicación de convenios de empresa): no se podía traspasar el período de vigencia del convenio inaplicado. Y en el caso singular del descuelgue del régimen salarial del convenio sectorial, sujeto al viejo art. 82.3 ET, dándose por sentada la recuperación de los salarios sectoriales (y obligando a fijar el régimen de convergencia hacia las condiciones inaplicadas) se establecía un tope doble: en ningún caso dicha inaplicación podía superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo, los tres años de duración.

<sup>49</sup> Por la vía del art. 84.2 ET; lo que sólo será factible en empresas de cierta dimensión y en las materias previstas en el listado legal, como ya se ha visto.

jadores no podrán instar la resolución contractual indemnizada<sup>50</sup> y a que, de dejar la empresa, no tendrán acceso siquiera a desempleo<sup>51</sup>).

## VII. Denuncia y revisión anticipada del convenio

Al amparo del reformado art. 86.1 ET, la denuncia y revisión parcial anticipada tiene cabida tanto en el marco de convenios empresariales, como en los de ámbito sectorial, presuponiendo que existe consenso al respecto (pues no se impone siquiera un deber general de negociar *ante tempus*<sup>52</sup>) y que se cumplen íntegramente las exigencias previstas para la negociación estatutaria (Título III ET). Y en lo que concierne a legitimación, no puede obviarse que quedan comprendidos no sólo los sujetos colectivos que negociaron el convenio original, sino cualesquiera sujetos legitimados *ex arts.* 87 y 88 del ET.

Aunque legalmente no se fija un filtro causal, siendo las partes negociadoras soberanas para determinar si está justificada la revisión *ante tempus* en sentido gravoso, y para fijar los términos del ajuste convencional, obvio es que en la práctica sólo se consensuará con la representación laboral un marco convencional peyorativo si el contexto lo justifica y siempre que la medida se reputa proporcionada e idónea para la estabilización o recuperación (sectorial o empresarial).

No hay un listado legal de materias modificables, por lo que tampoco regirán límites objetivos de ninguna clase. Y la libertad de configuración del nuevo régimen es casi plena: cabe declarar inaplicables determinadas cláusulas (temporal o definitivamente) o alterar la regulación contenida en ellas. Y aunque no se introducen límites temporales explícitos, es incuestionable que los acuerdos no podrán tener efectos retroactivos.

## VIII. Agotamiento de la ultraactividad del convenio

En el marco de procesos de revisión y sucesión convencional cabe una degradación inmediata y personal general de condiciones de trabajo; pero la misma ha de producirse por vías jurídicamente aceptables. Y lo es, desde luego, el acuerdo alcanzado al efecto con la representación laboral legitimada *ex arts.* 87 y ss ET –según

---

<sup>50</sup> No debe perderse de vista que la Reforma ha supuesto, en este punto, un debilitamiento parcial de la protección legal asegurada anteriormente a los trabajadores afectados por este tipo de medidas de ajuste. Las modificaciones de convenio que posibilitaba el viejo art. 41 del ET (y que ahora pasan al art. 82.3 ET) abrían la puerta a la resolución contractual indemnizada por iniciativa de los trabajadores perjudicados por el cambio, de recaer sobre las condiciones laborales más sensibles previstas en aquel precepto.

<sup>51</sup> De hecho, el RD 1362/2012 toma como parámetros para el pronunciamiento sobre la pertinencia del descuelgue en sede arbitral obligatoria, no sólo la *conurrencia de la causa*, sino también la *adecuación* de la medida pretendida *en relación con la causa* y sus *efectos sobre los afectados*.

<sup>52</sup> Art. 89.1, 2º párrafo del ET. Aunque debe matizarse, pues si concurrieran los rígidos presupuestos que activan la cláusula *rebus sic stantibus*, sería obligado negociar (aunque no alcanzar un acuerdo).

resulta de la aplicación del principio de modernidad que instituyen los arts. 82.4 y 86.4 ET-; y lo sería también el acuerdo en virtud del cual se produce un cambio de unidad de negociación, abandonando la negociación colectiva de ámbito empresarial, para pasar al convenio de sector<sup>53</sup>.

El art. 86.3 ET se ha reformado de nuevo, con el fin de poner coto a la *ultraactividad* a perpetuidad. Se fija un tope de un año<sup>54</sup> (modificable *ex ante* por convenio colectivo o por acuerdo sobrevenido entre las partes negociadoras) agotado el cual, sin haberse suscrito el convenio sucesor o haberse dictado un laudo arbitral, el convenio en proceso de renegociación “*perderá vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*”. Se pretende, con ello, evitar que se eternicen los procesos de negociación y que se mantengan a perpetuidad las condiciones del convenio sometido a revisión, pese a haberse consumido, con creces incluso, su período de vigencia, y después de haber resultado infructuosas las vías previstas en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico para la solución de conflictos surgidos en este escenario de bloqueo negocial<sup>55</sup>.

La nueva regulación legal suscita, sin embargo, distintas cuestiones. Al producirse un cambio de unidad de negociación<sup>56</sup>, forzado por el nuevo marco legal, y suponiendo que el convenio entrante fuera menos favorable<sup>57</sup>, el deterioro de condiciones (incluidas las básicas y más sensibles) parece que sería en principio automático, al desaparecer su fuente (el convenio de empresa) y, con ello, el título jurídico de exigibilidad.

No parece plantear particulares problemas, desde esta perspectiva, el salto desde un convenio sectorial de ámbito inferior a otro sectorial para un ámbito territorial más extenso. Pero cabe plantearse si es aceptable jurídicamente un decaimiento inmediato del convenio de empresa y de todas sus condiciones para toda la plantilla, para pasar a un convenio sectorial con condiciones inferiores, aunque no haya ninguna causa que objetivamente lo justifique.

¿No se genera una situación de excesiva onerosidad sobrevenida a nivel individual a la que la empresa tiene la responsabilidad de poner remedio? Al menos, parece claro que ésta no puede escudarse en argumentos formalistas o, eventualmente, en su propia incapacidad de alcanzar un acuerdo colectivo revisor (o incluso en su propia actitud deliberadamente obstruccionista del acuerdo) pues ello supone dejar a su arbitrio la definición del equilibrio contractual individual y el cumplimiento mis-

<sup>53</sup> Aunque en ambos casos normalmente se incorporará un régimen especial de derecho transitorio para evitar el deterioro inmediato y abrupto de condiciones, minimizando el impacto sobre los trabajadores que hubieran disfrutado del viejo estatuto convencional (trabajadores veteranos) y para mitigar la conflictividad correspondiente (sometiéndose sólo al personal de nuevo ingreso a las nuevas condiciones) –instituyendo una *doble escalera*- no constituye un presupuesto indeclinable para la viabilidad de este tipo del ajuste.

<sup>54</sup> Téngase en cuenta que el RD-Ley 3/2012 situó el límite en dos años.

<sup>55</sup> Aunque si dichos acuerdos interprofesionales no disponen lo contrario, resulta obligatorio acudir al procedimiento arbitral establecido en ellos (*vid.* el art. 86.3 ET,)

<sup>56</sup> Podría producirse el salto desde un convenio de empresa a uno sectorial o desde uno sectorial de ámbito geográfico más reducido a otro sectorial para un ámbito territorial más extenso.

<sup>57</sup> Si el convenio entrante es más favorable, el ajuste es automático.

mo del contrato suscrito con sus trabajadores; y en el supuesto patológico reseñado, se ven afectados también intereses colectivos.

Si el convenio sectorial, sustitutivo del de empresa “agotado”, estableciera una cláusula, por genérica que sea, de respeto de situaciones anteriores más ventajosas: no cabe degradación, según ha establecido el TS<sup>58</sup>. Y a falta de ella: el empresario, como solución transitoria, puede asumir el compromiso de preservar el viejo estatuto convencional para trabajadores veteranos y definir uno nuevo unilateralmente para personal de nuevo ingreso que, respetando los mínimos sectoriales, sea acorde con sus intereses. Ahora bien, en defecto de tal clase de compromisos empresariales se suscitan múltiples interrogantes en cadena: ¿cabe entender que se conservan tácita y provisionalmente (y sólo por sus viejos beneficiarios) las condiciones del viejo convenio? ¿cuál sería el título de exigibilidad? ¿las viejas condiciones convencionales habrán pasado a la esfera extraconvencional, resultando vulnerables vía 41 ET o mediante compensación y absorción?

En una primera aproximación parece pertinente invocar las reglas recogidas en las DT 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 13<sup>a</sup> del C.Civil (que sientan directrices subsidiarias comunes por las que ha de regirse la sucesión normativa y el alcance de la retroactividad y que complementan a los arts. 2.2 del C.Civil y 9.3 CE). Tras ellas subyace la necesidad de proteger derechos adquiridos (cuya intangibilidad no plantea dudas); pero también aparece implícita la garantía de conservación de situaciones o estatutos jurídicos nacidos antes de una sucesión normativa, aun en ausencia de reglas específicas transitorias de las que así resulte, cuando sea pertinente atendiendo a principios jurídicos subyacentes. De modo que el principio de conservación del contrato y la consiguiente expectativa razonable de continuidad en el disfrute de condiciones fruto de la integración contractual sucesiva (y de no sufrir recortes agresivos, salvo que el contexto lo requiera realmente) parece respaldar, desde esta primera aproximación, el forzoso mantenimiento provisional de las viejas condiciones convencionales mínimas para trabajadores veteranos, pese a la pérdida de vigencia del convenio.

Finalmente, sin embargo, y con el marco legal reformado, parece que la degradación universal es posible y que tiene lugar una convergencia inmediata y automática hacia los niveles y condiciones mínimas de los convenios de sector, aunque sean menos favorables<sup>59</sup>. Aun tratándose de un supuesto de sucesión normativo-convencional extraordinario forzado por el legislador laboral, no puede obviarse: de una parte, que nos hallamos en el campo de la negociación colectiva y no en el de la sucesión de normas legales; y de otra, que la nueva legislación no excluye la adopción, *ex ante* o *ex post*, de soluciones al bloqueo negocial más garantistas que la legal.

<sup>58</sup> STS 23 de abril de 2007 –rec n<sup>o</sup> 13/2006-. Mediante dichas cláusulas se neutralizaría, desde instancias colectivas externas, el nuevo techo temporal legal de la *ultraactividad*. A nuestro modo de ver, sin embargo, y pese a su loable intencionalidad protectora de los intereses de los trabajadores, no son viables jurídicamente en su vertiente garante de las viejas condiciones de convenios ya agotados. Por el contrario, bajo el nuevo marco legal, es necesaria una intervención empresarial o un acuerdo colectivo del que así resulte.

<sup>59</sup> Respetando, naturalmente, las mejoras y regulaciones extraconvencionales superpuestas.

No habiendo buscado el convenio de empresa bajo revisión una solución más protectora en materia de *ultraactividad* que la nueva solución legal, puede interpretarse que las partes asumieron ese agotamiento inmediato a falta de acuerdo o laudo y, tácitamente, también el riesgo real de pasar, a falta de acuerdo sobrevenido de signo distinto en el curso de la negociación, al convenio de ámbito superior. Parece necesario, en suma, romper con la lógica civilista conservadora expuesta *supra* y reconocer el alcance moderado del principio de conservación de las condiciones laborales, respetando la lógica subyacente a la Reforma de la negociación colectiva<sup>60</sup>.

Pero habrá que atender también a las circunstancias concretas del caso. Ciertamente, la empresa podría actuar con mala fe para provocar una degradación de condiciones automática, general y *acausal*; en cuyo caso, como se ha señalado, no podrá luego escudarse en la imposibilidad de acuerdo. Pero no puede obviarse que también la parte laboral podría estar bloqueando injustificada o caprichosamente la suscripción del nuevo convenio (si concurriera causa para ajustar las condiciones convencionales y la propuesta empresarial fuera razonable). Este último es el escenario que parece tener en mente el legislador para introducir la reforma que estudiamos: se impone el salto automático al convenio de sector y sus condiciones, salvo acuerdo o laudo de distinto signo (y se impide, así, el veto sistemático e infundado de la parte laboral a propuestas negociales regresivas, potenciando la flexibilidad de posiciones y la suscripción de acuerdos equilibrados<sup>61</sup>). Por ello, el problema debería resolverse también a la luz del intensificado deber legal de negociar (art. 89 ET), y valorando si las partes han estado abiertas al uso de los cauces de solución extrajudicial del conflicto (art. 86.3 ET) y/o a la suscripción de acuerdos parciales, así como la solidez de los motivos del rechazo de propuestas sucesivas. Pero sin obviar que, estando obligadas a negociar: no están obligadas a convenir; y tampoco existe obligación de mantener a perpetuidad la empresa como unidad de negociación colectiva.

En el caso de agotamiento del período de *ultraactividad* del convenio sectorial aplicable, sin que exista un convenio de ámbito superior, todavía se plantean mayores dudas respecto a la viabilidad de un ajuste automático a la baja hasta los mínimos legales (en materia salarial, por ejemplo, no parece aceptable un salto inmediato hasta el mínimo interprofesional). Efectivamente, nada de eso se deduce directamente del reformado ET, que no contempla una regla equivalente a la prevista para el escenario convencional descrito anteriormente, por lo que contamos ahora con argumentos bastantes para defender la necesidad de asegurar a toda la plantilla la conservación provisional de las viejas condiciones, al menos hasta que haya un nuevo convenio aplicable a la empresa (propio o sectorial) o se dicte un laudo; y cuando menos las de carácter “nuclear”, definitorias del equilibrio prestacional.

<sup>60</sup> Se potencia la suscripción de convenios flexibilizadores de ámbito empresarial –independientes o concurrentes–; se impulsa el ajuste de condiciones, pero sólo allí donde sea necesario y esté justificado y siempre que sea proporcionado (y preferiblemente mediante acuerdo con los representantes).

<sup>61</sup> Indirectamente se amplían los poderes empresariales. Si la obstrucción del acuerdo es caprichosa, la empresa será soberana para aplicar el convenio de sector regresivo en aquello que considere conveniente.

El “decaimiento” definitivo del convenio y de sus condiciones, forzado *ex art.* 86.3 ET, presupone, según resulta de su tenor literal, que hay otro orden convencional de referencia al que sujetarse; y, además, no parecen admisibles degradaciones de estatutos jurídico-laborales libres, injustificadas, desprovistas de habilitación convencional explícita, no justificadas causalmente y generadoras de desequilibrios en sede individual. Y sin una sucesión normativa siquiera (que dispense cobertura jurídica a una aplicación retroactiva en grado mínimo a relaciones contractuales anteriores, de un orden normativo distinto y restrictivo) la alteración peyorativa o la privación de condiciones laborales básicas a remolque de una pretendida sujeción exclusiva sobrevenida al orden legal mínimo no es viable jurídicamente; y generará conflictividad y problemas de desregulación graves (ante la insuficiencia del marco legal). Por ello, y ante el vacío legal y convencional, y pese a que el convenio ha perdido su vigencia y fuerza de obligar, conviene que en el ámbito empresarial se llegue a soluciones equilibradas y consensuadas con la representación laboral (unitaria o, en su defecto, una representación *ad hoc*) o resultantes de la sumisión a un arbitraje, que cubran la transición hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio.

A falta de convenio o laudo, el mantenimiento provisional se produciría por decisión unilateral; de modo que las condiciones mantenidas serían atacables por la vía del art. 41 ET y podrían preservarse: sólo para trabajadores veteranos, y tan solo hasta la entrada en vigor del nuevo convenio.

Técnicas y facultades de ajuste de las condiciones laborales por iniciativa empresarial tras la Reforma Laboral de 2012

	PAPEL DEL EMPRESARIO (MARGEN DE ACTUACIÓN)	PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN LABORAL (MARGEN PARA EL BLOQUEO)	ESCENARIO/MARCO PARA SU UTILIZACIÓN Y FUNCIONALIDAD	FUENTES VULNERABLES	MATERIAS O TIPOS DE CONDICIONES VULNERABLES	MECANISMOS DE CONTROL Y REACCIÓN ANTE LOS AJUSTES
<p><b>MODIFICACIÓN NO SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO (IUS VARIANDI) (ART. 20 ET)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decisión unilateral</li> <li>• Eficuidad y aplicabilidad inmediata</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No derecho de consulta</li> <li>• Sólo información si mov. funcional art. 39.2 ET</li> <li>• Conveniente informantes en todo caso</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ningún filtro causal específico (regla general)</li> <li>• Causas objetivas (si movilidad funcional art. 39.2 ET)</li> </ul>	<p>Todas las fuentes <i>extranormativas</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sin listado legal</li> <li>• Todas (básicas o accesorias)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Solo si extralimitación</li> <li>• Individual: Reconocimiento de derechos</li> <li>• Colectiva: Demanda de conflicto colectivo</li> </ul>
<p><b>MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO POR DECISION O INICIATIVA EMPRESARIAL (ART. 41 ET)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Variable</li> <li>• Instrumento habilitante: <ul style="list-style-type: none"> <li>o decisión unilateral</li> <li>o acuerdo con la representación laboral (o huudo)</li> </ul> </li> <li>• Dependiendo de: <ul style="list-style-type: none"> <li>o carácter colectivo vs. individual de la modificación (proporción afectados: 90 días + umbrales legales)</li> <li>o resultado del preceptivo período de consultas (si colectiva)</li> </ul> </li> <li>• Eficuidad y aplicabilidad, cumplidas las formalidades legales y tras preceptivo período: <ul style="list-style-type: none"> <li>o 15 días (individual)</li> <li>o 7 días (colectiva, sin acuerdo)</li> <li>o Placado (colectiva con acuerdo)</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho de consulta y modificación si colectiva <ul style="list-style-type: none"> <li>o Máx. 15 días.</li> <li>o Aunque afecte a condiciones contractuadas, de fuentes de provención individual/plural.</li> </ul> </li> <li>• Posible sumisión voluntaria a sistemas de solución extrajudicial de conflictos.</li> <li>• Simple derecho de información si la modificación afecta a fuente colectiva, aunque la modificación sea individual/plural (art. 64.7.a) 1º ET)</li> <li>• En ningún caso: facultad de bloqueo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adaptación temporal o definitiva del marco extranormativo <ul style="list-style-type: none"> <li>o exigencias de competitividad o productividad</li> <li>o cambios de contexto o situación económica empresarial</li> <li>o cambios organizativos, técnicos o productivos</li> </ul> </li> <li>• Filtro legal art. 41 ET; débil: <ul style="list-style-type: none"> <li>o Basta conveniencia objetiva empresarial</li> <li>o No necesariamente situaciones críticas o extremas; pero también éstas</li> </ul> </li> <li>• Exigencia implícita (art. 138 LJS) de razonabilidad del ajuste (justificación + proporcionalidad) : <ul style="list-style-type: none"> <li>o en sí mismo; y</li> <li>o proyección sobre afectados</li> </ul> </li> </ul>	<p>Todas las fuentes <i>extranormativas</i> (individuales o colectivas)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o Incluido el convenio colectivo extrastatuario.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Listado legal art. 41.1 ET= abarbo</li> <li>• Todas las laborales básicas</li> <li>• Condiciones accesorias <i>extranormativas</i>; vulnerables al margen del art. 41 ET (<i>ius variandi</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sin control administrativo previo</li> <li>• Control judicial intenso</li> <li>• Individual: <ul style="list-style-type: none"> <li>o Rechazo (art. 41.3 ET);</li> <li>o Causas legales resolución indemnizada tasadas + perjuicio</li> <li>o 20 d S; top= 9 mensualidades</li> </ul> </li> <li>• Impugnación: art. 138 LJS <ul style="list-style-type: none"> <li>o Fondo</li> <li>o Forma; particularidades si ataque a la dignidad (art. 50.1.a) ET</li> <li>o Especialidades: si modificación colectiva con acuerdo (<i>vid. infra</i>)</li> </ul> </li> <li>• Sentencia estimatoria: <ul style="list-style-type: none"> <li>o En general: reposición + indemnización (si daños)</li> <li>o Incumplimiento sentencia: resolución indemnizada (33 d SS)</li> <li>o Nulidad posible opción resolución indemnizada (33 d SS)</li> <li>o Nulidad (alta consultas modificación colectiva); no excluyente de nuevo intento</li> </ul> </li> <li>• Sentencia desestimatoria: <ul style="list-style-type: none"> <li>o Mantenimiento modificación</li> <li>o Subsiste facultad individual de resolución indemnizada</li> </ul> </li> </ul>

	PAPEL DEL EMPRESARIO (MARGEN DE ACTUACIÓN)	PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN LABORAL (MARGEN PARA EL BLOQUEO)	ESCENARIO/MARCO PARA SU UTILIZACIÓN Y FUNCIONALIDAD	FUENTES VULNERABLES	MATERIAS O TIPOS DE CONDICIONES VULNERABLES	MECANISMOS DE CONTROL Y REACCIÓN ANTE LOS AJUSTES
<b>PSEUDODESUELGO</b>  <b>NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPRESA CONCURRENTE (ART. 84.2 ET)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Simple iniciativa</li> <li>Necesidad de negociación colectiva + acuerdo con legitimados (Título III ET)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Negociación colectiva (Título III)</li> <li>Deber de negociar</li> <li>Indirectamente: facultad de bloqueo (sin previsión legal de mecanismo de desbloqueo)</li> <li>Capacidad de presión (compensaciones)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Situación de normalidad/crítica</li> <li>Sin límites legales causales (pero debe existir siempre justificación objetiva)</li> <li>Diseño ágil –no inmediato– de un marco normativo-convenional estable, consensado y adaptado a la singularidad de la empresa y sus necesidades en aspectos estratégicos</li> <li>Sin desvinculación en el resto del convenio de sector</li> </ul>	<p>Convenios estatutarios supraempresariales</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Sin posibilidad de exclusión del 84.2 ET</li> <li>Incluidos los convenios-marco</li> <li>Irrelevante la proporción de afectados</li> <li>Sin límites temporales</li> <li>No se garantiza el "reculque"</li> </ul>	<p>Listado art. 84.2 ET</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Amplio</li> <li>Comprende las materias básicas y estratégicas</li> <li>Sin límites cuantitativos o cualitativos o complementarios</li> <li>Indispensable para convenio sectorial (sólo ampliable el listado legal)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sin control administrativo específico</li> <li>Control judicial muy restringido</li> </ul> <p>Individual:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ninguna vía específica impugnación</li> <li>Ni facultad de oposición (resolución inadmisible)</li> </ul> <p>Colectiva:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ninguna vía específica impugnación convenios colectivos (art. 163 y ss LJS)</li> <li>Sólo impugnación (sólo vulneración legalidad o lesividad)</li> <li>Terceros perjudicados (competencia desleal/<i>damping social</i>) = legitimados (art. 165 LJS)</li> </ul>
<b>DESUELGO TEMPORAL DEL CONVENIO ESTATUTARIO (SECTORIAL O EMPRESARIAL) (ART. 82.3 ET)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Simple iniciativa</li> <li>Deber de negociación con representación laboral (legitimados 87.1 ET/reglas art. 41.4 ET)</li> <li>Si bloqueo negociado:                         <ul style="list-style-type: none"> <li>Comisión Paritaria (potestativo)</li> <li>Sumisión preceptiva a sistemas convencionales de solución autónoma extrajudicial</li> <li>voluntarios u obligatorios)                                 <ul style="list-style-type: none"> <li>Arbitraje institucional (obligatorio) (CCNCC o equivalente)</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>Arbitraje institucional (obligatorio)                         <ul style="list-style-type: none"> <li>forzoso (si fracaso instancia previa)</li> </ul> </li> <li>Falta de acuerdo/laudo o decisión fundante:                         <ul style="list-style-type: none"> <li>Inviabilidad ajuste</li> <li>Sin posibilidad de suplenlo por autorización judicial</li> </ul> </li> <li>Sin previso especial a afectados</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Resistencia; eficacia minimizada</li> <li>Desuelgo puede venir forzado por instancias externas:                         <ul style="list-style-type: none"> <li>Arbitraje convencional (voluntario u obligatorio)</li> <li>Arbitraje institucional obligatorio (CCNCC o equivalente)</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Necesidad empresarial (no simple conveniencia) –</li> <li>Filtro causal legal= objetivado (causas económicas, técnicas, organizativas o productivas)</li> <li>Sin conexión funcional explícita con razones/fines de política de empleo y de proporcionalidad</li> <li>Doble exigencia implícita de razonabilidad</li> <li>En otro caso: no se alcanzará acuerdo/ni se habilitará a falta del mismo en las sucesivas instancias.</li> <li>Credibilidad/ idoneidad del desuelgo como alternativa al despido/otras medidas traumáticas.</li> <li>Ajustes inmediatos de proporción temporal limitada: "reculque"</li> <li>Reversibilidad del ajuste, sin garantía legal absoluta de reposición viejas condiciones</li> </ul>	<p>Convenios estatutarios:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Empresariales o supraempresariales</li> </ul> <p>Irrelevante la proporción de afectados</p>	<p>Listado art. 82.3 ET</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Amplio</li> <li>Cerrado</li> <li>Comprende las materias básicas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sin control administrativo, salvo colateral y en última instancia</li> <li>Control judicial muy restringido: nunca sobre elemento causal, razonabilidad o idoneidad</li> </ul> <p>Individual:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ni impugnación vía específica</li> <li>Ni impugnación individual directa de los instrumentos habilitantes</li> <li>Ni facultad de recluso con posibilidad de resolución inadmisible</li> <li>Excepcionalmente: impugnación actos empresariales de aplicación del instrumento habilitante</li> </ul> <p>Colectiva:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Impugnación convenios colectivos (arts. 82.3 y 91 ET + 163 y ss LJS):                         <ul style="list-style-type: none"> <li>Defectos formales.</li> <li>Vicios formación de la voluntad en caso de acuerdo.</li> <li>Fondo: sólo pretendida vulneración de la legalidad vigente (acuerdo, laudo o decisión habilitante).</li> <li>Terceros perjudicados (competencia desleal/<i>damping social</i>) = legitimados</li> </ul> </li> </ul>
<b>DENUNCIA Y REVISIÓN ANTICIPADA Y PARCIAL DEL CONVENIO DE EMPRESA (ART. 86.1 ET)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Simple iniciativa</li> <li>Necesidad de negociación colectiva + acuerdo con legitimados</li> <li>Reglas Título III ET</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ni siquiera deber legal de negociar (sívo presupuestos cláusula <i>rebus sic stantibus</i> –<i>vid. infra</i>–)</li> <li>Indirectamente: facultad de bloqueo</li> <li>Ningún mecanismo legal específico de desbloqueo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Basta conveniencia objetiva</li> <li>No exigible desequilibrio interno convenio/situación empresarial crítica</li> <li>Viable para situaciones de excesiva onerosidad sobrevenida de impacto singular sobre materias concretas</li> </ul>	<p>Art. 86.1: para todos los convenios estatutarios (empresa o sector).</p> <p>Pero también viable para extraestatutarios</p> <p>Sólo "arrecable" por los legitimados para negociación (art. 87 ET)</p> <p>Irrelevante núm. afectados</p>	<p>Todas.</p> <p>Sin listado legal</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sin control externo específico</li> </ul> <p>Individual:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ninguna vía específica impugnación</li> </ul> <p>Colectiva:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Impugnación convenios colectivos (163 y ss LJS)</li> </ul>

IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DETERMINACIÓN

PAPEL DEL EMPRESARIO (MARGEN DE ACTUACIÓN)	PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN LABORAL (MARGEN PARA EL BLOQUEO)	ESCENARIO/MARCO PARA SU UTILIZACIÓN Y FUNCIONALIDAD	FUENTES VULNERABLES	MATERIAS O TIPOS DE CONDICIONES VULNERABLES	MECANISMOS DE CONTROL Y REACCIÓN ANTE LOS AJUSTES
<p>• Aplicabilidad residual</p> <p>• No invocable si cauce regulado laboral para el ajuste (arts. 86.1, 41 y 82.3 ET)</p> <p>• Nunca imposición unilateral de ajuste</p> <p>• Ajuste convencional: sólo puede forzar negociación. (acuerdo Título III ET; no sustituible por autorización judicial)</p> <p>• Ajuste contractual: simple propuesta (a expensas de resolución judicial, si falta acuerdo)</p> <p>• Derecho-Deber de negociar colectivamente (denuncia en tiempo y forma -art. 89 ET-)</p> <p>• Título III ET; Necesidad de acuerdo (suscripción nuevo convenio revisor o regresivo)</p> <p>• Posible arbitraje obligatorio (art. 86.3 ET) para resolver situaciones de bloqueo</p>	<p>• Vigilancia respecto condiciones</p> <p>• Reacción frente a extralimitaciones</p>	<p>• Excesiva onerosidad sobrevenida:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Por circunstancias externas radicalmente imprevisibles</li> <li>Aniquilación del equilibrio contractual</li> <li>Inexistencia de mecanismo legal alternativo</li> <li>Sin exigirse concurrencia causas empresariales formuladas legalmente</li> <li>Invocable si nuevo problema singular de excesiva onerosidad (ausencia causas arts. 41 y 82.3 ET)</li> </ul>	<p>• Excluido el convenio colectivo: deber de negociar en el marco del 86.1 ET si convenio estatutario (-vid. <i>supra</i>)</p> <p>• Sólo fuentes extrac convencionales</p>	<p>Todas</p>	<p>• Sin control externo específico</p> <p>• Control judicial si extralimitación</p> <p>Individual: Reclamación de cantidad o Reconocimiento de derechos</p> <p>Colectiva: Demanda de conflicto colectivo</p>
<p>SUCESIÓN CONVENCIONAL ORDINARIA (ART. 82.4 y 86 ET; APARTADOS 3 y 4)</p>	<p>• Deber de negociar; no de convenir</p> <p>• Capacidad de presión (compensaciones) y de bloqueo, salvo arbitraje eventualmente obligatorio</p> <p>• Falta acuerdo o laudo: = 1 año desde denuncia, salvo pacto en contra</p> <p>• Después: cambio de unidad negociación</p> <p>• En su defecto: ¿inimicos legales?, dudas</p>	<p>• Sin filtro legal causal</p> <p>• Juego normal negociación colectiva</p> <p>• Acuerdos regresivos no sujetos a límite temporal</p>	<p>• Cauce de ajuste regulado para convenios estatutarios.</p> <p>• Pero también los extras estatutarios pueden sufrir revisiones paritarias</p> <p>• Indisponibilidad en esta sede de condiciones excluye juego de compensación y absorción</p>	<p>• Todas</p> <p>• Principio de modernidad</p> <p>• Sin compensación, salvo pacto</p> <p>• Posibles <i>dóbles escalas</i>: principio de igualdad</p>	<p>• Sin control externo específico</p> <p>• Ningún mecanismo de reacción especial; ni individual, ni colectivo</p>
<p>COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN (ART. 26.5 ET)</p>	<p>• Ninguna</p> <p>• Sólo facultad de reacción si convenio limita o excluye compensación y absorción</p>	<p>• Cualquiera (incluidas situaciones de normalidad)</p> <p>• Homogeneización o racionalización condiciones</p> <p>• Amortización -general o selectiva- de mejoras (individuales o colectivas)</p>	<p>• Todas las fuentes <i>extranormativas</i> que establezcan mejoras sobre los mínimos de referencia:</p> <p>• Sean de proyección individual o colectivo</p> <p>• Fuentes <i>extranormativas</i> de proyección individual o plural, CMB incluidas.</p> <p>• Nº Afectados inferior umbrales del art. 41 ET</p> <p>• Nunca fuentes de proyección colectiva (sujetas al 41 ET o negociación colectiva)</p>	<p>• Todas</p> <p>• Con filtro jurisprudencial; homogeneidad</p> <p>• Hasta donde alcance la mejora</p>	<p>• Sin control externo específico</p> <p>• Sólo si extralimitación</p> <p>Individual: Reconocimiento de derecho o reclamación de cantidad</p> <p>Colectiva: demanda conflicto colectivo</p>
<p>FACTOS INDIVIDUALES (ART. 1255 C.CIV; ART. 3.1.º) y 3.5 ET)</p>	<p>• Ninguna</p> <p>• Sólo vigilancia respecto de mínimos legales y de convencionales y de condiciones provenientes de fuentes colectivas (art. 64.7.a) 1º ET)</p>	<p>• Cualquiera (incluidas situaciones de normalidad)</p> <p>• Homogeneización o racionalización condiciones</p> <p>• Amortización de mejoras (individuales o plurales solamente)</p>	<p>• Fuentes <i>extranormativas</i> de proyección individual o plural, CMB incluidas.</p> <p>• Nº Afectados inferior umbrales del art. 41 ET</p> <p>• Nunca fuentes de proyección colectiva (sujetas al 41 ET o negociación colectiva)</p>	<p>• Todas</p> <p>• Hasta donde alcance la mejora</p> <p>• Con o sin compensación</p>	<p>• Sin control externo específico</p> <p>• Sólo si extralimitación</p> <p>Individual: Reconocimiento de derecho o reclamación de cantidad</p> <p>Colectiva: Demanda de conflicto colectivo (vulneración libertad sindical, si pactos individuales irregulares en masa)</p>

### **Bibliografía**

- A.A.V.V., *La reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- A.A.V.V., *Reforma Laboral de 2012*, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012.
- A.A.V.V. (THIBAULT ARANDA, Javier, -Dir.-, JURADO SEGOVIA, Ángel, Coord.) *La Reforma Laboral de 2012 : nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2012.
- A.A.V.V. (GOERLICH PESSET, José María, -Dir.- y GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración -Coord.-) *Libertades económicas, mercado de trabajo y Derecho de la Competencia*, CES, Madrid, 2011.
- A.A.V.V., (RUESGA BENITO, M., Dir.) *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, CCNCC-MEYSS, Madrid, 2012.
- A.A.V.V. (MONTROYA MELGAR, Alfredo, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, - Dirs.-), *Comentario a la Reforma laboral de 2012*, Madrid: Civitas, 2012.
- GALA DURÁN, Carolina, “Modificación de la cuantía salarial por la vía de los arts. 41 y 82.3 del ET, tras el Real Decreto Ley 3/2012 (una primera aproximación al tema)”, *Actualidad Laboral*, nº 11 (junio 2012), pp. 1300-1313.
- GOERLICH PESET, José María, *Régimen de la Negociación Colectiva e Inaplicación del Convenio Colectivo en la Reforma de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- DEL REY GUANTER, Salvador, “La flexibilidad interna en la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Actualidad Laboral*, nº 17 (octubre 2012), tomo II, pp 1823-1840.
- MERCADER UGUINA, Jesús y GARCÍA-PERROTE, Ignacio, *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2012.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón, SALA FRANCO, Tomás, y MOLERO MANGLANO, Carlos, *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto Ley 3/2012”, *Diario La Ley*, nº 7833 (9 de abril de 2012).
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *Claves de la Reforma Laboral de 2012*, 2ª edición, Madrid: Aranzadi, 2012.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El Derecho del Trabajo ¿Ha muerto o vive todavía? Reflexiones sobre la Reforma Laboral de 2012”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 29 (mayo 2012), pp. 4-14.