

CLAVES PRÁCTICAS
FRANCIS LEFEBVRE

**El «descuelgue» y
otras vías de
inaplicación del
convenio colectivo**

Actualizado a 31 de enero de 2014

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Ediciones Francis Lefebvre

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos
Coordinador del Área Laboral de Gómez-Acebo & Pombo

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE
Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos
Magistrada (supl.) del TSJ de Madrid

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 26,00 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-15911-42-5
Depósito legal: M-2951-2014
Impreso en España por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	Nº marginal
Introducción	
Capítulo 1. Vías para la inaplicación de condiciones de trabajo	40
Capítulo 2. Presupuestos objetivos	300
Capítulo 3. Materias afectables	500
Capítulo 4. Sujetos y supuestos especiales	700
Capítulo 5. Procedimiento	930
Capítulo 6. Consecuencias e impugnación	1420
Anexos	1600
Bibliografía	
Tabla Alfabética	

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
art.	Artículo
BOC	Boletín Oficial de Cantabria
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOCYL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CC	Código Civil
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
Const	Constitución Española
DGE	Dirección General de Empleo
disp.adic.	disposición adicional
disp.final	disposición final
DOCM	Diario Oficial de Castilla-La Mancha
DOCV	Diario Oficial de la Comunidad Valenciana
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público (L 7/2007)
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 1/1995)
L	Ley
LC	Ley Concursal (L 22/2003)
LGSS	Ley General de Seguridad Social (RDLeg 1/1994)
LO	Ley Orgánica
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985)
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011)
MEySS	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
MSCT	Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RDPDC	Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012)
Rec	Recurso
TCo	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Introducción

La **Reforma de 2012** (en realidad, iniciada en 2010 y continuada en 2013) alteró profundamente las bases tradicionales de diversas instituciones relevantes de nuestro sistema de relaciones laborales. La **negociación colectiva** es uno de los principales instrumentos de regulación de las condiciones de trabajo y el legislador reformista asumió como una prioridad la adaptación de estas condiciones a las concretas circunstancias de la empresa, eliminando así los obstáculos que dificultaban esa adaptación. Este planteamiento, aunque razonable y lógico, tiene sus **riesgos**, porque tanto en el problema cuanto en la «solución» influyen factores tan variables como la dimensión de la empresa, el sector de actividad, los recursos propios disponibles, las reinversiones realizadas o, por qué no decirlo, el beneficio esperado.

Las modificaciones operadas en estas materias dicen responder al **objetivo** de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las particulares circunstancias de la empresa. Se estructuran alrededor de **tres ejes principales**:

1. Descuelgues materialmente más amplios y procedimentalmente más sencillos.
2. Facilitar la prioridad del convenio colectivo de empresa.
3. Regular el régimen de ultraactividad de los convenios.

De uno u otro modo, estas tres alteraciones vinieron a restringir la **eficacia de los convenios colectivos** por lo que es comprensible que hayan suscitado reacciones de todo tipo, la mayoría desfavorables; movimientos tendentes a conjurar su eficacia, muchos de ellos a modo de autodefensa de los propios convenios amenazados; o protestas de inconstitucionalidad, en especial sobre la posibilidad de que lo pactado sea alterado mediante convenios de mucho menor tamaño o decisiones arbitrales no buscadas de modo voluntario por trabajadores y empleadores.

Con las coordenadas propias de la colección en que se inserta, aquí se examina la vía prototípica habilitada para que el convenio vigente deje de aplicarse en sus propios términos cuando la **empresa** atraviesa **dificultades**: la inaplicación del convenio generalmente identificada como descuelgue y que propicia la existencia de numerosas dudas acerca de su regulación, operatividad y legalidad.

En el **Capítulo 1** se hará un esfuerzo, aunque necesariamente breve, por delimitar la figura de otras emparentadas como son la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la negociación de un convenio de empresa cuando está aplicándose otro de ámbito superior; como es natural, también aquí habrá de realizarse una primera identificación de los perfiles que la regulación de la inaplicación del convenio posee en la actualidad.

La figura examinada está sujeta a una estricta causalidad, excediendo a las facultades propias del *ius variandi* que posee el empleador. Del mismo modo que el despido colectivo o la movilidad geográfica, la inaplicación de convenio instada por la empresa ha de basarse en causas que afecten a su estabilidad (razones económicas, técnicas, organizativas o productivas). Por ello el **Capítulo 2** se ocupará de examinar estos auténticos presupuestos objetivos del descuelgue, entrando en el detalle de cada uno de ellos.

Por su lado, el **Capítulo 3** aborda el objeto material, esto es, el elenco de materias respecto de las que cabe postular la inaplicación del convenio. Superada la etapa en que solo cabía respecto de magnitudes salariales, habrá que precisar el alcance de los tópicos manejados por la norma, tales como jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones o mejoras voluntarias.

Del mismo modo que puede hablarse de presupuestos objetivos o ámbito material del descuelgue, es claro que posee enorme relevancia el examen de quiénes son los sujetos intervinientes y cuáles son sus respectivas competencias o funciones. El empleador, la representación de los trabajadores, la Comisión paritaria del convenio colectivo, los *solucionadores* externos, o la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y sus epígonos autonómicos. El **Capítulo 4** aborda todas esas cuestiones, prestando atención especial a los supuestos en que se cuenta con entes empresariales complejos (por su estructura grupal, o por aplicar convenios colectivos diversos), empresas declaradas en concurso o pertenecientes al sector público.

Estamos ante una institución causal, materialmente acotada y subjetivamente exigente, pero también sujeta a un procedimiento reglado. De ahí que el **Capítulo 5** examine el procedimiento que debe seguirse. Para ello es preciso separar las diversas fases: preparación, iniciativa, información y consultas, negociación; al hilo de tales hitos cronológicos se expone el modo de documentar las causas de la pretendida inaplicación, el alcance de los deberes negociadores o los requisitos para alcanzar acuerdos. También en este Capítulo halla acomodo la posibilidad de que se dicte un laudo que ponga término al procedimiento, incluso sin que las partes hayan estado de acuerdo en que así suceda, cuestión tan crucial como polémica.

Por último, el **Capítulo 6** cierra la exposición con el repaso a las posibles reacciones frente a los acuerdos o laudos que se produzcan (imponiendo o rechazando el descuelgue), contrastando esa regulación con la propia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Se ha optado, como requiere la Colección en que se encuadra el estudio, por un estilo directo y práctico; las decisiones judiciales (llevando el necesario cuidado de evitar traer a colación criterios disfuncionales respecto de la vigente regulación), los laudos dictados, las normas legales o reglamentarias, los estudios doctrinales y las propias concepciones acerca del modo de entender el Derecho del Trabajo interaccionan al hilo de toda la exposición. Se trata de una materia dinámica y en plena transformación, por lo que la prudencia en la

adopción de tesis interpretativas ha de extremarse, al tiempo que procede abrir hipótesis aún sin contrastar. La detección de las *claves prácticas* ha impulsado a los autores a cuidar con esmero nuestra misión pedagógica; de ahí los esfuerzos por conseguir una redacción sencilla o las listas de conceptos básicos con que termina cada Capítulo.

Capítulo I. Vías para la inaplicación de condiciones de trabajo

A. Identificación de los supuestos.....	45	40
B. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.....	70	
1. Marco jurídico de la modificación sustancial.....	80	
2. Modificaciones individuales y colectivas.....	93	
3. Materias susceptibles de modificación.....	100	
4. Comparación entre descuelgue y modificación sustancial... ..	115	
C. Prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias.....	160	
1. Antecedente y reformulación.....	160	
2. Ámbito material.....	165	
3. Momento de la negociación.....	175	
4. Cuestiones conexas.....	180	
D. Inaplicación del convenio.....	190	
1. Fuerza vinculante de los convenios colectivos estatutarios... ..	195	
2. Caracterización general.....	210	
3. Regulación básica.....	220	
4. Inaplicación de convenios extraestatutarios.....	230	
5. Convenios inaplicables.....	240	
6. Determinación de las nuevas condiciones.....	250	
7. Régimen jurídico: los ajustes de 2013.....	255	
E. Resumen de claves.....	265	

A. Identificación de los supuestos

La **reforma** operada por el RDL 3/2012 (convalidado por L 3/2012) ha supuesto un cambio radical en el modelo de relaciones laborales imperante hasta el momento. Estos cambios no se han limitado a una mera reordenación de las materias que se consideraba precisadas de una mayor atención, sino que han afectado los propios pilares del Derecho del Trabajo español; según el propio legislador, su propósito es superar las debilidades de nuestro modelo laboral¹.

Aparece así, un conjunto de **objetivos** que persiguen la tan invocada **flexiseguridad**: incrementar la empleabilidad de los trabajadores; fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo; incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo; favorecer

¹ El preámbulo del RDL 3/2012 consideró preciso atajar de raíz los problemas estructurales del modelo laboral español a través de la reforma de envergadura, que venían reclamando desde hace tiempo las instituciones comunitarias e internacionales.

la eficiencia del mercado de trabajo con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo.

Una de las medidas con mayor incidencia sobre el sistema de relaciones laborales es la referida a la potestad del empresario de efectuar **cambios** –por diferentes vías– en las **condiciones de trabajo** reconocidas a los trabajadores. Cree el legislador que la mejor y más eficaz alternativa a la destrucción de empleo radica en garantizar la flexibilidad interna de las empresas, de forma que éstas puedan responder a la situación actual de los mercados mediante el recurso a decisiones diferentes a la extinción del contrato de trabajo y que, al tiempo que preservan el nivel de empleo en la empresa, permiten la adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de la empresa en un momento determinado.

50 Modificaciones sustanciales de trabajo (ET art.41 –modif RDL 11/2013 y L 3/2012–) En este escenario se incide sobre los diversos sistemas de modificación de condiciones de trabajo vigentes hasta ese momento. Así, en el marco estatutario la reforma de 2012, se procede a:

– simplificar la distinción entre modificaciones sustanciales **individuales y colectivas**;

– se incluye la modificación sustancial de funciones y de **estructura y cuantía salarial** como causa de rescisión indemnizada del contrato de trabajo.

El capítulo III de la L 3/2012, que posee un título tan extenso como descriptivo («Medidas para favorecer la **flexibilidad interna** en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo»), agrupa diversas medidas bien heterogéneas. Con la idea de que el sistema de instituciones laborales previo es inadecuado para la situación de una economía moderna y competitiva, se introducen **cambios de relevancia**. Guste o no, es significativo que uno de los temas abordados desde esa óptica sea el de los convenios y la negociación colectiva: a partir de esa base se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de *ultraactividad* de los convenios colectivos.

55 Inaplicación de Convenios (ET art.82.3 –modif RDL 11/2013 y L 3/2012) Tras la reforma del 2012, la posibilidad de inaplicación del convenio colectivo en empresas en **situación desfavorable** no queda sólo referida a la inaplicación del régimen salarial, sino que esa posibilidad de descuelgue se reconoce respecto de todo un elenco de **condiciones de trabajo** previstas en el convenio de aplicación en la empresa, ya sea éste un convenio de empresa o de ámbito superior a la misma. Lo que ha querido el legislador es que la negociación colectiva, lejos de ser un obstáculo, se convierta en un instrumento para adaptar las condiciones laborales a las necesidades de la empresa garantizando así su viabilidad.

Con ese propósito común de que las condiciones de trabajo, y por ende el convenio colectivo donde las mismas se contemplan, se adapte «a los cambiantes escenarios económicos y organizativos», se incorporó la posibilidad de

que la negociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio.

Prioridad del convenio de empresa (ET art.84.2 –modif L 3/2012 y RDL 7/2011–) **60**

Una de las materias más debatidas en los últimos meses se refiere a la inadecuación de los grandes convenios sectoriales cuando se trata de aproximarse a una concreta empresa. Por eso no extraña el deseo legislativo de facilitar una negociación de las condiciones laborales en el **nivel más cercano y adecuado** a la realidad de las empresas y de sus trabajadores.

La **reforma de 2011** ya se ocupó del tema e introdujo importantes cambios, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo (RDL 7/2011). Sin embargo, lo cierto es que la efectiva descentralización de la negociación colectiva (o sea: la primacía del convenio empresarial concurrente) se dejó en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa. La novedad que ahora se incorpora va encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores.

Ahora, tras la reforma de 2012, se reconoce la **prioridad aplicativa** del convenio de empresa en diversas materias y, lo que es casi más importante, se admite la posibilidad de que surja en cualquier momento, con independencia de que se esté aplicando un convenio de ámbito superior (L 3/2012).

Novedades principales En suma, tras la reforma: la empresa puede **desplazar la aplicación de lo pactado colectivamente** de diversos modos: **65**

- Mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa. En cualquier momento y respecto de las materias listadas por la Ley (nº 160).
- Mediante el descuelgue. Solo si existe causa y se sigue el procedimiento legalmente establecido; es imprescindible también el acuerdo, aunque un laudo arbitral puede desempeñar el mismo papel (nº 220 s.).
- Mediante una modificación sustancial de condiciones de trabajo: respecto de lo pactado colectivamente pero no mediante convenio. En este caso la mera voluntad empresarial puede bastar para introducir el cambio (nº 70 s.).

B. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

(ET art.41 –modif RDL 11/2013 y L 3/2012–)

La posibilidad de modificar las condiciones de trabajo en los términos y con los condicionantes tradicionalmente establecidos por el ET art.41, ha sido una de las previsiones que ha resultado afectada por la flexibilización del marco sociolaboral efectuado por la L 3/2012. **70**

Bajo el **concepto** de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT), se comprende según jurisprudencia consolidada, «aquella de tal natu-

raleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral... pasando a ser otras distintas de modo notorio» (TS 3-12-87, EDJ 8988); desde esta perspectiva, la modificación sustancial encuadrada en el ET art.41 es aquella que afecta a determinadas materias, que requiere de una cierta intensidad y que tiene una determinada vigencia (TS 26-4-06, EDJ 76734)².

Las reformas recientes no han afectado al propio concepto de modificación sustancial, por lo que ha de afrontarse conforme a los parámetros clásicos, que presuponen el estudio y valoración de cuantas circunstancias concurren en cada supuesto³.

Se persigue resaltar la figura de la MSCT, sus aspectos para facilitar el contraste con las técnicas de inaplicación del convenio. Se trata de **vías excluyentes y alternativas**; en función del tipo de condiciones que se desee alterar, habrá de seguirse una u otra; asimismo, las consecuencias o posibilidades de reacción también son heterogéneas para los afectados.

I. Marco jurídico de la modificación sustancial

(ET art.41 –modif RDL 11/2013 y L 3/2012–)

- 80** El Estatuto de los Trabajadores permite que el empresario lleve a cabo modificaciones sustanciales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En aras a clarificar cuando se entiende producida la concurrencia de las **causas justificativas** de la modificación sustancial, el legislador considera como tales las relacionadas con «la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Se debe destacar en este punto varias ideas básicas para la comprensión de las causas que habilitan al empresario para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo.

- 85 Procedimiento de modificación** Tras la reforma de 2012 el procedimiento sigue fundando la validez de la modificación en la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Supone

² A modo de ejemplo y desde la perspectiva señalada, esta Sentencia no consideró modificación sustancial la modificación referida a un cambio en el lugar de la prestación de servicios a otro lugar ubicado a 13,4 kilómetros del antiguo centro de trabajo, con parada de autobús cerca del nuevo centro (TS 26-4-06, EDJ 76734). Y ello porque al mantenerse en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, salvo el lugar de prestación de servicios, la mayor onerosidad que podría suponer el desplazamiento al nuevo centro tiene una importancia escasa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red.

³ El TS 22-7-13, EDJ 168357, determinó que el cambio en el sistema de compensación de los gastos soportados por el trabajador con motivo del trabajo, era una simple modificación que carecía de la condición de sustancial porque el cambio no hacía más onerosa la prestación del servicio, ya que la empresa seguía compensando al trabajador por el gasto soportado en la misma cuantía que antes. Lo único que cambiaba es que el trabajador antes podía cobrar el total de la dieta aunque gastase menos, mientras que tras la modificación la empresa sólo abonaba el gasto realmente tenido.

que el empresario debe hallarse en condiciones de probar la **veracidad** de la concurrencia de tales **causas** para que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se considere justificada. Debe retenerse que, en última instancia, la decisión modificativa del empresario puede quedar sujeta al **control judicial** que incidirá tanto en el análisis de la real y efectiva concurrencia de las causas alegadas cuanto en el procedimiento seguido para su puesta en práctica.

Causas de modificación Las causas que alegue el empresario para justificar la adopción de la medida modificativa deben estar relacionadas con «la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». Ello supone que no podría fundamentarse una decisión empresarial de modificar, por ejemplo, la jornada de trabajo en meras razones de conveniencia, sino vinculando esa decisión a una mejora de la competitividad, de la productividad de la empresa, o a necesidades de organización técnica o de organización del trabajo en la empresa, a fin de superar una situación actual negativa en términos económicos, de productividad u organizacionales que impiden o dificultan una mayor competitividad de la empresa, es decir, deben ser aspectos objetivos⁴. **90**

2. Modificaciones individuales y colectivas

(ET art.41.2 –modif L 3/2012–)

Con la Reforma se ha producido una **simplificación** de lo establecido en el ET art.41, a fin de aproximar su regulación a la establecida legalmente para otras medidas de flexibilidad interna y externa. La modificación sustancial de condiciones de trabajo se produce sobre las condiciones de trabajo reconocidas por contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. A los efectos de identificar el procedimiento que debe seguir el empresario para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, se considera que una modificación es **colectiva** cuando, en un período de noventa días, la decisión modificativa del empresario, afecte al menos a:

- a)** Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b)** El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c)** Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

⁴ Conforme a lo previsto en el TSJ País Vasco 19-11-13, EDJ 237980 la decisión del empresario de modificar sustancialmente condiciones de trabajo que «descansa en razones de oportunidad y conveniencia empresarial – «operatividad, informatización y gestión» – que no encuentran acomodo en las categorías previstas en el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, son jurídicamente irrelevantes, carecen de consistencia, y no resultan atendibles a derecho».

La modificación es **individual** cuando afecte a un número –o a un porcentaje– de trabajadores inferior al señalado, en el período de referencia de noventa días.

- 95** Desde una perspectiva práctica, debe retenerse que será el carácter individual o colectivo de la modificación el factor determinante del **procedimiento** que haya de seguirse:
- modificaciones **individuales**: el procedimiento se limita a la notificación por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad;
 - modificaciones de carácter **colectivo**: el empresario debe abrir un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, durante los cuales las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

PRECISIONES Resulta, por tanto **nula**, la **decisión empresarial** que entraña una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con base en un precepto que no le autorizaba a actuar en la forma en que lo hizo, al no haberse seguido el trámite previsto en el ET art.41; máxime cuando la empresa no intentó tan siquiera una mínima negociación con el Comité de Empresa antes de adoptar la medida adoptada, limitándose a informarle «ex post» de su decisión (TSJ País Vasco 19-11-13, EDJ 237980).

3. Materias susceptibles de modificación

(ET art.41.1 –modif L 3/2012–)

- 100** El Estatuto de los Trabajadores incluye una lista de las materias cuya modificación se considera sustancial. **No** se trata de una **lista cerrada**, sino que puede haber modificaciones que aun afectando a materias distintas se consideren sustanciales. Entre otras, el artículo mencionado se refiere de forma expresa a:
- Jornada de trabajo.
 - Horario y distribución del tiempo de trabajo.
 - Régimen de trabajo a turnos.
 - Sistema de remuneración y cuantía salarial.
 - Sistema de trabajo y rendimiento.
 - Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el ET art.39.

No basta con que la decisión modificativa del empresario afecte a alguna de las materias enumeradas para que la modificación se considere sustancial y deba, por tanto, someterse al procedimiento previsto en el ET art.41. Dicho de otra forma, la lista que contiene el Estatuto «es **abierta y meramente ejemplificativa**, por lo que no toda modificación de dichas materias es necesariamente sustancial, y caben modificaciones sustanciales de materias fuera de dicha lista»⁵.

⁵ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La modificación sustancial de condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art.41 ET», AS, 3/2009, BIB 2009\289.

Sustancialidad de la modificación También el Tribunal Supremo opta por este criterio, vinculando la sustancialidad al alcance de la modificación de la condición de trabajo efectuada por el empresario. Así, el Tribunal Supremo ha entendido:

1. Que la decisión unilateral del empresario de proceder a la deflación del escalado de comisiones no implicaba vulneración del ET art.41, al no afectar ni al régimen de remuneración, que se mantenía invariable, ni al sistema de trabajo y rendimientos, por lo que el empresario no quedaba sujeto al cumplimiento de los trámites previstos en esa norma estatutaria (TS 22-11-05, EDJ 214119).

2. Siguiendo esta misma línea interpretativa se estableció que finalizada la vigencia de un pacto extraestatutario que establecía un plus salarial, que no constituía una condición más beneficiosa, se posibilitaba que el empresario modificase unilateralmente su contenido, y ello no suponía modificación sustancial de las condiciones de trabajo siendo innecesaria la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el ET art.41⁶ (TS 14-5-13, EDJ 89770).

Novedades en el listado de materias (ET art.41.1 –modif L 3/2012–) Nótese que en el listado de materias susceptibles de modificación sustancial se incluye ahora la **cuantía salarial**, lo que constituye, sin duda, una novedad importante, puesto que, inicialmente, el precepto citado no incluía entre las materias susceptibles de modificación ni el sistema de remuneración ni la cuantía del salario⁷. De hecho, los Tribunales habían descartado, que la cuantía salarial constituyera una condición de trabajo susceptible de modificación sustancial; lo que implicaba que el empresario que quisiera acometer una **modificación** del sistema de **remuneración** o de la cuantía del salario debía hacerlo por una vía diferente de la que ahora se analiza.

Actualmente, por tanto, lo relevante para acudir a la MSCT o al descuelgue ya no es la materia o el número de trabajadores afectados, sino la fuente de la que proceden las cuestiones que se desea alterar: si se encuentran en un convenio colectivo ha de acudir, en todo caso, al descuelgue, esto es, a la **técnica de inaplicación** contemplada en el ET art.82.3.

⁶ Como sintetiza la sentencia TS 22-1-13, EDJ 10496, con cita de otras sentencias de la misma Sala, en cada caso ha de entrarse a analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza sustancial o no, partiendo que la relación de condiciones de trabajo del ET art.41 párrafo. 1º es meramente ejemplificativa y no exhaustiva (TS 9-4-01, EDJ 16048; 9-12-03, EDJ 209452; 10-10-05, EDJ 197780 y 26-4-06, EDJ 76734).

⁷ En los términos en que lo expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si ahora esta condición es susceptible de modificación por la vía prevista en el ET art.41, es porque se ha producido un cambio legislativo. De esta forma, se viene a significar la nulidad de las modificaciones empresariales que afectasen a la cuantía del salario y que se hubiesen llevado a cabo antes de la entrada en vigor de la reforma de 2012 (TS 12-6-13, EDJ 134450).

4. Comparación entre descuelgue y modificación sustancial

(ET art.41 y 82.3 –modif RDL 11/2013 y L 3/2012–)

- 115** El ET establece **dos mecanismos** que permiten a los empresarios evitar la aplicación de ciertas condiciones de trabajo cuando las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción por las que atraviesa la empresa así lo requieran.
- De un lado, la **modificación sustancial** de condiciones de trabajo, permite a los empresarios llevar a efecto cambios sustanciales en condiciones reconocidas a los trabajadores por contrato de trabajo, por acuerdos o pactos colectivos o en las disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (ET art.41).
- Por su parte, la **inaplicación de condiciones de trabajo** («el descuelgue») que supone que por **acuerdo** entre la **empresa y la representación de los trabajadores**, se proceda a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable (ET art.82.3).
- 120** A simple vista, ambos **mecanismos parecen iguales**, al menos en lo que a su objeto refiere. En ambos casos se pretende buscar una solución a un problema por el que atraviesa la empresa que se traduce en dificultades económicas o sencillamente en su falta de competitividad, productividad o en necesidades de organización técnica o del trabajo en la empresa; también en ambos casos la apreciación sobre la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a los efectos del ET art.41 y 82.3 implica una relación de dependencia lógica o conexión entre el supuesto de hecho problemático para la empresa (relacionado con la competitividad, la productividad u la organización técnica o del trabajo en la empresa) y la medida de ajuste laboral que se propone. Y si dicha conexión falta, la medida deberá considerarse injustificada.
- Sin embargo, ambos presentan **diferencias sustanciales** que serán objeto de estudio posteriormente.
- 125 Materias** La lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta, lo que permite al empresario la alteración de condiciones de trabajo no incluidas expresamente en ese listado.
- La lista de materias de las que se puede solicitar el descuelgue es cerrada. Falta en el ET art.82.3 la expresión «entre otras» que sí se recoge en el art.41. A cambio se incluyen expresamente las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el ET art.41.
- 130 Carácter sustancial** El ET prevé al menos dos tipos de cambios en las condiciones de trabajo. En primer término, la simple modificación de condiciones de trabajo que el empresario puede ordenar como manifestación del ejercicio ordinario del poder de dirección; en segundo lugar, la modificación sus-

tancial de condiciones de trabajo que requiere que se siga un procedimiento ad hoc (ET art.41).

Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art.41.

No se encuentra en el ET art.82.3 referencia alguna a la sustancialidad de las condiciones de trabajo objeto de inaplicación, de lo que se deduce que para el legislador todas las alteraciones de las condiciones de trabajo, con independencia de que pudieran considerarse sustanciales o no, deben quedar sometidas al procedimiento de descuelgue previsto en el ET art.41.4 al que remite el art.82.3.

Fuente El empresario habrá de acudir al procedimiento de **modificación sustancial de condiciones** de trabajo –previsto en el ET art.41– cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Por el contrario, ha de acudirse al **descuelgue** cuando las condiciones de trabajo que se pretenden inaplicar estén previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa.

Carácter individual o colectivo El ET art.41 diferencia el procedimiento a seguir en función de si la **modificación sustancial** que pretende llevarse a cabo tiene carácter individual o colectivo. A estos efectos, la modificación es de carácter **colectivo** cuando, en un período de noventa días, afecte, al menos, a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. Por su parte, es **individual** la modificación que, en el mismo periodo de referencia, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.

En la regulación del **descuelgue** no se hace ninguna referencia al posible carácter individual o colectivo de la inaplicación (ET art.82.3). Con independencia de cuál sea el número de trabajadores afectados por la inaplicación, habrá de seguirse el procedimiento allí previsto.

Finalización del procedimiento En última instancia, la decisión de **modificación sustancial** de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario. Así lo señala el ET art.41 cuando prevé que una vez haya terminado el período de consultas sin haberse alcanzado un acuerdo, la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores. La modificación individual de condiciones de trabajo no se somete a ningún período de consultas, y es el empresario quien decide unilateralmente acerca de la modificación, que surtirá efectos con la simple notificación de su decisión a los trabajadores.

El **descuelgue** o inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario. En este caso, si el período de

consultas **finaliza sin acuerdo** se abren varias posibilidades para el descuelgue: someter la discrepancia a la comisión del convenio (ET art.82.3):

- recurrir a los procedimientos de solución de conflictos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico;
- en defecto del anterior, someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas.

150 Impugnación Frente a la decisión empresarial de **modificar sustancialmente** las condiciones de trabajo (ET art.41), el trabajador disconforme con la decisión empresarial puede impugnarla ante la jurisdicción social; la sentencia ha de declarar la modificación justificada o injustificada y, en este caso, reconoce el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Además, en los supuestos de modificación sustancial de: jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el ET art.39, el trabajador que resultase perjudicado por la modificación sustancial, podrá **rescindir su contrato** percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Frente a las decisiones de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, se puede reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual antes mencionada.

155 El acuerdo de **descuelgue** de las condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo sólo puede impugnarse ante la jurisdicción social por la existencia de **fraude**, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (ET art.82.3).

El **laudo arbitral o la decisión** de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, que resuelva la procedencia o improcedencia del descuelgue sólo es recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el ET art.91; esto es, podrá impugnarse por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos, y específicamente cuando 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 (ET art.91 –modif RDL 7/2011).