

ALCANCE DE LA REFORMA LABORAL EN MATERIA DE SALARIO

MAGDALENA LLOMPART BENNÀSSAR

Prof. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de les Illes Balears

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma laboral, salario, reducción y modificación

A fin de mejorar la productividad y competitividad empresarial y, por ende, mantener puestos de trabajo, la Ley 3/2012, de Medidas urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, ha revisado en profundidad dos instituciones capitales como son, de un lado, la modificación sustancial de condiciones de trabajo y, de otro, la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario. En materia salarial, esta reforma genera importantes dudas –así, entre otras, alcance de las causas que justifican la decisión empresarial; significado de la expresión legal “sistema de remuneración y cuantía salarial”; naturaleza del deber de información del empresario; o, en fin, cuestiones procesales referidas a plazos de caducidad, duración del acuerdo de inaplicación en casos de revisión del convenio inaplicado o de término de su ultraactividad, o módulo regulador de las indemnizaciones por extinción de contrato-, a examinar en este estudio con la ineludible cita de la más moderna doctrina judicial.

ABSTRACT

Key Words: Labour reform, wages, reductions

To improve productivity and competitiveness and therefore maintain jobs, Law 3/2012 on urgent measures for the reform of the labour market, has thoroughly revised two capital institutions. On the one hand, the substantial change in working conditions and, secondly, the collective's agreement working conditions derogation. In wage matter, this reform generates important doubts –like scope of business reasons that justify the decision; meaning of the legal term “remuneration system and rate of pay”; nature of the duty of information of the employer or, in end, procedural questions referred to period of caducity or regulatory module of the indemnifications for extinction of contract-, to examining in this study with the unavoidable appointment of the most modern judicial doctrine.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. Antecedentes
 - 1.2. Mecanismos actuales de flexibilidad salarial
2. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL SALARIO RECONOCIDO EN CONTRATO DE TRABAJO, ACUERDOS O PACTOS COLECTIVOS O EN VIRTUD DE DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPRESARIO DE EFECTOS COLECTIVOS
 - 2.1. Causas
 - 2.2. “Sistema de remuneración” e introducción de la referencia a la “cuantía salarial”
 - 2.3. Modificación individual
 - 2.4. Modificación colectiva
 - 2.5. Duración y límites de la decisión empresarial
3. MODIFICACIÓN DEL SALARIO PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO A TRAVÉS DEL PROCESO DE INAPLICACIÓN DEL ART. 82.3 DEL ET
 - 3.1. Unificación del régimen jurídico de la inaplicación de condiciones de trabajo reguladas en un convenio colectivo estatutario
 - 3.2. Causas
 - 3.3. Alcance del concepto de “sistema de remuneración”
 - 3.4. Procedimiento de inaplicación: alternativas al descuento
 - 3.5. Límites a la inaplicación del convenio
 - 3.6. Eficacia del acuerdo
 - 3.7. Duración del acuerdo de inaplicación salarial
 - 3.8. Posibilidad de impugnación del acuerdo por parte de los trabajadores afectados
 - 3.9. Imposibilidad legal de opción extintiva por parte de los trabajadores afectados
4. VALORACIÓN
 - 4.1. Necesidad de aclarar legalmente el contenido de la expresión “sistema de remuneración”
 - 4.2. Garantías para los trabajadores afectados por la reducción salarial
 - 4.3. Trascendencia de la rebaja salarial en el ámbito de la Seguridad Social

1. INTRODUCCIÓN**1.1. Antecedentes**

En un contexto de crisis económica prolongada en el tiempo, como el actual, ha quedado de manifiesto la importante desconexión entre la regulación convencional de los salarios, de una parte, y la productividad y la situación económica de las empresas, de otra. Y es que la evolución de las retribuciones de los trabajadores ha supuesto hasta hace bien poco incrementos desproporcionados en relación con el difícil escenario económico en el que nos hallamos¹.

¹ Vid., extensamente, Llompart Bennàssar, M. “Política de rentas y concertación social”, R.L., núm. 20, 2010, y “Actualización salarial: inflación y productividad”, A.L., núm. 9, 2011. También, Lahera Forteza, J., “El descuelgue salarial”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2010*, Ed. Reus, 2011.

De una parte, tras una época de bonanza económica, en la que se había extendido la práctica de reconocer mejoras salariales, individuales o colectivas, de origen contractual, el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET no resultó ser un instrumento eficaz para la neutralización de las mismas. En primer lugar, por la existencia de cierta doctrina jurisprudencial y judicial que entendía que no era posible modificar una mejora salarial por la vía del art. 41 del ET por cuanto dicha posibilidad, además de afectar al núcleo duro de la relación laboral, no se contemplaba expresamente dentro de su ámbito de aplicación². Según esta línea judicial, este tipo de mejoras salariales sólo podía alterarse o bien a través del procedimiento de compensación y absorción o bien mediante acuerdos novatorios con los trabajadores. En segundo lugar, aun cuando se considerase que la lista de condiciones del art. 41 del ET fuese meramente enunciativa y por consiguiente se aceptase su aplicación para rebajar o suprimir dichas mejoras, de un lado, la interpretación judicial del alcance de las causas económicas, técnicas organizativas o de producción era tan diversa que generaba una importante inseguridad jurídica y, de otro, si la mejora salarial se reconocía, como acontecía en muchos casos, en un instrumento colectivo de naturaleza contractual, el procedimiento a seguir era el colectivo y no el individual, implicando la apertura de un periodo de consultas con los trabajadores que entorpecía la decisión empresarial de rebajar o suprimir la mejora salarial.

De otra parte, aun cuando la retribución de los trabajadores constituye una condición de trabajo crucial para la política económica nacional y, obviamente para la salud económica de las empresas, el único indicador que se había manejado casi unánimemente por los convenios colectivos sectoriales a la hora de revisar los salarios ha sido el de la inflación -ya sea la prevista o pasada- al que se había añadido en numerosas ocasiones cierto porcentaje. Esta circunstancia provocó que, año tras año, los salarios convencionales crecieran a un ritmo superior al IPC sin que existiese una justificación organizativa.

Sea como fuere, esta desconexión se generó en el propio sistema de negociación colectiva, en el que el convenio colectivo sectorial de rama -sobre todo el provincial, que es el que más trabajadores comprende- ha ejercido desde siempre una función de homogeneización de los salarios. Dicha función, si bien ha tenido sus bondades, principalmente la de jugar un importante papel estabilizador en el plano social y económico y la de evitar problemas de competencia entre empresas -cuyos costes salariales se garantiza que sean similares- ha perdido su virtualidad. En efecto, el contexto actual de crisis y la globalización

² Vid., en este sentido, SSTS de 5 de junio de 2012 (RUD 95/2011) y 12 de junio de 2013 (RUD 103/2012). También, STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2013 (rec. 1543/2012).

han incrementado las exigencias de una mayor descentralización y flexibilidad en la determinación de los salarios –así como del resto de condiciones de trabajo- con el fin de que las empresas puedan afrontar sus necesidades y problemas ajustando los costes salariales en detrimento de medidas más drásticas, como la extinción de contratos de trabajo.

Hasta hace relativamente poco, el principal mecanismo con el que se contaba para solventar la situación descrita era fundamentalmente el descuelgue salarial. Sin embargo, probablemente con el objetivo de evitar una posible competencia desleal entre las empresas, la regulación convencional de la inaplicación salarial había resultado tan exigente y de tan corto alcance que se había mostrado ineficaz a la hora de dar una respuesta a aquellas empresas cuyas necesidades organizativas se habían visto alteradas por el nuevo contexto económico y técnico. Y ello a pesar de que la negociación colectiva, sobre todo en materia salarial, constituye un buen instrumento para facilitar la adaptación de la retribución a la productividad y competitividad empresarial. En este sentido, de sobra conocido es que la regulación legal y subsidiaria del descuelgue salarial existente hasta la reforma laboral 2010 era mucho menos rígida que la contemplada en buena parte de los convenios colectivos supraempresariales. El resultado de este panorama ha sido que muchas empresas afectadas por situaciones económicas negativas se han visto abocadas a recurrir a otros mecanismos de ajuste que han afectado al mantenimiento de los puestos de trabajo.

1.2. Mecanismos actuales de flexibilidad salarial

Con el objetivo de atajar este escenario, la reforma de 2012, tras sendas reformas de 2010 y 2011, ha pretendido facilitar de forma concluyente diversos mecanismos de flexibilidad interna, entre los que cabe destacar los que afectan a una condición de trabajo tan crucial como es el salario.

Así, de una parte, ha promocionado activamente la prioridad aplicativa de los convenios colectivos empresariales, que son los que cuentan con la capacidad de modular la reglamentación del salario, acompasando su determinación y revisiones anuales con variables como la de la productividad, lo que a la postre permite que los ajustes empresariales se produzcan prevalentemente en sede de flexibilidad interna y no sobre el empleo³. De hecho, en la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, que recoge el aumento salarial pactado en los convenios colectivos registrados hasta el 31 de diciembre de 2012, se observa cómo la

³ Respecto de la nulidad de las cláusulas convencionales que vulneran la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, vid. SAN 95/2012, de 10 de septiembre.

tendencia salarial alcista anteriormente señalada ha sido corregida estableciéndose incrementos salariales por debajo del IPC. En concreto, tras unos años de moderación salarial, en 2012, cuando la tasa media del IPC se situó en el 2,4%, el incremento de los salarios fue del 0,69%⁴. Sin embargo, en este proceso positivo de racionalización de salarios, que pretende introducir otras variables como la productividad o el propio contexto económico, no se debe perder totalmente de vista el dato de la inflación. Y ello porque la conexión entre salario e inflación evita la caída en el nivel de vida de los trabajadores y, por extensión, la reducción de la demanda que tanto perjudica a la situación económica de un país.

De otra parte, y centrándome en el objeto del presente estudio, la reforma de 2012 ha incidido tanto en el régimen jurídico de la modificación sustancial del salario como en el de la inaplicación del régimen salarial convencional, si bien lo ha hecho de forma sistemática, aclarando el alcance de sus causas y simplificando ambos procedimientos. En efecto, a tenor del art. 41.6 del ET, a la hora de ajustar salarios cabe distinguir dos procedimientos, según dónde esté regulada esta condición de trabajo. El primero viene referido al salario reconocido en contrato de trabajo, en acuerdos o pactos de carácter colectivo en el ámbito de la empresa o mediante decisiones unilaterales del empresario de carácter colectivo; en definitiva, instrumentos de índole contractual. En este caso, el procedimiento a aplicar es el contenido en el art. 41 del ET, que puede ser individual o colectivo según el número de trabajadores afectados por la decisión empresarial. Esta alteración retributiva, en último término, podrá efectuarse unilateralmente por la empresa. El segundo procedimiento viene referido al salario establecido en el convenio colectivo estatutario aplicable, ya sea de empresa o de ámbito superior. En tal hipótesis, el procedimiento que se deberá seguir es el del art. 82.3 del ET. La regulación de esta última institución, la de la inaplicación del régimen salarial⁵, ya no se remite a la negociación colectiva supraempresarial –como acontecía con anterioridad a la reforma de 2010-⁶, sino

⁴ Estadística elaborada por la Oficina Económica del Presidente. Vid., concretamente, sobre la pérdida de poder adquisitivo de los salarios, *Memoria 2012*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2013, págs. 392 a 402.

⁵ Sobre la elección de la nomenclatura, vid. STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012), que indica que el término inaplicación parece más certero que el de modificación o descuelgue. Y es que, en relación con el descuelgue, el art. 82.3 del ET contempla expresamente el autodescuelgue, en el sentido de posibilitar que un convenio de empresa deje de ser temporalmente aplicable. Por su parte, el término modificación se refiere a una alteración de las condiciones de trabajo en principio duradera en el tiempo. En fin, la inaplicación, por su parte, se refiere a la suspensión temporal de las condiciones de trabajo en tanto el convenio colectivo esté vigente, incluyendo su periodo de ultraactividad.

⁶ Con esta reforma se produjo una limitación del poder regulador del convenio colectivo supraempresarial en esta materia, pues perdió el control sobre los procesos de descuelgue salarial en los niveles inferiores en beneficio del legislador.

que viene regulada por el propio legislador con el propósito de facilitar su aplicabilidad. En concreto, con la reforma de 2012, el legislador ha dirigido sus esfuerzos a evitar una situación de bloqueo entre las partes en aras de promover una solución definitiva a las discrepancias que puedan surgir a la hora de ejecutar inaplicaciones salariales.

2. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL SALARIO RECONOCIDO EN CONTRATO DE TRABAJO, ACUERDOS O PACTOS COLECTIVOS O EN VIRTUD DE DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPRESARIO DE EFECTOS COLECTIVOS

2.1. Causas

Respecto de las causas que justifican una modificación sustancial del salario, la regulación precedente propiciaba una importante litigiosidad judicial al referirse a circunstancias relacionadas con objetivos de futuro, genéricos⁷ y que, por tanto, permitían valoraciones judiciales muy diversas⁸. A día de hoy tan sólo se indica que la decisión empresarial debe estar relacionada con “la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” lo que se ofrece indudablemente un mayor margen de actuación a la empresa⁹. En efecto, por cuanto ahora el control judicial deberá centrarse exclusivamente en valorar la relación entre la decisión empresarial y su competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo, sin requerir la existencia de una situación negativa en la empresa¹⁰.

A pesar de la amplitud de la definición de las causas, de la primera doctrina judicial dictada con la nueva normativa se desprende que no existe una discrecionalidad incondicional del empresario. El empresario, efectivamente, deberá acreditar como poco extremos como la concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que éstas justifiquen razonablemente la necesidad de una modificación salarial y que la medida propuesta sea propor-

⁷ En concreto se exigía que la modificación propuesta debía contribuir “a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”

⁸ Cfr. Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensiones y extintivas”, en A.L., núm. 10, 2011, La Ley 6597/2011, pág. 6 de 24.

⁹ García Quiñones, J.C., “El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias”, R.L., núm. 1, 2013, pág. 19 de 37.

¹⁰ Obviamente si ésta concurre, se ha de considerar que las causas existen. Vid., en este sentido, SAN 46/2013, de 19 de marzo de 2013.

cionada a la situación económica y productiva de la empresa¹¹. En definitiva, cabe concluir que los tribunales seguirán desarrollando un control de razonabilidad¹² y proporcionalidad¹³ de las medidas empresariales; consideración plenamente lógica si se quiere evitar una absoluta discrecionalidad de la empresa a la hora de adoptar recortes salariales¹⁴.

2.2. “Sistema de remuneración” e introducción de la referencia a la “cuantía salarial”

El art. 41 del ET alude a que, a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo se puede alterar, entre otras materias, el “sistema de remuneración” y añade por primera vez una referencia a la “cuantía salarial”¹⁵.

Por “sistema de remuneración” hay quien ha entendido que se hace referencia a las condiciones, estructura o criterios para la determinación del salario,

¹¹ Vid., en términos generales, Roqueta Buj, R., “La flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, 2012, págs. 118 y 119, y *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2012, págs. 33 y 34.

¹² En el sentido de que la modificación propuesta tenga como finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como una mejor organización de su sistema de trabajo. Cfr. SSAN de 28 de mayo de 2012 (procd. 81/2012), 143/2012, de 22 de noviembre, y 46/2013 de 19 de marzo. También SSTSJ de Canarias de 26 de noviembre de 2012 (rec. 1190/2012), Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012) y Aragón de 6 de mayo de 2013 (rec. 199/2013). En fin, la sentencia 102/2013 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Tarragona, si bien acepta que a tenor de la Ley 3/2012 el criterio judicial de valoración de la razonabilidad de la medida empresarial en términos amplios ya no juega primordialmente, destaca que la medida que pueda adoptar la empresa en relación con la situación de crisis debe estar sujeta, de un lado, al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación y, de otro, a los principios de la buena fe contractual, fraude de ley y abuso de derecho.

¹³ Exigiendo que la modificación sea proporcionada y acorde a la situación económica y productiva de la empresa. Cfr. SAN 46/2013 de 19 de marzo. También, en relación a la inaplicación del convenio colectivo en materia de tiempo de trabajo, STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012), y en referencia a un supuesto de despido colectivo, STSJ de Madrid 191/2013, de 9 de abril.

¹⁴ En definitiva, con la reforma laboral de 2012, se refuerza la idea ya recogida en la doctrina jurisprudencial y judicial relativa a que las circunstancias causales que justifican la modificación sustancial de salarios deben ser analizadas de forma diferente o con menor intensidad que aquellas otras en las que el efecto pretendido es la suspensión o, más drásticamente, la extinción del vínculo laboral, porque los intereses en juego no son los mismos. Cfr. SSTs de 8 de enero de 2000 (rec. 461/1999), 17 de mayo de 2005 (rec. 2363/2004), 4 de noviembre de 2010 (rec. 193/2009) y 16 de mayo de 2011 (rec. 197/2010). Más recientemente, STSJ de Aragón de 6 de mayo de 2013 (rec. 199/2013).

¹⁵ Cfr. Roqueta Buj, R., “La flexibilidad interna”, cit., págs. 119 y 120.

sin afectar directamente a la cuantía salarial¹⁶. Esto, a mi juicio, resulta bastante improbable en la medida en que cualquier alteración de la composición del salario afectará fácilmente a la cuantía del mismo. En este último sentido, diversas resoluciones judiciales, entre ellas algunas del Tribunal Supremo, han avalado la aplicación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo como mecanismo para, por ejemplo, convertir un plus fijo en variable¹⁷ o cambiar la fórmula de calcular las comisiones¹⁸, lo que en todo caso afecta a la cuantía de los citados complementos salariales. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2005 (rec. 5653/2004) ya indicó que la modificación sustancial del “sistema de remuneración” es una operación que viene referida a decisiones empresariales que inciden en la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos que pueden percibir sus trabajadores, de manera que se altere el sistema hasta entonces aplicado para el devengo de los diferentes pluses y complementos, afectando a su importe, alcance o naturaleza.

Con todo, las recientes SSTS de 5 de junio de 2012 (RUD 95/2011) y 12 de junio de 2013 (RUD 103/2012) ponen de manifiesto que ese razonamiento es controvertido. En efecto, en las citadas resoluciones se considera que la expresión “sistema de remuneración” no comprende la “cuantía salarial”. Y ello por varias razones: 1ª) la modificación de la cuantía salarial afecta al núcleo duro, básico, esencial y definitorio de la misma esencia laboral del contrato, teniendo el derecho del trabajador “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” rango constitucional (art. 35 CE); 2ª) consecuencia de ello, nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con la máxima indemnización legal, en supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado [art. 50.1 b) ET]; y 3ª) dado que el art. 41.1 del ET, en su redacción anterior a la reforma de 2012, no preveía específicamente la reducción de la cuantía salarial, las sentencias concluyen que una minoración retributiva no podía efectuarse a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

¹⁶ Vid., entre otros, Cruz Villalón, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, R.L., núm. 21, 2010, pág. 9 de 27; y Fernández Avilés, J.A., “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad <interna>”, R.L., núm. 11, 2011, La Ley 12227/2011, pág. 28 de 54.

¹⁷ Cfr. SSTS de 6 de mayo de 1996 (rec. 2682/1995) y 20 de enero de 2009 (rec. 133/2007). También SSTSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006 (rec. 609/2005) y Comunidad Valenciana de 17 de julio de 2012 (rec. 1323/2012).

¹⁸ Cfr. SSTSJ de Cataluña 3756/1994, de 22 de junio, y Comunidad Valenciana 76/2008, de 4 de noviembre.

En definitiva, con anterioridad a la reforma de 2012, la posibilidad de reducir cuantías salariales por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas en un acuerdo individual o colectivo de carácter contractual no resultaba pacífica. Y ello a pesar de que la redacción anterior del art. 41 del ET recogía una lista expresamente abierta de materias susceptibles de ser modificadas, de suerte que fácilmente se podía concluir que los empresarios podían, mediante esta vía, rebajar directamente importes salariales previstos en instrumentos contractuales.

Así pues, para evitar cualquier controversia sobre este particular, la reforma de 2012 ha introducido expresamente una alusión a la “*cuantía salarial*”, cuyo significado es amplio, comprendiendo tanto el salario base como cualquiera de los complementos. Ello lleva a plantearse si sería posible eliminar un complemento salarial que se abone por una determinada concausa que se mantenga. Por ejemplo, un plus de turnicidad previsto en un acuerdo colectivo, a pesar de que los trabajadores sigan prestando servicios por turnos. Pues bien, aplicando el procedimiento del art. 41 del ET, opino que dicho plus podría ser perfectamente eliminado siempre y cuando no estuviese contemplado en el convenio colectivo estatutario que resulte aplicable. Cuestión diversa sería la del plus de nocturnidad, dado que si se dan los requisitos legales para su reconocimiento, éste debe ser abonado porque así lo establece la legislación estatal. Con todo, siempre cabe la posibilidad de rebajar su cuantía hasta el importe previsto en el convenio colectivo estatutario de aplicación o, en su defecto, hasta prácticamente la mínima expresión por no existir un suelo legal.

2.3. Modificación individual

A partir de la reforma de 2012, la decisión empresarial deberá seguir el procedimiento individual o colectivo no en función de dónde se regule el emolumento a modificar –instrumento individual o colectivo–, sino en función del número de trabajadores afectados¹⁹. Sólo si se alcanzan los umbrales recogidos en el art. 41.2 del ET, que vienen referidos al ámbito de la empresa y no al del centro de trabajo, la modificación será colectiva con requerimiento de la apertura de un periodo de consultas²⁰. En caso contrario, si no se superan los citados umbrales, la modificación será individual aun cuando la partida salarial alterada estuviese regulada en un instrumento colectivo y, por consiguiente, tan sólo requerirá el preaviso escrito a los trabajadores afectados y a sus represen-

¹⁹ Cfr. Roqueta Buj, R., “La flexibilidad interna”, cit., págs. 120 a 123 y *La flexibilidad interna...*, cit., págs. 37 a 40.

²⁰ Cfr. González González, C. “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, A.S., núm. 9/2013, BIB 2013/53, pág. 4 de 9.

tantes con una antelación mínima que se ha reducido de 30 a 15 días, con el objetivo de agilizar la puesta en práctica de la medida empresarial.

Algún autor ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de esta diferenciación, por vulnerar la fuerza vinculante de los convenios colectivos extra-estatutarios (art. 37 CE)²¹. Sin embargo, a mi juicio, la nueva forma de distinción entre modificaciones individuales y colectivas no supone un quebrantamiento del derecho a la negociación colectiva, aun cuando el convenio colectivo extra-estatutario está amparado en el art. 37 de la CE. Y ello por cuanto este instrumento colectivo carece, de una parte, de eficacia personal general y, de otra, cuenta con eficacia jurídica contractual, en la medida en que la fuerza vinculante que garantiza el citado precepto constitucional puede ser tanto la que para los contratos establece el art. 1.091 del Cc, como la propia de las normas jurídicas que deriva de las disposiciones generales del Cc y que el ET ha optado por reservar a los convenios colectivos estatutarios²². Con todo, no está de más señalar que, habida cuenta que los representantes de los trabajadores pueden haber intervenido en la elaboración de este tipo de instrumentos colectivos, no hubiese estado de más que el art. 41 del ET hubiese mantenido algún tipo de mecanismo de consulta entre estos y la empresa.

Por lo demás, dado que la notificación escrita constituye una garantía para el trabajador a efectos de controlar la legalidad de la medida empresarial, ésta debe aludir a las concretas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que la sustentan, especificar las condiciones retributivas afectadas y cómo van a quedar reconocidas.

Con la nueva regulación resulta, por ende, que el ámbito del procedimiento individual se ha ampliado en detrimento del procedimiento colectivo, en tanto que la modificación retributiva que afecte a menos de diez trabajadores será siempre individual. Si tal consideración se pone en relación con la composición de nuestro tejido empresarial, fundamentalmente formado por pequeñas empresas, fácilmente se colige que la mayoría de modificaciones de elementos salariales regulados en instrumentos de carácter contractual seguirán el trámite individual²³. En fin, este cambio normativo supone una reducción del control

²¹ Sanguineti Raymond, W., “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, en AA.VV., *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete, 2012, págs. 231 y 232.

²² Vid., en este sentido, Roqueta Buj, R., “La flexibilidad interna”, cit., págs. 121 y 122, quien añade que la eficacia normativa no es algo que pueda dejarse al margen de la representatividad de los negociadores, el propio procedimiento de negociación y la publicidad. Vid., igualmente, SSTS de 12 de diciembre de 2008 (RUD 538/2008) y 6 de octubre de 2009 (RUD 3012/2008).

²³ Martínez Barroso, M.R., “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo (1)”, R.L., núm. 23, 2012, pág. 21 de 38.

de los representantes de los trabajadores sobre la decisión modificativa, lo que a la postre refuerza el poder de dirección empresarial.

Efectuada la modificación y sin perjuicio de su ejecutividad, el trabajador que no opte por la rescisión de su contrato en los términos que se indicarán más adelante puede impugnarla ante la jurisdicción social por la vía del art. 138 de la LRJS, cuya sentencia no es recurrible. En todo caso, cabe advertir que el incumplimiento de alguna de las formalidades del procedimiento individual, ya sea la insuficiencia del contenido de la notificación, ya sea la omisión del plazo de preaviso o de la notificación por escrito al trabajador afectado o a sus representantes, no afectará a la validez de la decisión modificativa tal y como se desprende de los arts. 138 de la LRJS²⁴ y 41.3 del ET²⁵.

Por consiguiente, la falta de la notificación escrita al trabajador o a sus representantes en plazo no comporta, como entendió alguna doctrina judicial anterior, que la decisión empresarial sea injustificada²⁶. Su consecuencia es, a tenor del art. 138.1 de la LRJS, que el plazo de caducidad de veinte días no comenzará a computar hasta que tenga lugar la citada comunicación por escrito, sin perjuicio en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del lapso temporal previsto en el art. 59.2 del ET. El problema que esta previsión plantea es discernir si para el inicio del cómputo del plazo de caducidad es suficiente con la notificación a una de las dos partes mencionadas por la ley procesal o

²⁴ Que en su apartado 7 dispone que “la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa”. Asimismo, esta disposición añade que se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en el art. 41.4 del ET, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el art. 108.2 de la LRJS.

²⁵ Así lo entiende también González González, C., “Las modificaciones sustanciales...”, cit., que considera que la declaración de nulidad de la modificación queda reservada a los casos de vulneración de los derechos fundamentales y de fraude de ley, pues no resulta proporcionado optar por la nulidad en esta materia cuando los incumplimientos formales en los despidos, tanto disciplinarios como objetivos, dan lugar a la improcedencia y no a la declaración de nulidad. Como sostiene este autor, las consecuencias de obtener uno u otro pronunciamiento son bien distintas, dado que la ejecución en sus propios términos de la condena a la reposición de las anteriores condiciones de trabajo sólo se impone frente a la negativa del empresario en casos de nulidad, mientras que en la declaración del carácter injustificado se resuelve la negativa de la empresa con la extinción del contrato y abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente (art. 138.8 y 9 LRJS).

²⁶ En efecto, existen resoluciones judiciales dictadas al amparo de la anterior normativa que consideran injustificada la decisión empresarial que incumple con el preaviso. Vid., entre otras, SSTSJ, ambas de Canarias, de 27 de junio de 2003 (rec. 775/2002) y de 31 de enero de 2013 (rec. 1782/2010) y, así como las de Navarra, de 2 de julio de 2008 (rec. 154/2008) y 12 de enero de 2011 (rec. 351/2010).

debe hacerse tanto al trabajador como a sus representantes²⁷. Ciertamente, una interpretación literal del art. 138.1 de la LRJS, que indica que “la demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes”, permite concluir que dicho plazo de caducidad se inicia con la comunicación a uno de los dos sujetos aludidos. Por su parte, el propio art. 41 del ET exige que la notificación se efectúe “al trabajador afectado y a sus representantes” y el art. 59.4 del ET dispone que el plazo “se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso del periodo de consultas”. Como se ve, la disparidad en los términos manejados por estos tres preceptos a la hora de referirse a los sujetos destinatarios de la notificación genera confusión. Ello no obstante, si se atiende a la finalidad de la caducidad, cual es evitar la indefinición de ciertas relaciones jurídicas, y al tenor literal del precepto que específicamente regula la prescripción y caducidad de las acciones, esto es, al art. 59.4 del ET, parece razonable concluir que es la notificación a los trabajadores afectados por la decisión empresarial y no la que pueda dirigirse a sus representantes la que determina el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción por modificación sustancial de condiciones de trabajo²⁸. Y ello a pesar de que una notificación efectuada sólo al trabajador impide el control de la decisión empresarial por parte de los representantes –que podrían instar, por ejemplo, la declaración judicial de nulidad de la decisión empresarial por superar los umbrales numéricos del art. 41.2 del ET-²⁹. Así pues, en mi opinión, la notificación efectuada exclusivamente a los representantes de los trabajadores no afecta al inicio del cómputo del periodo de caducidad de veinte días, por cuanto ello entorpecería seriamente la capacidad de reacción de los trabajadores afectados por la decisión empresarial que pueden verse privados de su derecho de accionar contra la misma por haber transcurrido el breve plazo de veinte días.

En todo caso, en atención a lo dispuesto en el art. 7.6 de la LISOS, que considera infracción grave la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario sin acudir al procedimiento establecido en el art. 41 del ET, la empresa podrá ser sancionada pecuniariamente de conformidad con lo previsto en el art. 40 de la LISOS –que contempla una multa que oscila entre los 626 € y los 6250 €-.

²⁷ La publicación de la decisión empresarial en el tablón de anuncios no inicia el cómputo de caducidad. Cfr. STS de 21 de mayo de 2013 (rec. 53/2013).

²⁸ Cfr. STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de septiembre de 1997 (rec. 2717/1997).

²⁹ Obstaculizando el derecho de información de los representantes de los trabajadores y el ejercicio de su función de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral previstos en el art. 64 del ET.

2.4. Modificación colectiva

En la hipótesis de que la modificación resulte colectiva por afectar a un importante número de trabajadores, se requerirá la existencia de un período de consultas con sus representantes en una única comisión negociadora cuya composición se regula por reglas diversas en función de si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo o a más³⁰; comisión que puede estar integrada por los propios representantes de los trabajadores o, en su defecto, con la correspondiente comisión creada *ad hoc* -en los términos del art. 41.4 del ET. Dicha comisión debe constituirse, según el art. 41.4 del ET, en el plazo de 7 días desde que la empresa comunica su decisión de iniciar el procedimiento de modificación sustancial, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a verse afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales, en cuyo caso el plazo será de 15 días. Por lo demás, a tenor del citado precepto, de una parte, la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas y, de otra, su constitución con posterioridad al inicio de dicho periodo no comportará la ampliación de su duración, que como se sabe es de 15 días³¹.

A diferencia de lo que sucede con los despidos colectivos o las suspensiones del contrato y reducciones de jornada³² (RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), no existe regulación legal ni reglamentaria sobre el alcance del deber de información de la empresa en el periodo de consultas del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Con todo, esta laguna legal no exime a la empresa de aportar la documentación necesaria para que el periodo de consultas

³⁰ Cfr., con mayor detalle, el RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto de 2013), que en su art. 9.2 modifica el art. 41.4 del ET.

³¹ En todo caso, con la reforma del art. 41.4 del ET efectuada por el RDL 11/2013, queda claro que la empresa debe comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes la intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Como ya había anticipado la doctrina judicial, no es admisible que unas conversaciones entre empresa y representantes de los trabajadores en los que se trataron cuestiones muy diversas puedan servir como periodo de consultas. Cfr. STSJ Aragón de 9 de noviembre de 2012 (rec. 638/2012). Vid., asimismo, STSJ Asturias de 8 de febrero de 2013 (rec. 2915/2012) que sostiene que remitir un correo electrónico a un vocal del comité de empresa para ponerle al tanto de la situación y anunciar una reunión que se llevó a cabo sólo dos días después no basta para probar una negociación efectiva con los representantes de los trabajadores.

Por su parte, entiende que se ha cumplido la obligación empresarial de ofrecer información a los representantes de los trabajadores la SAN de Aragón de 6 de mayo de 2013 (rec. 199/2013).

³² En referencia a un supuesto de despido colectivo, vid. STS de 20 de marzo de 2013.

pueda versar sobre las causas motivadoras de la modificación retributiva y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos. En efecto, al no regularse específicamente el deber de información en este periodo de consultas, cabe aplicar el art. 64.1 del ET que regula las exigencias generales sobre información y consultas a los representantes de los trabajadores. Pues bien, a la luz de esta disposición, que define qué se entiende por información y consulta, la empresa debe aportar toda la documentación que sea necesaria para que los representantes de los trabajadores tengan un conocimiento cabal de la situación que les permita desplegar un dialogo eficiente con el empresario destinado a conseguir los objetivos del periodo de consultas, sin que ello signifique aplicar automáticamente la regulación sobre la documentación requerida en un supuesto de despido colectivo. Y es que la falta de una regulación del deber de información en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo similar a la prevista en los supuestos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada manifiesta la voluntad de legislador de no extender la ordenación del deber de información propio de estas últimas instituciones al procedimiento de modificación sustancial de la retribución de los trabajadores³³. Con todo, la empresa debe facilitar toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras de su decisión³⁴. En definitiva, sigue siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial que entiende que, para que la negociación en el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines, es requisito fundamental que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose por tal la que les permite analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar las medidas, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos³⁵. Por lo demás, esta exigencia enlaza con la de negociar de buena fe durante el periodo de consultas, puesto que para que la misma concorra, esto es, para que exista una verdadera negociación con propuestas y contrapropuestas³⁶, es preciso que las partes dispongan de una información lo más completa posible.

³³ Vid. SAN 46/2013, de 19 de marzo de 2013, y STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012).

³⁴ Vid. STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2013 (rec. 8/2013), que considera insuficiente la aportación de una memoria justificativa de la situación económica de la empresa sin el acompañamiento de documento objetivo alguno del que se pudieran extraer los datos relativos a la causa invocada para la modificación sustancial de referencia.

³⁵ SSTs de 30 de junio de 2011 (rec. 173/2010) y 18 de enero de 2012 (rec. 39/2011).

³⁶ Cfr. SSAN de 112/2012, de 15 de octubre, y 70/2013, de 12 de abril. También, STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2013 (rec. 8/2013). Por su parte, como se indica en el Expediente de la CCNCC 06/2013, 28 de junio, no afecta a la buena fe el hecho de que se abra un periodo de consultas mientras se abre un proceso de negociación para el futuro convenio, dado que la ley no establece incompatibilidad alguna sobre este aspecto.

Si el periodo de consultas finaliza con acuerdo, aunque no se prevea expresamente, debe ser notificado a los trabajadores afectados por la decisión modificativa a efectos de la aplicación del plazo de caducidad (art. 59.4 ET y 138 LRJS). Cuando el acuerdo se alcanza, se presume que concurren las causas justificativas para proceder a la reducción salarial (art. 41.4 párr. último ET), entorpeciendo el control judicial sobre su existencia –ya sea a través del procedimiento especial del art. 138 de la LRSJ como del proceso de conflictos colectivos³⁷- y degradando el elemento causal de la modificación³⁸. Esta presunción *iuris tantum*, a la vista de que el art. 138.7 de la LRJS³⁹, no implica ciertamente la imposibilidad de reacción por parte de los trabajadores ante la ausencia de la causa legal de la modificación, pero sí supone una alteración de la carga de la prueba que se atribuye ahora a quien impugna la decisión empresarial⁴⁰. En concreto, según el art. 41.4 último párrafo del ET, el acuerdo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión⁴¹. En resumidas cuentas, los trabajadores afectados por la reducción salarial, salvo que se demuestre la concurrencia de alguno de los vicios antes citados⁴², van a encontrar serias dificultades para proceder a posteriores impugnaciones judiciales, dado que la medida se presume como válida.

³⁷ Según Alarcón Caracuel, M.R., “Artículo 163. Iniciación”, en AA.VV., Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Valladolid, 2011, pág. 634, los llamados pactos de reorganización productiva en materia de traslados y de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en la medida en que tienen un contenido regulador, aunque sea de naturaleza obligacional, son impugnables por las partes legitimadas para ello por la vía del proceso de impugnación de convenios.

³⁸ Sobre la consideración de que se está ante una presunción *iuris tantum*, vid. Alfonso Mellado, C.L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia, 2010, pág. 118.

Por su parte, Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas (1)”, A.L., núm. 10, 2011, La Ley 6597/2011, pág.11 de 24, indican que muy probablemente lo que ocurrirá será que los trabajadores impugnarán la decisión empresarial modificativa, acusando a sus representantes de haber actuado en abuso de derecho con lo que el debate acerca de la naturaleza jurídica de la presunción legal queda en gran medida diluido.

³⁹ Que preceptúa que “la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa”.

⁴⁰ SAN 120/2013, de 12 de junio.

⁴¹ En relación con la discordancia existente entre la normativa material y la procesal sobre la impugnación del acuerdo en lugar de la impugnación de la decisión empresarial, vid. Ramírez Martínez, J.M., “Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011”, A.L., núm. 5, 2012, La Ley 683/2012, pág. 14 de 25.

⁴² Como indica Lahera Forteza, J., “El descuelgue salarial”, cit., no hay que descartar que puedan concurrir vicios del consentimiento en ciertos acuerdos con comisiones directas de trabajadores.

En caso de que el periodo de consultas finalice sin acuerdo, la empresa comunicará su decisión modificativa a los trabajadores y ésta surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación; plazo que también se ha reducido al objeto de agilizar el procedimiento. Dicha comunicación debe extenderse también a los representantes de los trabajadores (art. 138.1 LRJS). En este caso, según el art. 41.5 del ET, la decisión empresarial es impugnabile tanto por los trabajadores, a través del procedimiento del art. 138 de la LRJS, como por sus representantes, mediante el proceso de conflictos colectivos (art. 153 y ss LRJS).

En fin, si la modificación colectiva se lleva a cabo incumpliendo el periodo de consultas, en virtud del art. 138 de la LRJS, ésta será declarada judicialmente nula⁴³.

2.5. Duración y límites de la decisión empresarial

En todo caso, la decisión empresarial de modificar el salario, de un lado, no puede tener efectos retroactivos, estando prevista únicamente para salarios no devengados⁴⁴ y, de otro, posee como límite el salario previsto en el convenio colectivo estatutario, salvo que la empresa hubiese procedido previamente a la inaplicación salarial por la vía que a continuación se analizará, prevista en el art. 82.3 del ET⁴⁵. Y, en la hipótesis de que no hubiese salario convencional, actuará como suelo retributivo el SMI.

Con independencia de si la modificación es individual o colectiva y a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, los trabajadores perjudicados por la misma tienen derecho a rescindir su contrato de trabajo y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades; posibilidad que antes tan sólo se preveía cuando la condición modificada afectaba al tiempo de trabajo⁴⁶. La modificación legal parece bien razonable porque una rebaja en la cuantía salarial –sea cuál sea su importe–, al afectar a un elemento tan esencial de la relación laboral, como es el salario,

⁴³ Cfr. SSAN 97/2013, de 20 de mayo, y 102/2013, de 24 de mayo; asimismo, SSTSJ de Aragón de 9 de noviembre de 2012 (rec. 638/2012), Galicia de 20 de diciembre de 2012 (rec. 4205/2012) y Asturias de 8 de febrero de 2013 (rec. 2915/2012).

⁴⁴ SAN 70/2013, de 12 de abril, puesto que no cabe reducir salarios de trabajo ya prestado, que han de retribuirse al precio convenido.

⁴⁵ Cfr. Gala Durán, C., “Modificación de la cuantía salarial por la vía de los arts. 41 y 82.3 del ET tras el RDL 3/2012 (Una primera aproximación al tema)”, A.L., núm. 11, 2012, La Ley 6006/2012, pág. 3 de 14.

⁴⁶ Vid. Roqueta Buj, R., “La flexibilidad interna”, cit., págs. 124 y 125.

implica un perjuicio para el trabajador y abre la posibilidad a esta vía extintiva⁴⁷. Como se sabe, esta alternativa no está supeditada a validación judicial. A pesar de que la decisión empresarial esté plenamente justificada, si el trabajador estima que se le ha perjudicado puede optar libremente por la extinción del contrato. Los tribunales tan sólo podrían valorar la licitud de esta extinción, si la empresa acciona por considerar que no ha producido tal perjuicio. En todo caso, importa destacar que el trabajador puede ejercitar la acción extintiva por perjuicio simple de la decisión empresarial sin sujeción al plazo de caducidad referido a la impugnación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo⁴⁸. Es más, el ejercicio de esta acción extintiva, se puede efectuar después de haber intentado fallidamente la impugnación de la decisión empresarial. El plazo del que dispone el trabajador a tal efecto es el ordinario de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo, esto es, un año a computar desde el día siguiente de la efectividad de la modificación (art. 59.2 ET).

En otro orden de cosas, tras la reforma de 2012, con la nueva redacción dada al art. 50.1 a) del ET, una modificación del importe salarial que se ajuste –en el fondo y en la forma– a lo previsto en el art. 41 del ET es muy difícil que justifique la resolución del contrato por tal vía, que cuenta con la indemnización más alta propia del despido improcedente. Y es a día de hoy, las modificaciones sustanciales que permiten la extinción judicial del contrato son sólo aquellas llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 del ET, que además redunden en el menoscabo de la dignidad del trabajador. Por consiguiente, una importante reducción del salario no es suficiente para poder optar por esta vía extintiva. Es necesario que se incumpla el contenido del art. 41 del ET⁴⁹.

⁴⁷ Vid., por ejemplo, la STSJ Galicia de 27 de noviembre de 2012 (rec. 33/2012), que reconoce este derecho a quienes han visto sustituido un sistema de comisión global por tienda por un sistema de comisión individual por venta.

⁴⁸ Vid., en referencia al traslado, STS de 29 de octubre de 2012 (RUD 3851/2011).

⁴⁹ Cfr. Monreal Bringsvaerd, E., “Reforma de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2012, págs. 296 a 298; y Roqueta Buj, R., “La flexibilidad interna”, cit., pág. 125 y *La flexibilidad interna...*, cit. 43.

3. MODIFICACIÓN DEL SALARIO PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO A TRAVÉS DEL PROCESO DE INAPLICACIÓN DEL ART. 82.3 DEL ET

3.1. Unificación del régimen jurídico de la inaplicación de condiciones de trabajo reguladas en un convenio colectivo estatutario

Desde una perspectiva general, importa destacar la mejora técnica que ha supuesto que se haya unificado en una sola figura jurídica la modificación de condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo estatutario. Con anterioridad a la reforma de 2012, el art. 41 del ET contemplaba, de una parte, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas tanto por la autonomía individual como por acuerdo o convenio extraestatutario y, de otra, la modificación de una serie de condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo estatutario, entre las que figuraba el “sistema de remuneración” (art. 41.6 ET, en su redacción anterior a la reforma). Por su parte, el art. 82.3 del ET preveía la posibilidad de inaplicar el “régimen salarial” establecido en un convenio colectivo estatutario. Esta dualidad de procedimientos establecidos al objeto de alterar la retribución de los trabajadores instaurada en convenio colectivo estatutario generaba dudas acerca de su respectivo ámbito de aplicación. Pues bien, con la nueva regulación se clarifica que, si lo que se quiere variar es la remuneración reconocida por contrato o convenio extraestatutario, la vía a seguir es la del art. 41 del ET. En cambio, si se trata de la remuneración regulada en convenio colectivo estatutario, es la del art. 82.3 del ET⁵⁰.

En efecto, con la reforma en estos momentos analizada, el vigente art. 41.6 del ET deja claro que la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios estatutarios debe realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3 del ET, que regula en exclusiva el citado procedimiento⁵¹. Este tipo de modificación, como se desprende del propio art. 83.2 del ET, puede afectar tanto a convenios colectivos estatutarios de sector o subsector –con independencia de su ámbito territorial– como de empresa. Además, por lo que aquí interesa, esta disposición legal deja de referirse al “régimen salarial” y contempla entre las materias susceptibles de alteración el “sistema de remuneración” y la “cuantía salarial”, quedando zanjada la discusión antes expuesta sobre si, afectado el “sistema de remuneración”, podían o no reducirse importes salariales.

⁵⁰ Precepto que también ha sido modificado por el RDL 11/2013, de 2 agosto.

⁵¹ Cfr. STS de 23 de octubre de 2012 (RUD 594/2012) y STSJ País Vasco de 14 de mayo de 2013 (rec. 8/2013).

3.2. Causas

Sentado lo anterior, con carácter previo a un somero análisis de las causas de descuelgue salarial, importa destacar que la reforma de 2012 las ha ampliado. Junto a las de naturaleza económica, ahora también pueden alegarse circunstancias técnicas, organizativas o de producción; razones que, a diferencia de lo indicado en el art. 41 del ET, se definen de una manera más precisa y de forma muy semejante a la recogida en el art. 51 del ET para el despido colectivo, con la diferencia del número de trimestres que da lugar a afirmar que existe una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas respecto de los datos del año anterior –en el caso de la inaplicación: dos trimestres consecutivos–.

Este acercamiento causal al art. 51 del ET podría interpretarse en el sentido de que la inaplicación de determinada regulación convencional en materia retributiva constituye una vía previa a la del despido colectivo, que puede servir para evitarlo o retrasarlo. Concepción ésta que quedaba expresamente manifiesta en la redacción precedente del art. 82.3 del ET⁵². Sin embargo, lo cierto es que, a día de hoy, si concurre causa y la medida de considera proporcionada, nada cabe reprochar a aquellas empresas que, habiendo recurrido lícitamente al descuelgue salarial, proceden a efectuar con posterioridad despidos objetivos. Y ello a pesar de la trascendencia que podría tener esta actuación empresarial en relación con el futuro cálculo de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo. Por lo demás, esta aproximación causal puede acabar convirtiendo la inaplicación del convenio y el despido en medidas empresariales alternativas, a pesar de que como indica la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 se ha pretendido promocionar la primera en detrimento de la segunda⁵³.

3.3. Alcance del concepto de “sistema de remuneración”

Resueltas las dudas acerca de si a través del procedimiento de inaplicación de un convenio colectivo estatutario pueden rebajarse las cuantías salariales,

⁵² Que señalaba que se podía proceder a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos supraempresariales cuando la empresa tuviese una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo.

⁵³ Vid., con más detalle, Castro Argüelles, M.A., “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones en convenio colectivo”, en AA.VV., *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Navarra, pág. 382.

cabe cuestionarse si la repetida expresión “sistema de remuneración” comprende sólo conceptos salariales o también extrasalariales. Esta cuestión en relación con el procedimiento del art. 41 del ET carece de significación, dado que la lista de condiciones modificables a su través es abierta. En cambio, la lista de condiciones modificables por la vía del art. 82.3 del ET es cerrada por cuanto se trata de alterar condiciones previstas en un convenio colectivo estatutario.

En la doctrina científica hay quien opina que toda vez que el art. 82.3 del ET, de una parte, vincula el concepto de “sistema de remuneración” al de “cuantía salarial” y, de otra, recoge entre las materias susceptibles de modificación las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”, la alusión al “sistema de remuneración” comprende sólo aquello que es salario⁵⁴. Queda vetada, por consiguiente, la inaplicación del convenio colectivo respecto de conceptos extrasalariales, salvo por lo que se refiere a las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”; posibilidad expresamente prevista en el art. 82.3 del ET.

A mi modo de ver, no obstante, a la vista de la jurisprudencia existente en torno al concepto de “sistema de remuneración”, la conclusión debe ser la contraria, esto es, que esta expresión engloba también indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral⁵⁵. En consecuencia, según mi opinión, resulta factible que una empresa, a través del procedimiento del art. 82.3 del ET, rebaje o elimine conceptos extrasalariales. Si por la vía del art. 82.3 del ET se puede alterar cualquier concepto salarial que constituye una contraprestación al trabajo realizado, con mayor razón podría ajustarse un concepto extrasalarial, por ejemplo las dietas, para adecuarlas a los precios reales del mercado o para adaptarlas a un nuevo horario o distribución del tiempo de trabajo. Y no parece que la referencia que efectúa el art. 82.3 del ET a las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social” sirva para argumentar lo contrario, sino que dicha referencia obedece, a mi juicio, a dos motivos⁵⁶: 1º) recordar a las empresas la posibilidad

⁵⁴ En este sentido, vid. Gala Durán, C., “Modificación de la...”, cit., pág. 8 de 14; y Poquet Catalá, R., “La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012”, A.S., núm. 7, 2012, BIB 2012/3079, pág. 6 de 11. Así lo ha considerado también finalmente la CCNCC que en sus Expedientes 04/2013, de 5 de abril, y 06/2013, de 28 de junio, entiende que los conceptos extrasalariales no se comprenden entre las materias contempladas en el art. 82.3 del ET.

⁵⁵ Vid. SSTS de 27 de junio de 2005 (rec. 94/2004) y 4 de abril de 2006 (rec. 111/2005). Vid., también, SAN 149/2012, de 28 de noviembre, relativa a la rebaja de un complemento *ad personam* que incluye “retribuciones y compensaciones de carácter salarial o extrasalarial” que cualquier trabajador tenga reconocida a título individual por encima de las cantidades establecidas en el convenio.

En sentido contrario, STSJ Andalucía de 26 de julio de 1994 (rec. 287/1993).

⁵⁶ Respecto del alcance de esta expresión, vid. Llopart Bennàssar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Madrid, 2007, págs. 233 y 251.

de racionalizar las mejoras convencionales a las prestaciones por IT, que en nada ayudan a atajar el absentismo de los trabajadores⁵⁷; 2º) una inaplicación del convenio colectivo en esta materia podría afectar a trabajadores que no están en activo, como por ejemplo los que tienen el contrato en suspenso *ex art. 47 del ET* y se hallan en situación legal de desempleo.

Por lo demás, la inaplicación del “sistema de remuneración” o de la “cuantía salarial” no tiene por qué suponer necesariamente una rebaja retributiva para todos los trabajadores afectados. Al contrario, puede suponer una mayor conexión del salario con su productividad o rendimiento o con los propios resultados de la empresa, diferenciando el salario de los trabajadores en función de estos ítems y teniendo como contrapartida mayor transparencia en torno a la productividad y situación económica de la empresa. La nueva definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la inaplicación del sistema de remuneración avala esta conclusión. En definitiva, por la vía del art. 82.3 del ET cabe introducir una diferenciación de salarios de los trabajadores en función de su rendimiento o vinculándolos a los resultados de la empresa.

3.4. Procedimiento de inaplicación: alternativas al descuerdo

El art. 82.3 párr. 2 del ET prevé que la inaplicación del sistema de remuneración y cuantía salarial previstos en convenio colectivo estatutario se efectúe a través de un período de consultas llevado a cabo en los términos del art. 41.4 del ET, de modo que todo lo anteriormente razonado sobre el mismo debe extrapolarse a este periodo de consultas⁵⁸. Además, al igual que lo dicho en relación con el periodo de consultas previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la omisión de este periodo a la hora de proceder a la inaplicación del sistema de remuneración y cuantía salarial comporta la declaración de nulidad⁵⁹.

En otro orden de cosas, a diferencia de la regulación anterior, la inaplicación salarial puede producirse tanto respecto de los convenios colectivos sectoriales como empresariales, de suerte que un “sistema de remuneración” o “cuantía salarial” pactados en un convenio colectivo de empresa puede ser revisado por los propios sujetos negociadores en un corto espacio de tiempo, favo-

⁵⁷ Del Rey Guanter, S., “La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, A.L., núm. 17, 2012 pág. 11 de 17, justifica la alusión específica a este tipo de mejoras en las consecuencias negativas a la hora de reducir el absentismo injustificado, como es el caso de los complementos por IT.

⁵⁸ Vid., con mayor detalle, Roqueta Buj, R., *La flexibilidad interna...*, cit., pág. 53 a 59.

⁵⁹ Cfr. SAN 149/2012, de 28 de noviembre, y STSJ de Asturias de 1 de marzo de 2013 (rec. 3125/2012).

reciando la capacidad de adaptación del salario a la situación económica de la empresa⁶⁰. En ambos casos, a la luz de la nueva regulación estatutaria, es dable pensar que las empresas podrían alcanzar la misma solución a través de otros mecanismos previstos en el ET, que están totalmente descausalizados.

Así, en el supuesto de que la regulación salarial que pretenda inaplicarse esté prevista en un convenio colectivo supraempresarial, podría intentarse un descuelgue empresarial en virtud del art. 84 del ET, que regula la concurrencia de convenios. Y, caso que la regulación salarial a modificar se halle en un convenio colectivo de empresa, a la vista del nuevo art. 86.1 del ET, podría optarse por la revisión del convenio colectivo durante su vigencia.

Pues bien, la virtualidad del procedimiento previsto en el art. 82.3 del ET en materia retributiva, no reside simplemente en que se ha relajado y ampliado el régimen de causalidad, sino que a diferencia de los dos mecanismos antes citados –que requieren finalizar con un acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa- ofrece alternativas a un eventual desacuerdo. En concreto, se contempla una batería de intentos de resolución voluntaria de la discrepancia –intervención de la comisión paritaria⁶¹, sometimiento de las partes a los procedimientos regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 del ET- a los que se añade, en última instancia, el arbitraje obligatorio, promovido por cualquiera de las partes en conflicto a cargo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o del correspondiente organismo autonómico –arbitraje que se puede incoar por decisión de las propias partes enfrentadas o de la CCNCC o del organismo autonómico y que se puede desarrollar bien mediante el nombramiento de un árbitro o bien decidiendo la propia CCNCC u organismo autonómico⁶². De modo que, en el proceso objeto de análisis, la falta de entendimiento entre las dos partes no blindaba, como antes sucedía –y ocurre con los dos mecanismos ya aludidos-, la posibilidad de modificar el salario en el ámbito de la empresa cuando se considere que ello es realmente necesario⁶³. En efecto, ante la falta de acuerdo entre los bloques sindical y empresarial en el

⁶⁰ Sobre las posibilidades de inaplicación de otro tipo de convenios, vid. Castro Argüelles, M.A., “Descuelgue salarial e...”, cit., págs. 377 y 378.

⁶¹ Respecto de la intervención de la comisión paritaria, cfr. STSJ Andalucía de 22 de mayo de 2013 (rec. 659/2013).

⁶² Vid. DF 2ª del ET y RD 1362/2012, de 27 de septiembre.

⁶³ Con todo, importa advertir que ya se ha dado un supuesto de imposibilidad de inaplicación de un convenio colectivo por falta de acuerdo en el seno de la CCNCC. Posibilidad acontecida en la Decisión de la CCNCC que resultó del expediente 03/2013, de 13 de marzo, si bien el asunto volvió a ser planteado ante la misma Comisión y resuelto definitivamente por la Decisión dictada a propósito del Expediente 06/2013.

seno de la CCNCC o del organismo autonómico correspondiente, la parte gubernamental tiene la potestad de solventar el conflicto⁶⁴.

La constitucionalidad de este arbitraje obligatorio es como se sabe objeto de una intensa controversia doctrinal, pues hay quien, de forma más o menos contundente, estima que es inconstitucional y quien defiende su constitucionalidad. El argumento principal de los primeros gira entorno a que la regulación del arbitraje a cargo de la CCNCC o de sus homónimas autonómicas se refiere a un laudo de obligado cumplimiento similar al del procedimiento de conflicto colectivo previsto en el RDLRT que en su día fue declarado inconstitucional por la STC 11/1981⁶⁵. Por su parte, de forma muy sintética, quienes defienden su constitucionalidad reparan en diversos aspectos del mismo, cuales son el carácter causal de la decisión arbitral, que constituye el último remedio para zanjar una controversia que ya ha sido objeto de varios intentos de solución y que la decisión arbitral tiene una vigencia limitada en el tiempo⁶⁶. A mi modo de ver, aunque este arbitraje obligatorio puede adolecer de una connotación en exceso gubernamental por el peso decisorio que puede tener la administración en caso de falta de acuerdo entre la parte laboral y la empresarial en el seno de la CCNCC o de los organismos autonómicos correspondientes -circunstancia que a la postre puede afectar al derecho a la negociación colectiva-, esta solución legal no puede ser calificada de antemano inconstitucional. En efecto, a la hora de valorar la constitucionalidad de una medida es preciso ponderar los derechos e intereses constitucionales que puedan estar en juego. Y, en este escenario, la obligación de los poderes públicos de garantizar y proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE), que pretende asegurar el mantenimiento de la empresa con sus respectivos puestos de trabajo, puede limitar en parte el derecho de la negociación colectiva de los agentes sociales. Pues bien,

⁶⁴ Vid., con mayor detalle, Blasco Pellicer, A., “El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, R.L., núm. 1, 2013, La Ley 19463/2012.

⁶⁵ Vid., entre otros muchos, Cruz Villalón, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, en AA.VV., *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete, 2012, págs. 416 a 421; Alfonso Mellado, C.L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación colectiva en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”, R.L., núm. 2, 2013, La Ley 1281/2013, pág. 11 de 15; y Gorelli Hernández, J., “El descuelgue del convenio colectivo estatutario, RGDTS, núm. 34, 2013, pág. 28 de 30. En fin, manifestando sus dudas, vid. Sala Franco, T., “La reforma de la negociación colectiva”, en AA.VV., Valencia, 2012, pág. 65; y Roqueta Buj, R., *La flexibilidad interna...*, cit., pág. 56 a 58.

⁶⁶ Vid., entre otros muchos, Goerlich Peset, J.M., “El Real Decreto-Ley 3/2012: Aproximación general”, en AA.VV., *La Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, 2012, pág. 32; Del Rey Guanter, S., “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 15 de 17; y Matorras Díaz-Caneja, A., “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en el convenio colectivo”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2012.

en la medida en que el límite impuesto por el legislador supone la instauración de un arbitraje obligatorio que se presenta como solución excepcional a un conflicto que ya ha pasado por diversas vías de composición de forma infructuosa, que será llevado a cabo por terceros imparciales y cuya solución será causal y temporalmente limitada, *a priori* puede entenderse que tal restricción resulta justificada y proporcional.

En fin, para que la nueva regulación del art. 82.3 del ET cumpla su objetivo es preciso que en las CCAA se hayan constituido los correspondientes organismos autonómicos⁶⁷ o que la CCNCC, en virtud del correspondiente convenio de colaboración entre la CA en cuestión y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, asuma la competencia de solventar en un ámbito autonómico las discrepancias por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo (DA 2ª del RD 1362/2012)⁶⁸. Si ninguna de estas dos circunstancias acontece, con el objetivo de evitar la subsistencia del conflicto planteado, la DA 6ª del RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, ha introducido una nueva previsión. En concreto, si en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del citado RDL 5/2013, las CCAA no hubiesen constituido y puesto en funcionamiento el órgano tripartito equivalente a la CCNCC o acordado la actuación de la CCNCC en su ámbito territorial, la propia CCNCC podrá, mientras no se constituyan dichos órganos equivalentes, conocer de las solicitudes presentadas por la empresa y los representantes legales de los trabajadores en materia de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo cuando dicha inaplicación afectase sólo a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de una CA. Esta nueva previsión, además de hacer inútil la firma del convenio de colaboración entre una CA y el Ministerio⁶⁹, suscita la duda de si supone una invasión competencial de las CCAA.

⁶⁷ Cfr. STSJ Asturias de 1 de marzo de 2013 (rec. 3125/2012), que estima que para proceder a modificar una condición de trabajo regulada en un convenio colectivo, si no se alcanza un acuerdo con los representantes de los trabajadores se debe seguir la batería de intentos prevista estatutariamente, sin que quepa entender que un servicio autonómico de solución extrajudicial de conflictos pueda asumir la función decisoria del organismo autonómico previsto en el penúltimo párrafo del art. 82.3 del ET.

⁶⁸ Como se sabe, la intervención de la CCNCC se encuentra desarrollada en el RD 1362/2012 y queda restringida a las solicitudes de intervención para la solución de discrepancias en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, así como cuando afecten a centros de trabajo en las ciudades de Ceuta y Melilla.

⁶⁹ Salvo que se entienda que el “podrá” utilizado en la DA 6ª del RDL 5/2013, lo es en sentido facultativo y no como una atribución de una nueva competencia de la CCNCC. Interpre-

Se trata de una cuestión de envergadura que excede los límites del presente estudio, pero que requiere una breve reflexión. El art. 149.7 de la CE reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas. De este modo, la competencia autonómica queda limitada a la ejecución de la normativa laboral, si bien comprende la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios, la gestión de las funciones y competencias que han sido transferidas, así como la de los fondos financieros destinados en su territorio a satisfacer las funciones y competencias transferidas. Pues bien, en la medida en que es la propia inactividad de la CA la que ha impedido, de una parte, poner en marcha el órgano tripartito que debe resolver la inaplicación de los convenios en su ámbito y, de otra, suscribir el correspondiente convenio de colaboración con el Ministerio para que la CCNCC conozca de dichos conflictos, no cabe considerar una invasión competencial la previsión de la DA 6ª del RDL 5/2013. La CCNCC, en efecto, tiene la competencia para conocer de este tipo de controversias, pero siempre y cuando la CA con su falta de actuación estime oportuno. Queda claro, por tanto, que con la regulación más reciente el legislador ha priorizado el objetivo de solventar las discrepancias sobre la inaplicación de un convenio colectivo, sin que ello suponga una invasión competencial de las CCAA que en cualquier momento en que consideren oportuno tienen la potestad de crear sus propios órganos tripartitos.

3.5. Límites a la inaplicación del convenio

La regulación del art. 82.3 del ET no sólo exige que se identifiquen las concretas condiciones del convenio a inaplicar, sino que la decisión final debe regular con exactitud las nuevas condiciones de trabajo a aplicar a los trabajadores. Así pues, resulta consustancial a este procedimiento de inaplicación la concreción precisa y exacta del nuevo “*sistema de remuneración*” o “*cuantía salarial*” aplicable a los trabajadores⁷⁰.

Asimismo, por expresa previsión del art. 82.3 del ET, “*el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en*

tación ésta última que se encuentra avalada por la propia Exposición de Motivos del RDL 5/2013, que indica que la citada DA prevé que la CCNCC conozca de las discrepancias surgidas por falta de acuerdo sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo, cuando dicha inaplicación afecte a centros de trabajo situados en el territorio de una CA, si en un plazo de tres meses dicha CA no hubiera constituido y puesto en funcionamiento un órgano tripartito equivalente a la Comisión, o suscrito un convenio de colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social acordando la actuación de la misma en su ámbito territorial.

⁷⁰ Como indica Roqueta Buj, R., *La flexibilidad interna...*, cit., pág. 59, de esta forma la inaplicación del convenio colectivo en modo alguno debe producir un vacío regulativo.

convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable a la empresa". La inaplicación del salario convencional es una herramienta de reorganización productiva que, en efecto, no puede servir para discriminar, directa o indirectamente, a los trabajadores en materia salarial⁷¹.

3.6. Eficacia del acuerdo

El acuerdo resultante poseerá eficacia personal general, dado que se ha adoptado entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 del ET⁷². Pero también tendrá eficacia general en los casos de negociación del acuerdo con las comisiones extraordinarias constituidas *ad hoc*⁷³. Respecto de la eficacia jurídica del acuerdo es cuanto menos pseudonormativa, dado que, a pesar de no exigirse legalmente siquiera que se le dote de publicidad a través de su inserción en diarios oficiales, se aplicará automáticamente en los términos previstos en su clausulado y no podrá ser modificado ni mediante pactos individuales⁷⁴ ni mediante el procedimiento del art. 41 del ET. A la postre, una eventual modificación de este tipo de acuerdo de descuelgue salarial ni siquiera sería posible mediante la adopción de un segundo acuerdo de inaplicación a través del procedimiento del art. 83.2 del ET. Este último precepto resulta claro al disponer que la inaplicación de las condiciones de trabajo sólo puede efectuarse en relación con las previstas en un convenio colectivo, sea éste de sector o de empresa⁷⁵. Este procedimiento, por tanto, no puede aplicarse a los acuerdos de empresa sobre inaplicación de condiciones de trabajo, que por otra

⁷¹ Respecto de una eventual discriminación de una reducción salarial que afecta sólo a los trabajadores indefinidos, vid. STSJ País Vasco de 14 de mayo de 2013 (rec. 8/2013).

⁷² Por lo que hace a la posibilidad de que la inaplicación afecte sólo a algunos trabajadores de la empresa, vid. Llano Sánchez, M., "La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos", A.L., núm. 22, 2010, La Ley 14593/2010, pág. 14 de 22; Castro Argüelles, M.A., "Descuelgue salarial e...", cit., pág. 378 y 379; y Gorelli Hernández, J., "El descuelgue del...", cit., pág. 23 de 30.

También, STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012), que indica que sobre el ámbito subjetivo del acuerdo, esto es, los trabajadores que se verán afectados por la medida empresarial, el legislador guarda silencio aunque lo normal será que afecte a toda la plantilla de la empresa. Pero en el caso de que se pactase que únicamente afecte a determinados grupos de trabajadores, esta decisión ha de venir perfectamente justificada amparándose en criterios objetivos y razonables para evitar cualquier vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

⁷³ Roqueta Buj, R., *La flexibilidad interna...*, cit., pág. 62.

⁷⁴ Cfr. Matorras Díaz-Caneja, A., "Reforma del régimen...", cit., pág. 405.

⁷⁵ Gorelli Hernández, J., "El descuelgue del convenio colectivo estatutario", RGDTS, núm. 34, 2013, pág. 5 de 30.

parte pueden contemplar una duración específica en función de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción concurrentes.

Por lo demás, los acuerdos y laudos arbitrales que se produzcan en el marco de la comisión del convenio colectivo, de los sistemas de solución extrajudicial previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómicos o de la CCNCC o de la correspondiente comisión autonómica, tendrán la misma eficacia que los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas (art. 82.3 ET).

3.7. Duración del acuerdo de inaplicación salarial

El art. 82.3 del ET no especifica a partir de qué momento el acuerdo produce sus efectos y, si en su caso, puede tener aplicación retroactiva. Sin embargo, la perseverancia del legislador en resolver de forma rápida esta cuestión apunta a que el acuerdo desplegará su efectividad en el momento en el que se alcanza una solución sobre la inaplicación salarial o en uno posterior si así lo acuerdan las partes. No cabe concertar su aplicación con efectos retroactivos. El acuerdo, en efecto, no puede afectar a salarios ya cobrados, pero tampoco a salarios ya devengados que no hayan sido percibidos. La exégesis del precepto no permite concluir que la inaplicación salarial tenga efectos retroactivos, sino de futuro. Entender lo contrario supondría obligar a los trabajadores a devolver parte de los salarios recibidos o, cuanto menos, devengados. Es más, la inaplicación salarial ni siquiera puede tener efectos desde la puesta en marcha del procedimiento o durante su tramitación, sino que sólo se puede aplicar a partir del acuerdo o conclusión del procedimiento de inaplicación mediante el laudo correspondiente⁷⁶.

Sentado lo anterior, el art. 82.3 del ET dispone que el acuerdo debe determinar su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa⁷⁷. Así pues, la inaplicación del régimen de remuneración o cuantía salarial es temporal, limitada en el tiempo, sin que sea posible que tenga carácter permanente. Esta previsión debe conjugarse, de un lado, con la posible revisión del convenio colectivo afectado por la inaplicación prevista en el art. 86.1 párr. 2º del ET. En esta hipótesis cabe concluir que la revisión, si afecta a la cuestión salarial, puede poner fin a la duración del acuerdo de inaplicación retributiva, por cuanto su vigencia se mantiene hasta que haya un nuevo convenio aplicable, que si es de empresa con

⁷⁶ Cfr. STSJ Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012).

⁷⁷ Si el nuevo convenio tiene eficacia retroactiva, cabe entender que se impone su regulación a la del acuerdo de descuelgue en este lapso temporal. Vid., en tal sentido, Gorelli Hernández, J., "El descuelgue del...", cit., pág. 23 de 30.

toda seguridad ya habrá considerado la nueva situación de la misma. De otro lado, el art. 82.3 del ET debe relacionarse con la nueva regulación sobre la ultraactividad de los convenios que contiene el art. 86.3 del ET. Según este precepto, salvo pacto en contrario, transcurrido un año desde la denuncia de un convenio –en el que caso que nos interesa cuyo régimen salarial ha sido inaplicable- sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, en la empresa deberá aplicarse el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación, si lo hubiere,. A mi modo de ver, esta previsión legal implica que, transcurrido el citado plazo, si no se ha logrado un acuerdo, ya sea con los representantes de los trabajadores o directamente con estos últimos, sobre el mantenimiento de las condiciones remuneratorias preexistentes hasta que se suscriba un nuevo convenio, dejará de aplicarse el pacto de descuelgue salarial dándose paso a las previsiones que en materia retributiva se contengan en el convenio colectivo de ámbito superior⁷⁸. Caso que dicho convenio no exista o no regule la cuestión salarial, el régimen jurídico aplicable será directamente el previsto en el Decreto por el que se fija el SMI. En mi opinión, no resulta de recibo que el convenio colectivo supraempresarial o empresarial pierda toda aplicabilidad y, en cambio, subsista el acuerdo que lo modifica hasta que se logre un nuevo pacto aplicable a la empresa, como podría inferirse del art. 82.3 del ET. Y es que, en el concreto caso de que el convenio colectivo denunciado fuese sectorial, resulta incongruente que a la mayoría de empresas comprendidas en su ámbito de aplicación se les aplique la regulación sobre el SMI y a la empresa que se descolgó de forma justificada del mismo –seguramente por razones económicas- las condiciones rebajadas que, en todo caso, serán superiores al SMI.

3.8. Posibilidad de impugnación del acuerdo por parte de los trabajadores afectados

A diferencia de lo que sucede con el periodo de consultas en los despidos colectivos⁷⁹ y de forma similar a lo indicado a propósito de la modificación sustancial colectiva del sistema de remuneración o cuantía salarial, según el art. 82.3 del ET, cuando el período de consultas finalice con acuerdo, se presumirá *iuris tantum* que concurren las causas justificativas de la inaplicación salarial, resultando que dicho acuerdo sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción

⁷⁸ Vid., en otros términos, Gala Durán, C., “Modificación de la...”, cit., pág. 11 de 14; Gorelli Hernández, J., “El descuelgue de...”, cit., pág. 23 de 30; y Poquet Català, R., “La actual configuración...”, cit., pág. 10 de 11.

⁷⁹ En los que no se presume la concurrencia de causa justificativa en caso de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión⁸⁰. En todo caso, tanto si se alcanza un acuerdo en el periodo de consultas, como si el mismo se logra recurriendo a mecanismos de solución extrajudicial de conflictos o al arbitraje forzoso de la CCNCC u organismo autonómico correspondiente, la impugnación del mismo deberá discurrir por el proceso de impugnación de convenios colectivos (arts. 91 ET y 163 y ss LRJS). De ahí que los motivos de impugnación indicados en el art. 82.3 del ET deban ponerse en relación con los expresados en el art. 163 de la LRJS, esto es, infracción de la legalidad vigente y lesión grave del interés de terceros⁸¹. Sea como fuere, resulta palmario que los trabajadores afectados cuentan con serias dificultades para impugnar la inaplicación salarial que les afecta, tanto por la presunción de que concurren las causas justificativas como por la falta de legitimación activa, que tan sólo ostentan sujetos colectivos o terceros lesionados (art. 165 LRJS)⁸². No cabe, en consecuencia, la impugnación individual por la vía del art. 138 de la LRJS.

Sin embargo, en atención al art. 163.4 de la LRJS⁸³, cabe la posibilidad de que los trabajadores reaccionen, mediante acciones individuales, de forma indirecta, atacando no el acuerdo, decisión o laudo, sino el acto empresarial pretendidamente cubierto por dichos instrumentos jurídicos por circunstancias excep-

⁸⁰ Sobre el alcance de esta dificultad, vid. Matorras Díaz-Caneja, A., “Reforma del régimen...”, cit., págs. 396 y 397. Respecto de la aplicación judicial de esta previsión, vid. STS de 27 de mayo de 2012 (RUD 90/2012).

⁸¹ Por su parte, la STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012) indica que al ser recurrible tanto el laudo arbitral como la decisión conforme al procedimiento y sobre las bases de los motivos establecidos en el art. 91 del ET, específicamente cabrá recurso en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral o de la CCNCC los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando se hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión incurriendo en incongruencia, o por no respetarse las reglas de imparcialidad e independencia de los árbitros, o por conculcarse normas relativas a derechos fundamentales, de manera que la posibilidad de impugnarlo por motivos de fondo no parece en principio plausible, si bien para garantizar la tutela judicial efectiva y la constitucionalidad del precepto hemos de preguntarnos si el legislador no debió haber previsto de manera clara la posibilidad de impugnación ante el órgano judicial por infracción de normas sustantivas o por motivos atinentes al fondo de la cuestión.

⁸² En relación con los inconvenientes de esta solución legal, vid. Roqueta Buj, R., *La flexibilidad interna...*, cit., págs. 63 y 64.

⁸³ Que dispone que “la falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho” y que “el juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”.

cionales, como lesión de la libertad sindical o vulneración de otros derechos fundamentales y libertades públicas⁸⁴. En los mismos términos, caso de aplicación incorrecta del contenido del acuerdo o laudo arbitral, los trabajadores podrán ejercitar acciones individuales para hacer valer sus derechos.

De forma específica, en relación con los laudos arbitrales dictados en el marco de los sistemas de solución extrajudicial previstos en los acuerdos interprofesionales de solución autónoma de conflictos laborales de ámbito estatal o autonómico o por la CCNCC u organismos autonómicos equivalentes, cabrá recurso en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

En otro orden de cosas, en virtud del art. 7.6 de la LISOS, también se tipifica como infracción grave la modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario sin sujeción al procedimiento del art. 82.3 del ET.

En fin, la no aplicación del procedimiento del art. 82.3 del ET a la hora de pretender la inaplicación de un sistema de remuneración o cuantía salarial prevista en un convenio colectivo estatutario conlleva la declaración de nulidad de la medida empresarial, que se debe instar mediante el proceso de conflicto colectivo⁸⁵.

3.9. Imposibilidad legal de opción extintiva por parte de los trabajadores afectados

Ya para finalizar, en aquellos casos en los que el descuelgue convencional venga referido a la remuneración, los trabajadores afectados, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de ajustes efectuados al amparo del art. 41 del ET, no tendrán la posibilidad de instar la resolución de sus contratos con indemnización. Esta circunstancia resulta paradójica. En efecto, si en una empresa se efectúa inicialmente una reducción del salario contractual equiparándolo al salario convencional, el trabajador cuenta con la alternativa de rescindir de forma indemnizada su contrato. En cambio, si con posterioridad se rebaja también el salario convencional, dicha alternativa ya no concurre⁸⁶. La razón de este desajuste puede estar relacionada con diversas cuestiones: en primer término, con la definición de las causas que son más restrictivas que en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, de modo que la situación en la

⁸⁴ Cfr. Matorras Díaz-Caneja, A., “Reforma del régimen...”, cit., pág. 414.

⁸⁵ Vid., en este sentido, SSTSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012) y Castilla y León de 28 de diciembre de 2012 (rec. 1842/2012).

⁸⁶ Cfr. ROQUETA BUJ, R., *La flexibilidad interna...*, cit., pág. 62 y 63.

que se halla la empresa es más grave resultando que el abono de indemnizaciones puede perjudicarla aún más; en segundo término, con el dato de que la inaplicación convencional siempre requiere acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sin que la empresa la pueda adoptar unilateralmente; y, en tercer lugar, la rebaja salarial efectuada en aplicación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo es definitiva, constituyendo una novación contractual a diferencia de la efectuada a través del art. 82.3 del ET que es meramente temporal. Con todo, nada obsta para que en el marco del procedimiento de inaplicación del salario profesional, o bien convencionalmente o bien en el periodo de consultas se acuerde una eventual extinción contractual indemnizada⁸⁷. Sin embargo, cabe tener presente que esta extinción no implicará que el trabajador se halle en situación legal de desempleo (art. 208 LGSS).

4. VALORACIÓN

4.1. Necesidad de aclarar legalmente el contenido de la expresión “sistema de remuneración”

En el presente estudio han quedado de manifiesto las discrepancias, tanto doctrinales como judiciales, entorno a la expresión “sistema de remuneración”. Ya no se trata de si esta locución comprende o no la cuantía salarial, sino si engloba o no conceptos extrasalariales. Como se ha tenido ocasión de comprobar, existen argumentos tanto a favor de su equiparación al concepto de salario como en pro de entender que se trata de una noción más amplia que comprende partidas no salariales. De ahí la necesidad de que el legislador se pronuncie sobre este particular y aclare si, en aplicación del art. 82.3 del ET, se pueden ver afectados sólo emolumentos salariales o también otros extrasalariales diferentes a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

4.2. Garantías para los trabajadores afectados por la reducción salarial

La reforma de 2012, en materia retributiva, a corto plazo promociona la rebaja de los salarios en aras de acomodar los costes laborales a las circunstancias de las empresas, asegurando su viabilidad y, por ende, el mantenimiento del empleo. Sin embargo, puede ocurrir que tras un ajuste salarial la empresa

⁸⁷ Posibilidad ésta última que se previó expresamente en el supuesto de hecho analizado por la STSJ de Castilla y León de 28 de diciembre de 2012 (rec. 1842/2012).

proceda a la extinción de contratos. Si se ha producido una disminución del salario contractual por la vía del art. 41 del ET, la extinción objetiva de los contratos, a la luz del art. 51 del ET, requiere un agravamiento de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justificaron la primera medida empresarial. De ahí que la adopción sucesiva de ambas medidas empresariales requiera el transcurso de un lapso temporal relativamente amplio. No cabe concluir lo mismo cuando la primera medida de reorganización empresarial ha sido la de inaplicar el salario convencional. En efecto, si se alegan razones técnicas, organizativas o de producción, en tanto que la descripción de las mismas en el art. 51 del ET es idéntica a la del art. 83.2 del ET, no parece que para proceder a posteriores extinciones contractuales se exija un agravamiento de la situación empresarial, ni siquiera que transcurra un importante lapso temporal. Supuesto específico es la alegación de causas económicas, dado que para proceder a la extinción objetiva de los contratos se requiere, respecto de la inaplicación salarial, un trimestre más de pérdidas o disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa.

El transcurso de un margen temporal entre estas dos decisiones empresariales puede ocasionar dudas sobre cuál debe ser el salario que sirva de módulo para calcular las indemnizaciones correspondientes, por cuanto como regla general se toma el del último mes, esto es, el reducido.

Pues bien, a la hora de concretar la repercusión del ajuste remuneratoria en el módulo salarial de la indemnización por despido, los tribunales valoran tanto si ha existido el propósito fraudulento por parte de la empresa de aminorar los derechos indemnizatorios de los trabajadores, como si la rebaja salarial se ha efectuado legalmente, de modo que si concluyen que el propósito antes citado ha concurrido⁸⁸ o que la alteración salarial se ha llevado a cabo de forma irregular⁸⁹ aplican como salario regulador el previo a la disminución salarial. En caso contrario, si la reducción salarial se ha efectuado lícitamente sin que se aprecie intención fraudulenta alguna por parte de la empresa, el salario módulo a efectos de la indemnización viene conformado por el del mes anterior al despido⁹⁰.

A mi juicio, la solución, siempre que se haya respetado la legalidad a la hora de la adoptar la decisión empresarial, debe ser diversa en función de si la rebaja salarial se ha efectuado aplicando el procedimiento del art. 41 del ET, por cuanto resulta definitiva, o la vía del art. 82.3 del ET, dado que es temporal.

⁸⁸ Cfr. STS de 30 de junio de 2011 (RUD 3756/ 2010) y SSTSJ de Madrid de 21 de junio de 2002 (rec. 2059/2002) y Andalucía de 5 de diciembre de 2012 (rec. 1495/2012).

⁸⁹ Vid. STSJ, ambas de Cataluña, de 26 de septiembre de 2002 (rec. 4258/2002) y 13 de abril de 2004 (rec. 6299/2003)

⁹⁰ STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011 (rec. 12/2011).

En el primer supuesto, la rebaja o supresión de la mejora salarial constituye una novación del contrato y, en consecuencia, el salario regulador a efectos indemnizatorios debe ser el resultante de dicha novación. En el segundo supuesto, sin embargo, la disminución salarial es transitoria, existiendo previsión legal expresa de que se vuelva a aplicar el salario convencional correspondiente (art. 82.3 párr. 6º ET) y sin que, por tanto, se haya producido novación contractual alguna, de modo que el salario que sirve de módulo de la indemnización puede equipararse al percibido por el trabajador antes de la inaplicación retributiva⁹¹.

En todo caso, habida cuenta de la laguna legal existente sobre este particular y con el fin de evitar posibles discrepancias a la hora de cuantificar las correspondientes indemnizaciones, en las preceptivas negociaciones entre la empresa y los representantes de los trabajadores, ya sea por una modificación sustancial del “sistema de remuneración y cuantía salarial” de índole colectiva o por la inaplicación del salario convencional, resulta conveniente que, además de instaurar compromisos sobre el mantenimiento del empleo⁹², se alcancen pactos sobre el salario regulador de las indemnizaciones que percibirán los trabajadores que previamente hubiesen padecido una rebaja salarial. En concreto, caso de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que constituye una novación contractual, cabría acordar que el módulo salarial se fuese acomodando a la nueva cuantía salarial reducida de forma progresiva. En el supuesto de que la empresa hubiera procedido a la inaplicación del salario convencional, al ser una medida transitoria, se podría corroborar que el salario regulador de la indemnización es el anterior al ajuste remuneratorio hasta la expiración de la vigencia del acuerdo de inaplicación o, al menos, pactar que el módulo salarial a efectos de indemnización se vaya adaptando gradualmente a las nuevas condiciones remuneratorias. En caso contrario podría darse la paradoja de que la flexibilidad salarial termine por favorecer la flexibilidad de salida, instrumento que el legislador, según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, parece relegar a la última alternativa.

4.3. Trascendencia de la rebaja salarial en el ámbito de la Seguridad Social

Por lo demás, no cabe perder de vista que todo ajuste salarial va a suponer, a la postre, una reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social, lo que a

⁹¹ En términos similares se pronuncia la STSJ de Aragón de 15 de julio de 2010 (rec. 525/2010), en relación con el módulo salarial a efectos de calcular la indemnización de un trabajador con jornada reducida consecuencia de un ERE.

⁹² Limitación que no plantearía dudas de legalidad toda vez que se acuerda en el ámbito de la propia empresa y, en todo caso, es temporal. Cfr. Tarabini-Castellani Aznar, M., *Las cláusulas de empleo en los convenios colectivos de Baleares en tiempo de crisis: problemas de legalidad*, Palma, 2009, págs. 80 a 82.

corto plazo afectará de forma importante a la financiación del sistema público; y, a largo plazo, provocará una rebaja en las prestaciones percibidas a cargo de la Seguridad Social de los trabajadores que en su día se vieron afectados por las iniciativas empresariales en materia de ajustes retributivos.