

## EL ARBITRAJE AL SERVICIO DEL INTERÉS EMPRESARIAL: EL PAPEL DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS EN EL PROCEDIMIENTO DE DESCUELGUE DEL CONVENIO COLECTIVO

**Juan Bautista Vivero Serrano**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*

*Profesor Tutor del Centro Asociado de la UNED de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Francisco J. PÉREZ NAVARRO, don Carlos ALFONSO MELLADO, don Juan LÓPEZ GANDÍA, doña Isabel MERENCIANO GIL y doña Lourdes PARAMIO NIETO.

---

### EXTRACTO

El presente estudio aborda el papel del arbitraje en el procedimiento de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo estatutario. La nueva regulación del artículo 82.3 del ET sitúa el descuelgue entre la negociación colectiva debilitada y las facultades empresariales asistidas por terceros. La clave de la nueva regulación es la satisfacción del interés empresarial, para lo cual el legislador somete a la representación de los trabajadores a una enorme presión durante el periodo de consultas, en la medida en que la falta de acuerdo de empresa no impide finalmente el descuelgue, máxime tras la desequilibrada regulación legal y reglamentaria del arbitraje obligatorio y público por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Especial atención se dedica al arbitraje obligatorio, empezando por el análisis constitucional de la regulación legal, continuando con el entramado institucional necesario para el funcionamiento del mismo y terminando con la valoración de las primeras experiencias y el control judicial.

**Palabras claves:** inaplicación del convenio colectivo, arbitraje, arbitraje obligatorio y Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013 / Fecha de revisión: 14-10-2013*

## THE ARBITRATION AT THE SERVICE OF BUSINESS INTEREST: THE ROLE OF THE NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON COLLECTIVE AGREEMENTS IN THE PROCEDURE OF NON- APPLICATION OF THE COLLECTIVE AGREEMENT

Juan Bautista Vivero Serrano

---

### ABSTRACT

This paper discusses the role of the arbitration in the procedure of non-application of the statutory collective agreement. The new regulation of the article 82.3 ET situates the non-application between the weakening of collective bargaining and the assistance of business powers by third parties. The key of the new regulation is the satisfaction of the business interests, for which the legislator submits to the worker representation to an enormous pressure during the consulting period, as the absence of agreement at company level does not finally avoid the non-application, especially after the unbalanced regulation (both in the legal and under-legal level) of the compulsory and public arbitration on the part of the National Advisory Commission on Collective Agreements. Special attention is paid to the obligatory arbitration, starting by the constitutional analysis of the legal regulation, continuing with the institutional framework necessary for its functioning and ending with the evaluation of the first experiences and the judicial control.

**Keywords:** non-application of the collective agreement, arbitration, compulsory arbitration and National Advisory Commission on Collective Agreements.

---

---

## Sumario

- I. El contexto ideológico de la nueva regulación del descuelgue: la apoteosis de la empresa flexible y el objetivo de la devaluación interna
- II. La clave del nuevo descuelgue: entre autonomía colectiva debilitada y facultad empresarial asistida
- III. La creciente apuesta legislativa (2010-2011-2012) por la solución del conflicto colectivo en torno al descuelgue: breve historia de tensiones entre el legislativo y la autonomía colectiva
  - III.1. La reforma laboral de 2010 y la negociación colectiva entre el silencio y el seguimiento de mínimos
  - III.2. La reforma de 2011: la negociación colectiva empieza a dar numerosos frutos
  - III.3. La reforma laboral de 2012: nuevos retos para la negociación colectiva tras el arbitraje obligatorio *ope legis*
- IV. La intervención previa de la comisión paritaria: posible, pero improbable, solución efectiva del conflicto colectivo en torno al descuelgue
- V. La verdadera solución efectiva del conflicto colectivo en torno al descuelgue: del arbitraje a los arbitrajes
- VI. La lenta construcción convencional del arbitraje predeterminado o en frío
- VII. El arbitraje obligatorio *ope legis* y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
  - VII.1. Análisis constitucional del arbitraje obligatorio *ope legis*: manifiesta vulneración del derecho a la negociación colectiva
  - VII.2. El complejo soporte institucional del arbitraje obligatorio: la apuesta por el arbitraje administrativo en lugar del arbitraje privado
  - VII.3. Primeras experiencias de la nueva Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que ni es consultiva, ni es nacional, ni es pro convenios colectivos
  - VII.4. El control judicial pleno del arbitraje obligatorio

## I. EL CONTEXTO IDEOLÓGICO DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL DESCUELGUE: LA APOTEOSIS DE LA EMPRESA FLEXIBLE Y EL OBJETIVO DE LA DEVALUACIÓN INTERNA

Las últimas versiones de la reforma laboral permanente, las de los años 2010, 2011 y 2012, apuestan sin ambages por el modelo puramente economicista de empresa flexible, aquella en la que el trabajo asalariado es por encima de todo, y pese al espíritu de Filadelfia<sup>1</sup>, un factor de producción, una mercancía más, en permanente adaptación o *just in time*. En la empresa flexible, contraviniendo las sabias enseñanzas de SINZHEIMER<sup>2</sup>, se pretende separar el trabajo asalariado de la persona del trabajador. Se parte, al modo como se hace en la generalidad de los contratos de cambio, del intercambio patrimonial de trabajo

por salario y se olvida al trabajador como persona, sujeto con dignidad y titular de derechos fundamentales incompatibles con una visión de la empresa basada solo en la eficiencia económica, en la permanente adaptación, en la apoteosis de la flexibilidad entendida de forma sesgada.

La reforma laboral de 2012 profundiza mucho más que las anteriores en el apodíctico modelo de empresa flexible, que va mucho más allá de la manoseada flexibilidad interna. Y lo hace modificando numerosas instituciones laborales, entre ellas el descuelgue del convenio colectivo estatutario, ya sea en materia salarial, ya en otras materias importantes. En esta misma línea cabría situar, sin ánimo exhaustivo, la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, incluso *in peius* –art. 84.2 ET–; la limitación de la ultraactividad y consiguiente individualización de las relaciones laborales a que pudiera conducir –art. 86.3 ET–; la creciente individualización de las modificaciones sustanciales –art. 41.1 ET–; la facultad empresarial de distribución irregular del tiempo de trabajo –art. 34.2 ET–; la relajación de la causalidad *lato sensu* económica que faculta al empresario a adoptar diversas medidas más o menos traumáticas para los trabajadores, con el despido a la cabeza; etc.

---

**Las últimas versiones de la reforma laboral permanente, las de los años 2010, 2011 y 2012, apuestan sin ambages por el modelo puramente economicista de empresa flexible, aquella en la que el trabajo asalariado es por encima de todo, y pese al espíritu de Filadelfia, un factor de producción, una mercancía más, en permanente adaptación o *just in time***

---

<sup>1</sup> SUPIOT, A.: *L'esprit de Philadelphie. La justice social face au marché total*, París: Seuil, 2010.

<sup>2</sup> SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, edición a cargo de VÁZQUEZ MATEO, F. Madrid: IELSS, 1984, pp. 81 y ss.

La omnipresente flexibilidad no es más que la máscara tras la que se oculta la reconquista empresarial del gobierno de las relaciones laborales y además en todas las etapas de la vida de la relación individual de trabajo, el inicio o contratación, la ejecución a lo largo del tiempo y la extinción. Reconquista a cuyo servicio se pone la ley y se pretende que también lo haga la autonomía colectiva, aunque está por ver su desenvolvimiento práctico al tratarse de una pretensión *contra natura*. La ley y la autonomía colectiva que progresivamente han conseguido limitar el enorme poder empresarial *de iure* y todavía más *de facto*, se pretende ahora que sirvan al interés empresarial. El complejo equilibrio jurídico entre fuerzas socioeconómicas desiguales que da sentido al Derecho clásico del Trabajo y que tiene en la negociación colectiva como instrumento de autoprotección de los trabajadores una de sus señas de identidad más acentuadas, empieza a romperse tras las últimas reformas, en especial tras la de 2012<sup>3</sup>.

Semejante giro de 180 grados resulta muy difícil de plantear en un régimen democrático, por debilitada que esté la democracia en España, y por eso se recurre a la máscara amable, a la poliédrica y eufemística flexibilidad, que además viene avalada por las instituciones de la Unión Europea, por el moderno Derecho Laboral del siglo XXI, el Derecho de la flexiguridad tan del gusto de la Comisión Europea.

En este contexto ideológico, tan proclive a la empresa flexible o *just in time* y a lo que tras ella se oculta, la tutela del interés empresarial, que arranca mucho antes de la presente crisis económica, pero que con la misma se presenta como inexorable, es en el que debe situarse la nueva regulación del descuelgue o inaplicación del convenio colectivo estatutario del artículo 82.3 del ET. Nueva regulación inequívocamente concebida para facilitar el objetivo macroeconómico de la devaluación interna española, vía salarios y vía otras condiciones de trabajo, a falta de competen-

---

**En este contexto ideológico, tan proclive a la empresa flexible o *just in time* y a lo que tras ella se oculta, la tutela del interés empresarial, es en el que debe situarse la nueva regulación del descuelgue o inaplicación del convenio colectivo estatutario del artículo 82.3 del ET. Nueva regulación inequívocamente concebida para facilitar el objetivo macroeconómico de la devaluación interna española**

---

<sup>3</sup> Sobre la ruptura de los equilibrios clásicos llevada a cabo por la reforma de 2012, entre otros muchos, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. (dirs.), *Reforma Laboral 2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 46-49; CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La nueva reforma laboral», en *RL*, 2012, núm. 5 (p. 3 de la versión digital); BAYLOS GRAU, A.: «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado empresarial», en *RDS*, 2012, núm. 57, pp. 9 y ss.; y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de la negociación colectiva de 2012», en *RL*, 2012, núm. 23, pp. 2-8 de la versión digital.

cias en materia de política monetaria<sup>4</sup>. Se estimula legalmente la citada devaluación para los empresarios que tuvieran dicha aspiración en letargo, a la vez que se viene a «legalizar» una situación *de facto* muy generalizada en la pequeña y mediana empresa española, sobre todo en los últimos años.

Adviértase, por último, que el descuelgue del convenio colectivo estatutario es solo una de las diferentes variantes a disposición de los empresarios para conseguir el objetivo de la devaluación interna. Hay otras muchas posibilidades, como el descuelgue del convenio extraestatutario, la modificación sustancial de las condiciones contractuales, la preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio sectorial, la sustitución *ante tempus* del convenio anterior por el posterior *in peius*, etc., que exceden con creces del ámbito de este trabajo<sup>5</sup>. Eso por no hablar del sector público donde el descuelgue o inaplicación vía legal y/o reglamentaria/gubernativa se ha generalizado a más no poder<sup>6</sup>.

## II. LA CLAVE DEL NUEVO DESCUELGUE: ENTRE AUTONOMÍA COLECTIVA DEBILITADA Y FACULTAD EMPRESARIAL ASISTIDA

La nueva regulación del descuelgue o inaplicación del convenio colectivo estatutario afecta a todos y cada uno de los elementos relevantes del mismo. El hilo conductor, ya se ha dicho, es la tutela del interés empresarial, en la medida en que tras las reformas de 2010, 2011 y 2012 todo en materia de descuelgue es mucho más favorable para los empresarios que antes de las mismas: se amplían las causas, las condiciones objeto de inaplicación, los convenios estatutarios que pueden verse afectados y la vigencia posible de las nuevas condiciones *in peius*; se facilita el procedimiento a seguir, con mecanismo de cierre incluido; y se procura restringir

<sup>4</sup> Sobre la devaluación interna vía salarios planteada para España, por todos, KRUGMAN, P.: *¡Acabad ya con esta crisis!*, Barcelona: Crítica, pp. 192 y ss. Una perspectiva general y neoclásica en BOERI, T. y VAN OURS, J.: *The economics of imperfect labour markets*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 14 y ss.

Entre los laboristas españoles, muy incisivo y crítico sobre el particular se muestra MOLINA NAVARRETE, C.: «De las "reformas laborales" a un nuevo, e irreconocible, "estatuto del trabajo subordinado"», en RTSS. CEF, 2012, núm. 348, pp. 18-19 y otras muchas.

<sup>5</sup> Las mismas pueden verse en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo», ponencia presentada en las *XXV Jornadas de estudio sobre negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* (disponible en la página web), pp. 26 y ss. Véase, igualmente, GOÑI SEIN, J. L.: «Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada», en *Aranzadi Social*, 2013, núm. 9 (versión digital).

<sup>6</sup> MARÍN ALONSO, I.: «La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al desmantelamiento del derecho a la negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, 2013, núm. 4, pp. 29 y ss., especialmente pp. 38 y ss. Asimismo, CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las administraciones públicas», en *Temas Laborales*, 2012, núm. 117, pp. 13 y ss. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: «La crisis económica y su influencia en el estatuto jurídico de los empleados públicos», en RTSS. CEF, 2013, núm. 364, pp. 33 y ss.

el control judicial. En todo caso, no se pretende en este estudio entrar en el análisis integral del descuelgue del convenio colectivo estatutario, aunque solo sea por lo mucho que sobre el mismo se ha escrito ya<sup>7</sup>.

De todos los elementos que integran el nuevo descuelgue, todos ellos retocados, sin duda las reformas de los últimos años, y muy en especial la de 2012, ponen el acento en el procedimiento a seguir, sobre todo tras la ausencia de acuerdo de empresa en el marco del preceptivo periodo de consultas, que en realidad es un genuino periodo de negociación colectiva<sup>8</sup>. Es en esta materia donde el legislador echa el resto y busca por todos los medios facilitar el descuelgue, pese a la oposición razonada de los representantes de los trabajadores.

Fracasada la fase de negociación colectiva, si es que la hay de verdad en función de quienes intervengan en representación de los trabajadores –polémica comisión *ad hoc* del 41.4 ET–<sup>9</sup>, la ley, que parece confiar mucho más en la racionalidad empresarial que en la de la repre-

---

**Se margina legislativamente la lógica de la negociación colectiva, que es cosa de dos, y puede acabar con acuerdo o sin él, y se apuesta por la unilateral satisfacción del interés empresarial en orden al descuelgue**

---

<sup>7</sup> Entre otras muchas obras, algunas incluidas en diferentes notas a pie de este trabajo, pueden citarse las siguientes: CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012, pp. 405 y ss. (este mismo artículo puede verse en *RDS*, 2012, núm. 57); ÁLVAREZ ALONSO, D.: «Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo», en AA. VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional AEDTSS*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 990 y ss. del libro en prensa; MORENO DE VEGA, F.: «El descuelgue salarial o la crónica de una muerte anunciada», en AA. VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional AEDTSS*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 647 y ss. del libro en prensa; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Eficacia personal e ...», *op. cit.*, CASTRO CONTE, M.: «Inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, núm. 100, pp. 193 y ss.; y GOERLICH PESET, J. M.: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 49 y ss.

<sup>8</sup> En este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011», en *RL*, 2011, núms. 23-24, pp. 3-4 de la versión digital. En cambio, para MERCADER UGUINA, J.: «La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. (dirs.), *Reforma Laboral 2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 363 no se estaría ante un proceso de negociación colectiva sino ante un acto de gestión empresarial negociado colectivamente, en la línea del voto particular presentado por el magistrado Desdentado Bonete a la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 11 de mayo de 2004, rcud. núm. 95/2003.

<sup>9</sup> Una crítica muy atinada de dicha comisión puede verse en BAYLOS GRAU, A.: «Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio», en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, 2011, pp. 237-238, y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Hacia un derecho común de la flexibilidad interna», en *RL*, 2012, núms. 19-20, p. 8 de la versión digital.

sentación de los trabajadores, configura un complejo conflicto colectivo para cuya solución pone todos los medios imaginables, desde los plenamente voluntarios hasta los obligatorios, pasando por figuras intermedias. Se margina legislativamente la lógica de la negociación colectiva, que es cosa de dos, y puede acabar con acuerdo o sin él, y se apuesta por la unilateral satisfacción del interés empresarial en orden al descuelgue<sup>10</sup>.

Por supuesto, la satisfacción de dicho interés no se deja exclusivamente a la decisión empresarial y eventual control judicial *a posteriori*, al modo como sucede en la actualidad con los despidos colectivos y otras muchas medidas, sino que necesita de la intervención o asistencia de un tercero, de la heterocomposición extrajudicial. En definitiva, los diferentes mecanismos de solución de conflictos laborales se convierten, lo quieran o no, en instrumentos de satisfacción del interés empresarial, en mecanismos necesarios en última instancia para el reconocimiento o el rechazo de la expectativa empresarial en orden al descuelgue.

Satisfacción del interés empresarial convenientemente lubricada por el legislador, que somete a la representación de los trabajadores a una enorme presión durante el periodo de consultas, pues la falta de acuerdo de empresa no impide finalmente el descuelgue, máxime tras la desequilibrada regulación legal y reglamentaria del arbitraje obligatorio por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (en adelante, CCNCC). Que dicha regulación sea manifiestamente inconstitucional es lo de menos, ya que cuando se pronuncie el Tribunal Constitucional la devaluación interna será ya un hecho más que consumado.

---

**Los diferentes mecanismos de solución de conflictos laborales se convierten, lo quieran o no, en instrumentos de satisfacción del interés empresarial, en mecanismos necesarios en última instancia para el reconocimiento o el rechazo de la expectativa empresarial en orden al descuelgue**

---

---

**Satisfacción del interés empresarial convenientemente lubricada por el legislador, que somete a la representación de los trabajadores a una enorme presión durante el periodo de consultas, pues la falta de acuerdo de empresa no impide finalmente el descuelgue, máxime tras la desequilibrada regulación legal y reglamentaria del arbitraje obligatorio por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos**

---

<sup>10</sup> En parecido sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Eficacia personal e...», *op. cit.*, p. 21 y GOERLICH PESET, J. M.ª: «Flexibilidad interna y negociación colectiva en la reforma de 2012», en *Documentación Laboral*, 2012, núms. 95-96, p. 68.



Y todo ello al margen del predominante modelo europeo de descuelgue, en el que el mismo se configura *de iure* como antídoto frente a los despidos<sup>11</sup>. En efecto, en la vigente regulación legal española, y a diferencia de la versión anterior del artículo 82.3 del ET<sup>12</sup>, más allá de la retórica de los preámbulos no hay una conexión

entre el descuelgue y los despidos por razones empresariales, como no la hay tampoco en la jurisprudencia, reacia a aplicar en toda su intensidad el principio de proporcionalidad que convertiría a los despidos en última ratio<sup>13</sup>. En cuanto a la autonomía colectiva, los tibios y ambiguos llamamientos de la negociación colectiva intersectorial o en la cumbre<sup>14</sup> no acaban de calar en los convenios colectivos, seguramente por la oposición empresarial y salvo honrosas excepciones<sup>15</sup>.

**Y todo ello al margen del predominante modelo europeo de descuelgue, en el que el mismo se configura *de iure* como antídoto frente a los despidos**

### III. LA CRECIENTE APUESTA LEGISLATIVA (2010-2011-2012) POR LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO EN TORNO AL DESCUELGUE: BREVE HISTORIA DE TENSIONES ENTRE EL LEGISLATIVO Y LA AUTONOMÍA COLECTIVA

Consciente el legislador de que el acuerdo de empresa necesario para el descuelgue podría no alcanzarse, y no ya por ausencia de representantes de los trabajadores con quienes

<sup>11</sup> KEUNE, M.: *Derogation clauses on wages in sectorial collective agreements in seven European countries*, Dublin: Eurofound, 2010.

Muy interesante es el número de marzo de 2013 de la *Revue de Droit du Travail*, que analiza «*L'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013*» (en tramitación parlamentaria), y en especial «*les accords de maintien dans l'emploi*».

<sup>12</sup> Por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de ...», *op. cit.*, p. 413.

<sup>13</sup> *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: «De las "reformas ...», *op. cit.*, pp. 131-132; BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A.: «La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales», en AA. VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional AEDTSS*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 309 y ss. y 326 y ss. del libro en prensa; y GOÑI SEIN, J. L.: «El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012», en *Documentación Laboral*, 2012, núms. 95-96, pp. 26-28.

<sup>14</sup> II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC 2012-2013-2014) –capítulo IV– y Acuerdo de la comisión de seguimiento del II ANEC sobre ultraactividad de los convenios colectivos, de 23 de mayo de 2013 –punto 2.º–.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, la modificación del [Convenio Colectivo de Comercio al por Mayor e Importadores de Productos Químicos Industriales, de Droguería, Perfumería y Anexos](#), de 10 de abril de 2012 (BOE, de 18 de mayo de 2012) (cláusula relativa a las situaciones de crisis); el acta de modificación del artículo 29 del V Convenio Colectivo de Decathlon España, SA, de 21 de febrero de 2012 (BOE, de 5 de noviembre de 2012); el [XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química](#), de 21 de enero de 2013 (BOE, de 9 de abril de 2013) (arts. 15.2 y 35); el [Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes](#), de 30 de enero de 2013 (BOE, de 22 de abril de 2013) (disposición adicional única, III); el VI Convenio Colectivo de Vodafone España SAU, de 27 de marzo de 2012 (BOE, de 22 de mayo de 2013) (art. 31); y el I Convenio Colectivo de Gas Natural Fenosa, de 5 de marzo de 2013 (BOE, de 24 de mayo de 2013) (art. 22).

negociar, a tenor del nuevo artículo 41.4 del ET al que remite el 82.3 del ET, se propone a toda costa encauzar la solución de semejante conflicto colectivo, incompatible con el paradigma de la empresa flexible. La reiterada intervención legislativa de los últimos años en realidad no ha buscado abrir nuevos espacios para la solución autónoma de determinados conflictos laborales, procurando más bien fomentar o impulsar la ocupación de dichos espacios por parte de la autonomía colectiva en sus diferentes niveles, a saber, empresarial, sectorial e intersectorial. Es por tanto muy consciente el legislador del rol central desempeñado en materia de procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales por la autonomía colectiva intersectorial. Rol que en modo alguno se quiere menoscabar o aminorar; al contrario.

**La reiterada intervención legislativa de los últimos años en realidad no ha buscado abrir nuevos espacios para la solución autónoma de determinados conflictos laborales, procurando más bien fomentar o impulsar la ocupación de dichos espacios por parte de la autonomía colectiva en sus diferentes niveles**

Cuestión distinta es que el fomento o impulso no sea precisamente exquisito desde el punto de vista de la técnica legislativa<sup>16</sup>. Una lectura apresurada de las reformas en cuestión pudiera conducir al intérprete a la conclusión de que lo que las mismas hacen no es fomentar o potenciar sino imponer, con mayor o menor intensidad según la concreta reforma que se analice. Lo cierto es que una interpretación sistemática, atenta al juego de las innovaciones legislativas en el marco más amplio del ordenamiento vigente, conduce a la tesis del fomento, del *soft law*, más que a la de la imposición en sentido estricto<sup>17</sup>. Imposición, por lo demás, abocada al fracaso sin el respaldo de los titulares de la autonomía colectiva.

Hecha esta breve caracterización general, los próximos epígrafes se dedican al análisis superficial o panorámico de las intervenciones legislativas de 2010, 2011 y 2012 en materia de fomento

<sup>16</sup> Muy crítico, con toda razón, se muestra con la muy deficiente técnica legislativa empleada, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011», en *RL*, 2011, núms. 23-24, p. 31 de la versión digital.

<sup>17</sup> En este sentido, entre otros, ALFONSO MELLADO, C. (dir.): *El impacto de la reforma laboral iniciada en la Ley 35/2010 en los sistemas de solución de conflictos laborales pactados*, CCNCC, 2012, p. 47; PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa», ponencia presentada en las XIII Jornadas de la Fundación SIMA (21-10-2011). La misma puede verse en: <http://fsima.es/wp-content/uploads/Los-procedimientos-extrajudiciales-de-solución-de-conflictos-en-la-gestión-de-la-flexibilidad-interna-en-la-em.pdf>; y CRUZ VILLALÓN, J.: «El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva», en *RL*, 2011, núms. 23-24, *passim*. Más matizada es la posición de ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Dos reformas trenzadas ...», *op. cit.*, pp. 32-33 de la versión digital, quien habla de normas imperativas, si bien de escasa o nula coercibilidad.

de la solución autónoma del conflicto ligado a la ausencia de acuerdo empresarial de descuelgue y, lo que es más importante, a la reacción de la negociación colectiva en sus diferentes niveles ante los cambios legislativos en cuestión<sup>18</sup>.

### III.1. LA REFORMA LABORAL DE 2010 Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ENTRE EL SILENCIO Y EL SEGUIMIENTO DE MÍNIMOS

El legislador socialista de 2010 afronta el asunto con más dudas que certezas. De ahí las importantes diferencias entre las tres versiones a través de las cuales se concreta la reforma de 2010, a saber, el borrador que el Gobierno presenta a los sindicatos a modo de ultimátum tras el fracaso del dilatado diálogo social, el *Real Decreto-Ley 10/2010* y la *Ley 35/2010*. El borrador de las medidas sobre el mercado de trabajo, quizá por tratarse de un borrador, es la más clara de las tres versiones<sup>19</sup>. Apuesta decididamente por la solución del conflicto tras la falta de acuerdo empresarial de descuelgue mediante arbitraje, ya sea predeterminado por la propia autonomía colectiva, ya obligatorio *ope legis*. En cuanto a la articulación del procedimiento arbitral, que solo en parte se regula en el propio borrador, se remite sucesivamente al acuerdo entre las partes, a las eventuales previsiones de los acuerdos *ex artículo 83.3 del ET* y, como mecanismo de cierre, al futuro sistema institucional de creación y regulación gubernamentales.

La ambición y la claridad del borrador dan un vuelco radical en el *Real Decreto-Ley 10/2010*, que ante la falta de acuerdo de empresa remite no al arbitraje, sino a la mediación obligatoria, aplicable en cada empresa bien por convenio colectivo empresarial o sectorial, bien por acuerdo *ex artículo 83.3 del ET*. Y también se prevé el recurso al arbitraje tras el fracaso de la mediación, siempre que estuviera ya predeterminado por el convenio colectivo de referencia o por acuerdo interprofesional sobre materia concreta de aplicación directa en la empresa. Luego, no queda garantizada, a diferencia de lo previsto en el borrador, la solución efectiva del conflicto colectivo derivado de la falta de acuerdo empresarial de descuelgue.

<sup>18</sup> Un análisis más profundo de las intervenciones legislativas puede verse en LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la solución extrajudicial de conflictos», en *RGDTSS (Iustel)*, 2011, núm. 24, pp. 3 y ss.; ALFONSO MELLADO, C.: (dir.), *El impacto de ...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Mediación, arbitraje y periodos de consulta», en *RL*, 2013, núm. 4 (pp. 1-22 de la versión digital); y MIÑARRO YANINI, M.: «El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas», en *RL*, 2012, núm. 19, pp. 5 y ss. de la versión digital. Asimismo, con especial atención a la reacción de la negociación colectiva, VIVERO SERRANO, J. B.: «La solución autónoma de determinados conflictos colectivos incompatibles con el paradigma de la empresa flexible», en SANGUINETI RAYMOND, W. (coord.): *Observatorio de la negociación colectiva. Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Cinca-CC.OO., 2012, pp. 125 y ss.

<sup>19</sup> Se trata del borrador de las Medidas sobre el mercado de trabajo colgado en su día en la página web del entonces Ministerio de Trabajo e Inmigración. El documento puede verse en la actualidad, por ejemplo, en la siguiente dirección: [http://www.levante-emv.com/media/documentos/2011-06-11\\_DOC\\_2010-06-11\\_20\\_28\\_16\\_medidasgobierno.pdf](http://www.levante-emv.com/media/documentos/2011-06-11_DOC_2010-06-11_20_28_16_medidasgobierno.pdf)

Adicionalmente, y aquí aparecen las tinieblas en las que se desenvuelve últimamente la técnica legislativa, se incorpora un nuevo y polémico contenido necesario del convenio colectivo estatutario: «procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3» [art. 85.3 c) del ET, de la versión entonces vigente]. Nuevo contenido que, además de olvidar las discrepancias en el descuelgue no salarial del entonces artículo 41.6 del ET, maneja el adjetivo «efectiva» de manera inadecuada o cuando menos confusa, pues el «legislador» es muy consciente de que el único procedimiento verdaderamente efectivo es el arbitraje, y sin embargo no lo impone.

Y para cerrar el círculo de la reforma de 2010, la [Ley 35/2010](#) se mete de lleno en las tinieblas como consecuencia de no atreverse a poner claramente por escrito lo que parece desear. Y lo que parece desear es el regreso a lo establecido en el borrador, el arbitraje sí o sí, pero en lugar de hacerlo de manera directa, en la propia norma legal, prefiere, quizá por temor a una futura tacha de inconstitucionalidad, encomendar dicha incómoda tarea a la autonomía colectiva en sus diferentes niveles, a sabiendas, eso sí, de la nula coercibilidad de la previsión legal –típico *soft law*–. Si acaso debe resaltarse la plasmación legal del arbitraje predeterminado por la autonomía colectiva o arbitraje en frío en expresión elocuente.

Dicho lo cual, no debe extrañar que la negociación colectiva en sus diferentes niveles reciba en este punto la reforma laboral de 2010 con más pena que gloria, con una gran dosis de silencio. Y en el mejor de los casos, con lo que podría denominarse seguimiento de mínimos<sup>20</sup>. En efecto, la autonomía colectiva en la cumbre no se da por aludida. En cuanto a la autonomía colectiva en los niveles empresarial y sectorial, el silencio o pasividad, deliberado o no, es la pauta más extendida. Un número muy importante de convenios colectivos no contienen cláusula alguna pese a lo establecido en el artículo 85.3 c) del ET y pese al supuesto celo de la atomizada autoridad laboral. La otra pauta predominante consiste en el cumplimiento del contenido necesario *ex* artículo 85.3 c) del ET mediante la adhesión a los sistemas autónomos de solución de conflictos laborales ya existentes. Y por lo que se refiere al arbitraje predeterminado o en frío, tan deseado por el legislador, pasa desapercibido, salvo algún ejemplo aislado<sup>21</sup>.

---

**No debe extrañar que la negociación colectiva en sus diferentes niveles reciba en este punto la reforma laboral de 2010 con más pena que gloria, con una gran dosis de silencio. Y en el mejor de los casos, con lo que podría denominarse seguimiento de mínimos**

---

<sup>20</sup> Véase VIVERO SERRANO, J. B.: «La solución autónoma ...», *op. cit.*, pp. 132 y ss.

<sup>21</sup> Convenio Colectivo para las Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y Apuestas del Estado, de 18 de enero de 2011 (BOE, 14-3-2011) (art. 3 y disp. adic. única). Téngase en cuenta que la versión anterior de este mismo convenio colectivo no establecía tal arbitraje.

## III.2. LA REFORMA DE 2011: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EMPIEZA A DAR NUMEROSOS FRUTOS

El «legislador» socialista de 2011 –RDL 7/2011– mantiene en materia de procedimiento de descuelgue en ausencia de acuerdo de empresa una línea continuista con la reforma operada por la Ley 35/2010, si bien garantiza legalmente, sin depender ya de las eventuales previsiones convencionales, la intervención previa de la comisión paritaria del convenio estatutario afectado por el descuelgue.

Ante la persistencia del «legislador» de 2011 en el fomento o impulso de la solución autónoma del conflicto colectivo ligado al fracaso del descuelgue salarial y/o no salarial, y novedosamente del conflicto derivado del bloqueo de la renegociación del convenio estatutario denunciado hace suficiente tiempo, la autonomía colectiva reacciona *grosso modo* de una forma mucho más acorde a los dictados del «legislador» de lo que lo había hecho tras la reforma laboral de 2010. Por lo pronto, y tras el compromiso político asumido mediante la firma del Acuerdo Social y Económico el 2 de febrero de 2011, los titulares de la autonomía colectiva en la cumbre deciden adelantar la sustitución del ASEC IV, en principio vigente hasta el 31 de diciembre de 2012, por otro nuevo acuerdo *ex* artículo 83.3 del ET, el ASAC V, que entra retroactivamente en vigor el 1 de enero de 2012<sup>22</sup>. Lo más destacado del mismo es que pasa a tener eficacia normativa y eficacia personal general –art. 3.2–, y que recoge el arbitraje predeterminado o en frío –art. 8.1 b)–.

---

**Ante la persistencia del «legislador» de 2011 en el fomento o impulso de la solución autónoma, la autonomía colectiva reacciona *grosso modo* de una forma mucho más acorde a los dictados del «legislador» de lo que lo había hecho tras la reforma laboral de 2010**

---

En cuanto a los sistemas autonómicos, sobre los que el ASAC V declara querer servir de modelo –preámbulo–, no parecen en general tener prisa por adaptarse a la reforma laboral de 2011, habiendo ya transcurrido con creces la fecha tope del 30 de junio de 2012 prevista con escasa o nula coercibilidad por la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 7/2011. Retraso que, eso sí, les permitirá adaptarse también a la reforma de 2012. Solo lo han hecho los sistemas del País Vasco y de Cataluña –quizá los dos más consolidados–, si bien con diferente alcance<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Sobre el ASAC V, entre otros, ALFONSO MELLADO, C. (dir.): *El impacto de ..., op. cit.*, pp. 68 y ss.

<sup>23</sup> Mientras el sistema vasco recoge el arbitraje predeterminado o en frío y tiene eficacia personal general –la tenía desde antiguo– (apartado 9.º del anexo sobre normas de aplicación del Preco III, aprobado por la comisión paritaria en la sesión del 20 de octubre de 2011; BOPV, de 27 de enero de 2012), el sistema catalán silencia dicho arbitraje y además continúa apostando como antaño por la naturaleza obligacional del Acuerdo y consiguiente eficacia *inter partes* o limitada.

Por lo que se refiere a la autonomía colectiva sectorial y empresarial, de las dos pautas predominantes tras la reforma laboral de 2010 la primera y más beligerante, el mutismo deliberado o no de la negociación colectiva, disminuye de forma notable tras la reforma laboral de 2011 hasta casi desaparecer. La otra pauta predominante, la adhesión a los sistemas autónomos o extra-judiciales de solución de conflictos ya existentes, se mantiene<sup>24</sup>. Lo más significativo

es que el arbitraje predeterminado o en frío experimenta tras la reforma laboral de 2011, pese a que su fomento arranca de la reforma de 2010, un importante avance, sin que en todo caso pueda hablarse todavía de una praxis habitual de la negociación colectiva. Son sobre todo convenios de empresa<sup>25</sup>, si bien no faltan ejemplos de importantes convenios sectoriales<sup>26</sup>.

**Lo más significativo es que el arbitraje predeterminado o en frío experimenta tras la reforma laboral de 2011 un importante avance, sin que en todo caso pueda hablarse todavía de una praxis habitual de la negociación colectiva**

### III.3. LA REFORMA LABORAL DE 2012: NUEVOS RETOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS EL ARBITRAJE OBLIGATORIO *OPE LEGIS*

El «legislador» de 2012 –*RDL 3/2012*–, muy poco tiempo después del profundo cambio político acaecido el 20 de noviembre de 2011, huye por fin de las tinieblas técnicas en las que se habían movido los legisladores socialistas anteriores y apuesta por la convergencia entre el deseo legislativo y la plasmación legal del mismo, esto es, el arbitraje sí o sí y con él la genuina solución efectiva del conflicto colectivo ligado a la falta de acuerdo empresarial de descuelgue salarial y/o no salarial, unificados ambos con buen criterio en el artículo 82.3 del *ET*<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Vid. VIVERO SERRANO, J. B.: «La solución autónoma ...», *op. cit.*, pp. 143 y ss.

<sup>25</sup> Convenio Colectivo de la empresa Transportes Bacoma, SA, de 1 de diciembre de 2011 (BOE, de 7 de marzo de 2012) (disp. adic. 2.ª); Convenio Colectivo de Bimbo Martínez Comercial, SL, de 3 de enero de 2012 (BOE, de 9 de marzo de 2012) (art. 10); XIV Convenio Colectivo de Europcar Ibérica, SA, de 21 de diciembre de 2011 (13 de febrero de 2012) (art. 6 bis); I Convenio Colectivo de Puerto Seco Santander-Ebro, SA, de 1 de febrero de 2012 (BOE, de 28 de marzo de 2012) (art. 3.5); Convenio Colectivo de La Verdad Multimedia, SA, de 23 de diciembre de 2011 (BOE, de 29 de marzo de 2012) (art. 11).

<sup>26</sup> *V Convenio Colectivo del Sector de la Construcción*, de 20 de enero de 2012 (BOE, de 15 de marzo de 2012) (art. 17 y anexos VIII y IX); *V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (acuerdos parciales)*, de 19 de octubre de 2011 (BOE, de 11 de abril de 2012) (acuerdo 3.º); y *Convenio Colectivo de Comercio General de la Región de Murcia*, de 20 de diciembre de 2011 (BOCM, de 2 de febrero de 2012) (art. 45).

<sup>27</sup> Arbitraje obligatorio que no se prevé, en cambio, para el conflicto colectivo ligado al fracaso de la renegociación del convenio colectivo denunciado hace tiempo, a tenor de la nueva redacción dada al artículo 86.3 del *ET*, primero por el *Real Decreto-Ley 3/2012* y después por la *Ley 3/2012*. La limitación de la ultraactividad, aunque sea bajo la técnica de la legislación dispositiva, haría menos necesario el arbitraje obligatorio, siempre desde la perspectiva del paradigma de la empresa flexible.

La solución técnica, adelantada por algunos académicos muy afines al nuevo Gobierno, y por el propio Grupo Popular durante la tramitación parlamentaria de la que acabaría siendo la [Ley 35/2010](#) –enmienda núm. 226 en el Congreso–<sup>28</sup>, consiste en la previsión de un arbitraje obligatorio *ope legis*, subsidiario de los instrumentos de solución autónoma previstos por los acuerdos *ex artículo 83.3 del ET* y/o por los convenios colectivos estatutarios, a los que se continúa remitiendo sin romper en lo esencial y en este punto con las reformas de 2010 y 2011<sup>29</sup>.

Sin perjuicio de lo que después se dirá acerca de la operatividad real del arbitraje obligatorio y de otras muchas cuestiones, que merecen un capítulo aparte de este trabajo, es evidente que la controvertida apuesta legislativa por el mismo, unida a la regulación reglamentaria de la CCNCC favorable al arbitraje en su seno frente al arbitraje externo, pudiera fomentar todavía más el llamado arbitraje predeterminado o en frío<sup>30</sup>, así como el clásico arbitraje voluntario. De hecho, puede observarse en la negociación colectiva empresarial y sectorial posterior a la primera versión de la reforma de 2012 un ligero

**El «legislador» de 2012 huye por fin de las tinieblas técnicas en las que se habían movido los legisladores socialistas anteriores y apuesta por la convergencia entre el deseo legislativo y la plasmación legal del mismo, esto es, el arbitraje sí o sí y con él la genuina solución efectiva del conflicto colectivo ligado a la falta de acuerdo empresarial de descuelgue salarial y/o no salarial, unificados ambos con buen criterio en el artículo 82.3 del ET**

**Puede observarse en la negociación colectiva empresarial y sectorial posterior a la primera versión de la reforma de 2012 un ligero incremento del arbitraje predeterminado, si bien no es fácil determinar si el mismo obedece a la amenaza del arbitraje obligatorio, al reconocimiento expreso de la figura en el ASAC V, o a ambos y en qué medida**

<sup>28</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: «Claves para la reforma legal de la negociación colectiva», en SALA FRANCO, T. (coord.), *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 453.

<sup>29</sup> La reforma laboral de 2012 suprime la referencia expresa a la aplicación general y directa de los sistemas autónomos *ex artículo 83.3 del ET* en el artículo 82.3 del *ET*, que no en el 86.3 del *ET*. Parece una decisión acertada por respetuosa con la autonomía colectiva en la cumbre. La corrobora, por si cabían dudas, el artículo 16.2 b) del *Real Decreto 1362/2012*.

<sup>30</sup> Plantean esta hipótesis ALFONSO MELLADO, C. (dir.): *El impacto de ..., op. cit.*, p. 48.



incremento del arbitraje predeterminado<sup>31</sup>, si bien no es fácil determinar si el mismo obedece a la amenaza del arbitraje obligatorio, al reconocimiento expreso de la figura en el ASAC V, o a ambos y en qué medida.

#### IV. LA INTERVENCIÓN PREVIA DE LA COMISIÓN PARITARIA: POSIBLE, PERO IMPROBABLE, SOLUCIÓN EFECTIVA DEL CONFLICTO COLECTIVO EN TORNO AL DESCUELGO

El empeño legislativo a favor del descuelgo se concreta principalmente en la previsión de dos mecanismos procedimentales capaces de doblegar la oposición de la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas. El primero, y menos intenso o eficaz, la intervención previa de la comisión paritaria del convenio que parcialmente se quiera dejar de aplicar. El segundo, y efectivo de verdad, el arbitraje en sus diferentes versiones. Ni que decir tiene que tanto la mediación como la conciliación, institucionales o no, siempre pueden ayudar a las partes a acercar sus posturas inicialmente lejanas, pero sin garantías de éxito final, de solución efectiva por utilizar la machacona terminología legal.

<sup>31</sup> Por lo que a los convenios publicados en el BOE se refiere cabe mencionar los siguientes: [V Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento](#), de 21 de febrero de 2012 (BOE, de 9 de abril de 2013) (art. 60); I Convenio Colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, de 22 de marzo de 2012 (BOE, de 6 de junio de 2012) (disp. adic. 4.ª); XXV Convenio Colectivo de Bimbo, SAU, de 9 de mayo de 2012 (BOE, de 14 de junio de 2012) [art. 9 c)]; Convenio Colectivo del Grupo Champion, de 25 de mayo de 2012 (BOE, de 25 de julio de 2012) (disp. adic. 3.ª III); [VI Convenio Colectivo Sectorial, de Ámbito Estatal, de las Administraciones de Loterías](#), de 30 de mayo de 2012 (BOE, de 8 de agosto de 2012) (art. 50); Convenio Colectivo de Gallina Blanca, SA –oficinas centrales y delegaciones comerciales–, de 9 de julio de 2012 (BOE, de 29 de agosto de 2012) (art. 3); I Convenio Colectivo de Unique Personal, SLU, de 21 de mayo de 2012 (BOE, de 24 de septiembre de 2012) (arts. 5.5 y 51); [V Convenio Colectivo Estatal del Corcho](#), de 28 de junio de 2012 (BOE, de 21 de septiembre de 2012) [arts. 15.1 h) y 97]; [Convenio Colectivo Estatal de Perfumerías y Afines](#), de 26 de julio de 2012 (BOE, de 8 de octubre de 2012) (art. 94); [Acuerdo Marco del Sector de la Pizarra](#), de 20 de septiembre de 2012 (BOE, de 10 de noviembre de 2012) (art. 35); [Convenio Colectivo de la Madera](#), de 7 de septiembre de 2012 (BOE, de 27 de noviembre de 2012) (arts. 20 y otros); I Convenio Colectivo de Tuntac Invest SL, de 24 de septiembre de 2012 (BOE, de 21 de diciembre de 2012) (art. 8); Convenio Colectivo de PIMAD, SAU, de 28 de diciembre de 2012 (BOE, de 27 de febrero de 2013) [art. 9.7 c)]; [V Convenio Colectivo Estatal del Sector de Fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus Prefabricados](#), de 3 de diciembre de 2012 (BOE, de 20 de marzo de 2013) (art. 12.3); Convenio Colectivo de Ex in Técnicas Tubulares, SL, de 21 de enero de 2013 (BOE, de 22 de abril de 2013) (art. 35); [Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes](#), de 30 de enero de 2013 (BOE, de 22 de abril de 2013) (arts. 97 y 98); Convenio Colectivo de Sistemas de Encofrados de Navarra, SLU, de 24 de mayo de 2012 (BOE, de 25 de abril de 2013) [art. 35.4 e)]; Convenio Colectivo del Grupo Champion, de 13 de marzo de 2013 (BOE, de 10 de mayo de 2013) (art. 67); Convenio Colectivo de Bercose, SL, de 25 de marzo de 2013 (BOE, de 31 de mayo de 2013) (arts. 6 y 41); [III Convenio Colectivo para la Acuicultura Marina Nacional](#), de 13 de febrero de 2013 (BOE, de 1 de julio de 2013) (c. a. 2.ª); Convenio Colectivo de Aliance Outsourcing, SL, de 8 de febrero de 2013 (BOE, de 1 de julio de 2013) [art. 8.IV b)]; y Convenio Colectivo de Hotelia Externalización, SL, de 29 de mayo de 2013 (BOE, de 22 de julio de 2013) (art. 9).



La intervención de la comisión paritaria o mixta del convenio que se pretenda inaplicar en una empresa o centro de trabajo constituye el primer eslabón del complejo procedimiento diseñado legalmente para satisfacer el interés empresarial en orden al descuelgue, una vez fracasado el periodo de consultas. Se trata de una intervención a instancia de parte –en realidad a instancia del empresario– y preceptiva, en el sentido de que no se requiere la voluntad conjunta de las partes en conflicto. Aunque tras la [Ley 3/2012](#), y a diferencia de lo previsto por el [Real Decreto-Ley 3/2012](#) y antes por el [Real Decreto-Ley 7/2011](#), la intervención no se configura legalmente como previa a la fuerza a cualquier otra instancia de solución autónoma, a menos que lo pida una de las partes, lo es en general vía autonomía colectiva, ya que suele ser una cláusula frecuente de los convenios colectivos<sup>32</sup>. El propio [ASAC V](#) así la configura –art. 10.2.

**El empeño legislativo a favor del descuelgue se concreta principalmente en la previsión de dos mecanismos procedimentales capaces de doblegar la oposición de la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas. El primero, y menos intenso o eficaz, la intervención previa de la comisión paritaria del convenio que parcialmente se quiera dejar de aplicar. El segundo, y efectivo de verdad, el arbitraje en sus diferentes versiones**

**Intervención prevista para todo tipo de descuelgues, si bien donde tiene más sentido y más potencial resolutivo es en los descuelgues de convenios sectoriales y convenios de empresas de grupo, en los que a la fuerza no hay una correspondencia entre las partes en conflicto y las partes representadas en la comisión paritaria**

Intervención prevista para todo tipo de descuelgues, si bien donde tiene más sentido y más potencial resolutivo es en los descuelgues de convenios sectoriales y convenios de empresas de grupo, en los que a la fuerza no hay una correspondencia entre las partes en conflicto y las partes representadas en la comisión paritaria. En todo caso, también en los descuelgues de los convenios de empresa o autodescuelgues podrían no coincidir las partes en conflicto y las integrantes de la comisión paritaria, si por ejemplo se tratara del

descuelgue en un centro de trabajo o si hubiera variado sustancialmente la composición de la representación unitaria de los trabajadores desde la firma del convenio.

<sup>32</sup> Artículo 16.2 a) del [Real Decreto 1362/2012](#).

Véase VIVERO SERRANO, J. B.: «La solución autónoma ...», *op. cit.*, p. 145.

Lo más importante es, sin duda, el carácter vinculante del acuerdo adoptado por la comisión paritaria, lógicamente siempre que haya acuerdo, pues dada la composición estrictamente paritaria de la comisión, unida a los arraigados prejuicios de las partes integrantes, es improbable que el mismo se consiga, lo que impide hablar de genuina intervención arbitral. Por supuesto, el carácter vinculante del acuerdo lo es tanto si se satisface el interés empresarial –en todo o en parte– como si se rechaza.

Acuerdo vinculante de la comisión paritaria que suscita numerosas preguntas. La primera, la naturaleza jurídica del mismo, a caballo entre la autocomposición y la heterocomposición arbitral. Autocomposición en todo caso más por representación institucional o representatividad, la típica en el Derecho español del trabajo, que por representación de Derecho privado. Advuértase que no se trata de una cuestión puramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas. En efecto, si se considera que el acuerdo de la comisión paritaria es un producto más de la negociación colectiva, un ejemplo de autocomposición de conflictos por representación institucional, puede defenderse sin problemas que el acuerdo en cuestión sustituye al acuerdo de las partes durante el periodo de consultas y no solo tiene sus efectos como dice la ley, sino sobre todo su justificación.

Luego, la validez del acuerdo de la comisión paritaria, que no de las nuevas condiciones de trabajo contenidas en el mismo, solo podría ser impugnada judicialmente por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. No así y de manera frontal por inexistencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción. Y aunque la falta de causa para el descuelgue pudiera atacarse judicialmente como supuesto de fraude de ley, tesis que aquí se comparte, en todo caso supondría para la representación de los trabajadores, que no para el empresario, la carga de la prueba<sup>33</sup>.

Por el contrario, si se concluye que la comisión paritaria interviene a modo de tercero, de árbitro peculiar, puede defenderse que la decisión de la misma tiene los efectos del acuerdo durante el periodo de consultas como dice la ley –eficacia contractual y eficacia personal general como después se verá–, pero no así su justificación. De esta manera, la existencia misma del acuerdo de la comisión paritaria podría ser objeto de plena impugna-

---

**Si se concluye que la comisión paritaria interviene a modo de tercero, de árbitro peculiar, puede defenderse que la decisión de la misma tiene los efectos del acuerdo durante el periodo de consultas como dice la ley, pero no así su justificación. De esta manera, la existencia misma del acuerdo de la comisión paritaria podría ser objeto de plena impugnación judicial**

---

<sup>33</sup> Por todos, ALFONSO MELLADO, C.: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en AA. VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 123. Por el contrario, se muestra partidario de la limitación del control judicial, REY GUANTER DEL, S.: «La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», en *AL*, 2012, núm. 17, p. 13 de la versión digital.

ción judicial, con la existencia o no de causa económica, técnica, organizativa o de producción como objeto de la litis, y sin perjuicio de otros posibles motivos de impugnación. Y la carga de la prueba de la existencia de la referida causa correspondería a las partes integrantes de la comisión paritaria.

Así las cosas, parece que esta última tesis resulta más convincente y más acorde con la multifuncionalidad de la comisión paritaria<sup>34</sup>. Téngase en cuenta que no se exige legalmente a la comisión paritaria a la hora de adoptar el correspondiente acuerdo favorable o contrario al descuelgue que su composición respete lo previsto en los artículos 87 y 88 del ET, acerca de los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos estatutarios<sup>35</sup>. Al fin y al cabo, el pronunciamiento de la comisión paritaria en modo alguno alteraría los términos del convenio colectivo de eficacia *erga omnes*, limitándose, en su caso, a modificar determinadas condiciones de trabajo para los trabajadores de una concreta empresa o centro de trabajo; y causalmente además.

La segunda cuestión importante tiene que ver con la validez del acuerdo de la comisión paritaria, que la ley no regula y que depende por tanto de lo dispuesto en cada convenio colectivo sobre las reglas de adopción de acuerdos, a saber, mayoría simple, mayoría absoluta, mayoría cualificada, unanimidad; de cada una de las representaciones por separado o de ambas en su conjunto; conforme a voto simple o a voto ponderado; etc. El anexo de recomendaciones del ASAC V se decanta, sin duda para facilitar el acuerdo, por la mayoría simple. Adviértase que aunque el nuevo régimen legal del descuelgue es imperativo, máxime tras la unificación de los supuestos en el artículo 82.3 del ET, siguen existiendo espacios para la autonomía colectiva, aunque este sea un aspecto polémico<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Tras la reforma de 2012 habla de actuación en calidad de tercero neutral, MORALES ORTEGA, J. M.: «Idas y venidas en torno a la comisión paritaria», en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (dirs.): *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 456-457.

De actuación arbitral de la comisión paritaria también hablan, entre otros muchos, pero antes de la reforma de 2012: MORALES ORTEGA, J. M.: *La administración del convenio colectivo*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 363-364; LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Valladolid: Lex Nova, 2003, pp. 591 y ss.; y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Multifuncionalidad de la comisión paritaria del convenio colectivo (de la administración e interpretación del convenio a la solución extrajudicial de conflictos): un "activo en alza" en tiempos difíciles para la negociación colectiva», en *RGDTSS (Iustel)*, 2009, núm. 21, pp. 37-38.

<sup>35</sup> Tras la reforma de 2011, y antes de la de 2012, defiende la aplicación de los requisitos de los artículos 87 y 88 del ET a la comisión paritaria que intervenga en materia de descuelgue, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «Los procedimientos extrajudiciales ...», *op. cit.*, pp. 13-14. Asimismo, pero incluso después de la reforma de 2012, GONÍN SEIN, J. L.: «Técnica de inaplicación ...», *op. cit.*, p. 19 de la versión digital.

<sup>36</sup> Sobre el particular, SANGUINETI RAYMOND, W.: «El papel de la autonomía colectiva en la regulación de la inaplicación o descuelgue convencional», en SANGUINETI RAYMOND, W. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Cinca-CC. OO., Madrid, 2013, pp. 105 y ss.; CEINOS SUÁREZ, A.: «Los convenios colectivos y las cláusulas de descuelgue salarial», en AA. VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional AEDTSS*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013 (libro en prensa); CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de ...», *op. cit.*, pp. 423 y ss.; y GOERLICH PESET, J. M.: *Régimen de la ...*, *op. cit.*, pp. 57-60.

La tercera pregunta consiste en el sentido que puede tener el pronunciamiento de la comisión paritaria. Ya se ha dicho que la comisión puede resolver de forma vinculante el conflicto colectivo, sea para satisfacer total o parcialmente el interés empresarial en orden al descuelgue, sea para desestimarlos. Y por supuesto puede también, y suele ser lo más habitual, no alcanzar acuerdo válido alguno y por tanto no pronunciarse, dejando sin resolver el conflicto. La duda es si puede intervenir pero no con carácter vinculante, a modo de

arbitraje *sui generis*, sino con el alcance propio de una mediación/conciliación. El verbo utilizado, pronunciarse, parece admitir tal posibilidad<sup>37</sup>. Es más, algunos convenios colectivos dejan en

**La comisión paritaria puede no resolver por sí misma y con carácter decisorio el conflicto colectivo, pero en cambio acordar válidamente el sometimiento del mismo a genuino arbitraje, pese a la oposición de las partes enfrentadas en origen. Posibilidad que también encaja en los términos amplios del artículo 82.3 del ET. De hecho, muchos convenios colectivos así lo prevén expresamente**

**La comisión puede resolver de forma vinculante el conflicto colectivo, sea para satisfacer total o parcialmente el interés empresarial en orden al descuelgue, sea para desestimarlos. Y por supuesto puede también, y suele ser lo más habitual, no alcanzar acuerdo válido alguno y por tanto no pronunciarse, dejando sin resolver el conflicto**

manos de las partes en conflicto, de ambas o de la que tome la iniciativa, el alcance de la intervención de la comisión paritaria<sup>38</sup>. Otros convenios configuran directamente dicha intervención a modo de mediación<sup>39</sup>, sin que se aprecie ilicitud alguna a la vista de la redacción abierta del artículo 82.3 del ET, que no excluye la intervención de la autonomía colectiva, y menos tras la reforma de 2012 que no exige legalmente el recurso previo a la comisión paritaria.

En esta misma línea, la comisión paritaria puede no resolver por sí misma y con carácter decisorio el conflicto colecti-

<sup>37</sup> En sentido contrario, SANGUINETI RAYMOND, W.: «El papel de ...», *op. cit.*, p. 121.

<sup>38</sup> Así lo hacen, por poner algunos ejemplos, el **XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad**, de 12 de julio de 2012 (BOE, de 9 de octubre de 2012) [art. 12.7 c)]; el **II Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores**, de 25 de septiembre de 2012 (BOE, de 27 de noviembre de 2012) [art. 12.2 d)]; el **I Convenio Colectivo de Auxiliar Logística Aeroportuaria, SA**, de 19 de noviembre de 2012 (BOE, de 27 de diciembre de 2012) (art. 10, de dudosa legalidad al exigir en todo caso la voluntad conjunta de las partes para someterse a la comisión paritaria); y el **III Convenio Colectivo de Empresas de Centros de Jardinería**, de 18 de abril de 2013 (BOE, de 23 de septiembre de 2013) (art. 35, que también exige la voluntad conjunta de las partes).

<sup>39</sup> **I Convenio Colectivo de Siemens Enterprise Comuncations, SA**, de 28 de septiembre de 2012 (BOE, de 28 de enero de 2013) (disp. gral. 6.ª 5) y **XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química**, de 21 de enero de 2013 (BOE, de 9 de abril de 2013) (art. 35).

vo, pero en cambio acordar válidamente el sometimiento del mismo a genuino arbitraje, pese a la oposición de las partes enfrentadas en origen. Posibilidad que también encaja en los términos amplios del artículo 82.3 del ET. De hecho, muchos convenios colectivos así lo prevén expresamente<sup>40</sup>. Téngase en cuenta que semejante atribución convencional cuenta con cobertura legal –art. 85.3 e) ET–, además de convencional en la cumbre –arts. 4 b), 13 b) y 19 ASAC V–<sup>41</sup>. Salvando las distancias, esta atribución convencional guarda alguna semejanza con el arbitraje predeterminado o en frío del que se hablará después, en el sentido de que la solución efectiva del conflicto ligado a la falta de acuerdo de descuelgue escapa a la voluntad sobrevenida de las partes enfrentadas.

Para terminar, la intervención previa de la comisión paritaria de la que se viene hablando no debe confundirse con la que prevén todavía hoy algunos convenios colectivos, que en materia de descuelgue salarial dejan en manos de la comisión paritaria, que no en la del acuerdo de empresa durante el periodo de consultas, la decisión vinculante correspondiente, más o menos en la línea de lo previsto antes de la reforma de 2010<sup>42</sup>. Aunque suelen ceñirse a la inaplicación no tanto del entero régimen salarial como exclusivamente del incremento salarial previsto, semejante distinción no encaja en los términos claros y estrictos del artículo 82.3 del ET y debe pues reputarse nula.

## V. LA VERDADERA SOLUCIÓN EFECTIVA DEL CONFLICTO COLECTIVO EN TORNO AL DESCUELGO: DEL ARBITRAJE A LOS ARBITRAJES

Conforme a la normativa legal y convencional en vigor, y a diferencia del régimen unitario del pasado reciente, pueden distinguirse tres tipos de arbitraje en materia de descuelgue: el clásico arbitraje voluntario, el arbitraje predeterminado por la autonomía colectiva y el arbitraje obligatorio *ope legis*.

El primer tipo de arbitraje mencionado, el voluntario, es el decidido, en su caso, por las partes en conflicto una vez

---

**Conforme a la normativa legal y convencional en vigor, y a diferencia del régimen unitario del pasado reciente, pueden distinguirse tres tipos de arbitraje en materia de descuelgue: el clásico arbitraje voluntario, el arbitraje predeterminado por la autonomía colectiva y el arbitraje obligatorio *ope legis***

---

<sup>40</sup> Véanse los ejemplos proporcionados por VIVERO SERRANO, J. B.: «La solución autónoma ...», *op. cit.*, p. 148. Más recientemente, por citar uno, el *Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes*, de 30 de enero de 2013 (BOE, de 22 de abril de 2013) (art. 91.2).

<sup>41</sup> Véase LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la ...*, *op. cit.*, p. 823.

<sup>42</sup> Ejemplos de convenios sectoriales estatales que remiten, de forma claramente ilícita, a la decisión vinculante de la comisión paritaria pueden encontrarse en CEINOS SUÁREZ, A.: «Los convenios colectivos ...», *op. cit.*, pp. 8-9 de la comunicación original; SANGUINETI RAYMOND, W.: «El papel de la ...», *op. cit.*, pp. 121-122; y VIVERO SERRANO, J. B.: «La solución autónoma ...», *op. cit.*, p. 139.

constatada la falta de acuerdo tras el periodo de consultas o en sustitución del mismo; en caliente por tanto. Es el arbitraje por antonomasia, el clásico, en el que piensan el artículo 91.2 del ET y otros preceptos legales: el artículo 24 del Real Decreto-Ley 17/1977, de relaciones de trabajo; el artículo 3.3 de la Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; el artículo 65.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social; etc. Y también el previsto desde los inicios por la autonomía colectiva intersectorial o en la cumbre, tanto a nivel estatal como en las diferentes comunidades autónomas<sup>43</sup>.

Arbitraje voluntario y clásico que en materia de descuelgue, antes y después de las reformas de los últimos años, brilla por su ausencia<sup>44</sup>. Tampoco es que en general este tipo de arbitraje sea muy utilizado<sup>45</sup>. Tienen aquí los empresarios y los representantes de los trabajadores en la empresa mucho camino por recorrer y más ahora que el camino parece más seguro o menos peligroso, según se mire, que el del arbitraje obligatorio y administrativo por parte de la CCNCC u órganos autonómicos equivalentes. Al menos desde la perspectiva de la representación de los trabajadores; insuficiente por tanto.

---

**El arbitraje voluntario y clásico en materia de descuelgue, antes y después de las reformas de los últimos años, brilla por su ausencia. Tienen aquí los empresarios y los representantes de los trabajadores en la empresa mucho camino por recorrer**

---

Arbitraje voluntario potencialmente facilitado por el reciente reforzamiento de los sistemas autónomos de solución de conflictos laborales, en parte por la progresiva asunción de la eficacia normativa y la eficacia personal *erga omnes* –v. gr. ASAC V–, y en parte por el crecimiento exponencial de las adhesiones efectuadas por los convenios colectivos sectoriales y empresariales a partir de la reforma laboral de 2010, tal y como ya se ha visto en este estudio. Y es que todavía quedan sistemas autonómicos sin eficacia personal general<sup>46</sup>.

El segundo tipo de arbitraje, el aquí denominado predeterminado por la autonomía colectiva<sup>47</sup>, es un arbitraje decidido en frío por oposición al anterior que lo es en caliente. El fundamento

<sup>43</sup> El caso, por poner el ejemplo más recurrente, del reciente ASAC V –art. 8.1 b)– y de su versión anterior y ya derogada, el ASEC IV –art. 8–.

<sup>44</sup> Ningún arbitraje durante el año 2012 a tenor de los datos consignados en la memoria elaborada por la Fundación SIMA.

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, en el año 2012 no se canalizó a través del SIMA arbitraje alguno y en el 2011 solo cinco. Las memorias correspondientes y los datos pueden verse en la página web oficial de la Fundación SIMA.

<sup>46</sup> Los sistemas de Cataluña, Madrid, Murcia, Extremadura, Aragón, Navarra, La Rioja y Castilla-La Mancha.

<sup>47</sup> De arbitraje en frío habla CRUZ VILLALÓN, J.: «El nuevo papel . . .», *op. cit.*, *passim*. Arbitraje de futuro lo llama ALFONSO MELLADO, C.: «Novedades en materia de arbitraje y experiencias en el Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana», ponencia presentada en las XII Jornadas de la Fundación SIMA (21 de octubre de 2010). Puede verse en la siguiente página web: <http://www.fsima.es/docs/PONENCIA%20CARLOS%20ALFONSO%20MELLADO.pdf>.



del arbitraje no es el convenio arbitral suscrito de común acuerdo y de forma directa y sobrevenida por las partes en conflicto, sino la correspondiente previsión convencional en su día acordada, ya sea por los mismos sujetos en conflicto, en cuyo caso podría hablarse sin problemas de voluntariedad *ex ante* del arbitraje, ya por sujetos colectivos distintos pero con capacidad de vincular jurídicamente a las partes en conflicto –convenio estatuario–, lo que convertiría al arbitraje en obligatorio para las mismas. Obligatoriedad, se insiste, de origen convencional, muy distinta de la de origen legal que se verá a continuación.

Por último, el controvertido arbitraje obligatorio *ope legis*, introducido por la reforma laboral de 2012 en el kilométrico artículo 82.3 del ET, que a su vez remite al imprescindible entramado institucional público de la CCNCC u órganos autonómicos similares. Es la ley la que, a falta de compromiso arbitral expreso y previsión convencional *ad hoc*, dotando de fundamento al arbitraje obligatorio, se pone descaradamente al servicio del interés empresarial. El legislador ante la persistencia del conflicto colectivo, y a diferencia de lo que sucede con otros muchos conflictos laborales, considera más plausible y racional la posición empresarial favorable al descuelgue que la negativa de la representación de los trabajadores, supuestamente irracional, tozuda o apriorística. De ahí que facilite mediante el arbitraje obligatorio una última salida solo formalmente neutra, pues materialmente está claramente pensada para satisfacer la expectativa empresarial en orden al descuelgue. Y es que para los fines de la devaluación interna y de la empresa flexible todos los medios parecen estar justificados.

Comparten los tres tipos de arbitraje algunas características fundamentales. Así, en primer lugar, la solución realmente efectiva y vinculante del conflicto laboral objeto del arbitraje, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con la intervención previa de la comisión paritaria.

---

**El arbitraje aquí denominado predeterminado por la autonomía colectiva es un arbitraje decidido en frío. Su fundamento no es el convenio arbitral suscrito de común acuerdo y de forma directa y sobrevenida por las partes en conflicto, sino la correspondiente previsión convencional en su día acordada**

---



---

**Es la ley la que, a falta de compromiso arbitral expreso y previsión convencional *ad hoc*, dotando de fundamento al arbitraje obligatorio, se pone descaradamente al servicio del interés empresarial. Considera más plausible y racional la posición empresarial favorable al descuelgue que la negativa de la representación de los trabajadores, supuestamente irracional, tozuda o apriorística**

---

En segundo lugar, la eficacia del laudo arbitral equiparada a la del acuerdo de empresa durante el periodo de consultas, tal y como establece el propio artículo 82.3 del ET. Luego, eficacia personal que a la vista de los requisitos subjetivos del artículo 41.4 del ET, al que remite el 82.3 del ET, será la misma del convenio colectivo estatutario, esto es, *erga omnes*. Así se desprende además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los acuerdos de empresa<sup>48</sup>. Mucho más complicado es pronunciarse sobre la eficacia jurídica. Conforme a la discutible jurisprudencia del Supremo sobre los acuerdos de empresa la eficacia podría ser contractual en vez de normativa<sup>49</sup>, si bien con el peculiar entendimiento de lo contractual colectivo en el ámbito laboral –eficacia real–, muy alejado del canónico pensamiento *iusprivatista*<sup>50</sup>. Y es que no puede dejar de reconocerse lo peculiar, por no decir otra cosa, que es anudar la eficacia contractual y la eficacia personal general ante productos negociados por las secciones sindicales mayoritarias, que no por la representación unitaria.

Desde otro punto de vista, la eficacia jurídica contractual, aunque sea *sui generis*, de los acuerdos de descuelgue abre un nuevo frente litigioso, el de la legalidad o ilegalidad de las eventuales huelgas novatorias –art. 11 c) DLRT–, sobre el que como se sabe no hay consenso doctrinal<sup>51</sup>.

Más valdría pues reconocer a los acuerdos de empresa, a todos o a algunos, incluidos los de descuelgue, eficacia normativa<sup>52</sup>. No puede dejar de criticarse en este sentido que mientras

<sup>48</sup> SSTS, Sala 4.ª, de 24 de mayo de 2004, rcud. núm. 1631/2003, F. J. 2, y de 24 de enero de 2013, rcud. núm. 42/2012.

<sup>49</sup> Sentencias citadas en la nota anterior. Sorprende la cita por parte de algunos autores de una sentencia que según ellos avalaría la eficacia normativa de los acuerdos de empresa de descuelgue, cuando en la sentencia en cuestión nada se dice al respecto. Se trata de la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 17 de enero de 2012, núm. 107.

En cuanto a la doctrina, por la eficacia contractual, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Mediación, arbitraje y ...», *op. cit.*, pp. 21-22 de la versión digital. En contra, esto es, partidarios de la eficacia normativa, ALFONSO MELLADO, C.: «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios», en *RL*, 2013, núm. 3, p. 14 de la versión digital; GOERLICH PESET, J. M.: *Régimen de la ...*, *op. cit.*, p. 115; y POQUET CATALÀ, R.: «La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012», en *AS*, 2012, núm. 7, p. 12 de la versión digital. Desde una perspectiva más amplia, dando cuenta de las distintas posiciones doctrinales, ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid: CES, 2000, pp. 273 y ss.

<sup>50</sup> Aunque la STS, Sala 4.ª, de 24 de enero de 2013, rcud. núm. 42/2013, afirma la naturaleza contractual del acuerdo de empresa objeto del litigio, lo cierto es que no admite la renegociación parcial del mismo, lo que casa mal con la lógica civilista de la novación contractual. Y lo mismo puede decirse de la STS, Sala 4.ª, de 24 de mayo de 2004, rcud. núm. 1631/2003, que otorga eficacia contractual a un acuerdo de empresa negociado por las secciones sindicales mayoritarias, sin que eso le lleve a reconocer conforme a los típicos mecanismos de la representación de Derecho privado la eficacia personal limitada de lo pactado, inclinándose en cambio por la eficacia *erga omnes*.

<sup>51</sup> Sobre ese espinoso asunto, BARRERO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios. Contenido y régimen jurídico*, Madrid: MTAS, 2004, pp. 99 y ss.

<sup>52</sup> La STS, Sala 4.ª, de 24 de enero de 2013, rcud. núm. 42/2013, implícitamente desliza esta eficacia cuando propone, *obiter dicta*, que los acuerdos de empresa sustitutivos de los convenios colectivos estatutarios se consideren anexos de los mismos.

Por la eficacia normativa siempre se han decantado, entre otros muchos, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Cerasa, 2012, p. 212. Asimismo, los autores citados tres notas atrás.



los acuerdos en mediación y los laudos de los artículos 86.3 y 91.2 del ET expresamente se equiparen a los convenios colectivos estatutarios, los del artículo 82.3 del ET deban conformarse con la equiparación al común de los acuerdos de empresa<sup>53</sup>. Este doble rasero podría debilitar todavía más la fuerza vinculante de los convenios colectivos estatutarios, cuya inaplicación parcial vía acuerdo de empresa o arbitraje pudiera abrir la veda a la posterior modificación sustancial ex artículo 41 del ET, que no se olvide es una facultad unilateral –aunque causal– del empresario, que además no siempre requiere previo periodo de consultas<sup>54</sup>.

**No puede dejar de criticarse en este sentido que mientras los acuerdos en mediación y los laudos de los artículos 86.3 y 91.2 del ET expresamente se equiparen a los convenios colectivos estatutarios, los del artículo 82.3 del ET deban conformarse con la equiparación al común de los acuerdos de empresa. Este doble rasero podría debilitar todavía más la fuerza vinculante de los convenios colectivos estatutarios**

Y, en tercer lugar, la posible impugnación judicial del contenido regulatorio del laudo conforme a los términos del artículo 91.2 del ET, esto es, por ilegalidad o lesividad de las nuevas condiciones de trabajo establecidas; *in peius* sin duda. Laudo que también podría ser objeto de impugnación por defectos formales o procedimentales y por exceso o *ultra vires* –art. 91.2 ET–. Adviértase que en el arbitraje obligatorio del 82.3 del ET podría constituir un defecto formal susceptible de impugnación la falta de motivación del laudo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 22.1 y 24.2 del Real Decreto 1362/2012. Cuestión distinta, que se abordará más adelante, es la posible impugnación judicial de la pertinencia del descuelgue vía laudo, esto es, de la existencia o no de causa y de adecuación y proporcionalidad.

## VI. LA LENTA CONSTRUCCIÓN CONVENCIONAL DEL ARBITRAJE PREDETERMINADO O EN FRÍO

Ya se ha dicho que el reconocimiento legal del arbitraje predeterminado por la autonomía colectiva o en frío, expresamente solo para los conflictos en materia de descuelgue –art. 82.3 ET– y de bloqueo de la renegociación del convenio denunciado hace tiempo –art. 86.3 ET–, constituye una importante novedad de las reformas de los últimos años, que surge en la primera versión de la reforma de 2010 y que persiste en las posteriores de ese mismo año y de los

<sup>53</sup> Llama la atención sobre este hecho, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Mediación, arbitraje y ...», *op. cit.*, pp. 21-22 de la versión digital.

<sup>54</sup> Advierte de esta consecuencia, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Mediación, arbitraje y ...», *op. cit.*, p. 22 de la versión digital. En contra, ALFONSO MELLADO, C.: «La reforma de ...», *op. cit.*, p. 14, y GOERLICH PESET, J. M.: *Régimen de la ...*, *op. cit.*, pp. 81 y 115.

siguientes. Bien es cierto que este tipo de arbitraje, basado en un «convenio arbitral» sobre controversias de futuro, estaba ya contemplado en el artículo 9.1 de la [Ley 60/2003, de 23 de diciembre](#), de Arbitraje, como se sabe no aplicable a los arbitrajes laborales. También la doctrina laboral y la escasa doctrina judicial habían defendido desde antiguo la licitud de la figura en el específico ámbito laboral<sup>55</sup>.

En cualquier caso, por mucho que antes de las reformas de los últimos años se admitiera la licitud del arbitraje predeterminado por la autonomía colectiva, lo realmente importante es que no era operativo al no estar previsto por los diferentes sistemas institucionales de solución autónoma o extrajudicial de conflictos laborales<sup>56</sup>. Luego, mediante el reconocimiento legal de 2010 se pretende no tanto declarar la licitud de la figura cuanto, por un lado, permitir su desenvolvimiento institucional, lo que remite al nivel intersectorial o en la cumbre y, por otro, fomentar la conclusión de compromisos arbitrales de futuro en el ámbito de la autonomía colectiva sectorial y empresarial.

---

**Mediante el reconocimiento legal de 2010 se pretende no tanto declarar la licitud de la figura cuanto, por un lado, permitir su desenvolvimiento institucional, lo que remite al nivel intersectorial o en la cumbre y, por otro, fomentar la conclusión de compromisos arbitrales de futuro en el ámbito de la autonomía colectiva sectorial y empresarial**

---

Interesa ahora resaltar que el arbitraje predeterminado o en frío no plantea ninguna duda de constitucionalidad cuando el compromiso arbitral de futuro es obra de la autonomía colectiva de ámbito empresarial o similar<sup>57</sup>, ya que o bien coinciden plenamente los sujetos negociadores del convenio colectivo estatutario en el que se incluye el compromiso arbitral y las partes en conflicto, lo que permite hablar de voluntariedad *ex ante*, o bien no coincidiendo existe la suficiente cercanía entre los sujetos negociadores del convenio y las partes enfrentadas como para que la eficacia normativa y *erga omnes* del convenio estatutario solviente cualquier duda al respecto, teniendo eso sí el arbitraje carácter obligatorio para quien en caliente no lo desee<sup>58</sup>. La falta de coincidencia podría darse en las empresas de grupo, en las empresas multicentro, en las empresas vinculadas por razones organizativas o productivas –art. 87.1 [ET](#)– e incluso en las empresas

---

<sup>55</sup> Admite tempranamente los compromisos convencionales de arbitraje, a distintos efectos además, DURÁN LÓPEZ, F.: «El laudo arbitral en los conflictos laborales», en *RL*, 1993, pp. 6-9 de la versión digital.

También los admiten los escasos pronunciamientos judiciales existentes. Así, por ejemplo, la STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Social, de 31 de julio de 1999, recurso núm. 168/1999.

<sup>56</sup> Ni el [ASEC IV](#) ni ninguno de los sistemas autonómicos recogía esta figura.

<sup>57</sup> También es posible que el compromiso de arbitraje figure en un convenio colectivo extraestatutario, conforme al artículo 9 de la Ley de Arbitraje, que exige eso sí plena coincidencia entre los sujetos negociadores del convenio y los afectados por el conflicto colectivo.

<sup>58</sup> En este sentido, habla de arbitraje obligatorio el artículo 8.1 b) del [ASAC V](#).

simples en las que cambiara de manera sustancial la representación unitaria de los trabajadores en los sucesivos procesos electorales.

Tampoco plantea mayores problemas el compromiso arbitral de futuro plasmado en un convenio colectivo estatutario de carácter sectorial y ello pese a la obvia falta de correspondencia entre los sujetos negociadores del mismo y las partes en conflicto, y consiguiente carácter obligatorio del arbitraje. También aquí la eficacia normativa y *erga omnes* del convenio estatutario resuelve el problema, siempre y cuando la correspondiente cláusula convencional no se configure como de naturaleza obligacional<sup>59</sup>. Adviértase que la eventual discrepancia en este punto entre la regulación contenida en un convenio de empresa y la establecida en uno sectorial no daría lugar a la preferencia aplicativa del convenio de empresa *ex* artículo 84.2 del ET y habría que estar al resto de reglas del artículo 84 del ET.

En cambio, resulta muy dudoso que el compromiso arbitral previo y la ineludible obligatoriedad del arbitraje para las partes enfrentadas pueda ser obra de la autonomía colectiva intersectorial o en la cumbre, vía artículo 83.3 del ET<sup>60</sup>. Y ello pese al expreso apoyo legal, que es explícito en el caso del artículo 86.3 del ET e implícito en el del artículo 82.3 del ET. Incluso admitiendo la licitud de este arbitraje obligatorio en los dos supuestos mencionados, la excesiva lejanía entre los sujetos negociadores de los acuerdos en la cumbre y las partes en conflicto aconseja huir de esta vía. Al fin y al cabo, la proximidad funcional entre los acuerdos en la cumbre y las normas legales y reglamentarias es

---

**Resulta muy dudoso que el compromiso arbitral previo y la ineludible obligatoriedad del arbitraje para las partes enfrentadas pueda ser obra de la autonomía colectiva intersectorial o en la cumbre, vía artículo 83.3 del ET. Incluso admitiendo su licitud, la excesiva lejanía entre los sujetos negociadores de los acuerdos en la cumbre y las partes en conflicto aconseja huir de esta vía**

---

<sup>59</sup> Un ejemplo de cláusula obligacional puede verse en el *Convenio Colectivo de Empresas de Captación, Elevación y Distribución de Aguas Potables y Residuales de Extremadura*, de 27 de octubre de 2010 (DOE, de 11 de febrero de 2011) (disp. adic. 2.<sup>a</sup>), aunque quizá se trate de un mero compromiso extrajurídico, una declaración de buena voluntad.

<sup>60</sup> En este sentido, con riqueza de argumentos además, CRUZ VILLALÓN, J.: «El nuevo papel ...», *op. cit.*, pp. 3 y 23 de la versión digital. Asimismo, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010», en *AL*, núm. 4, 2011, p. 5 de la versión digital, y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Dos reformas trenzadas ...», *op. cit.*, pp. 36-37 de la versión digital. En cambio, parecen admitir el arbitraje obligatorio vía acuerdos interprofesionales, SALA FRANCO, T.: «La reforma de la negociación colectiva», en BLASCO PELLICER, A. y otros, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 65, y NAVARRO NIETO, F.: «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva», ponencia presentada en el *XXXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (San Sebastián, 2012), pp. 78 y ss.

tan grande que el arbitraje obligatorio con fundamento en dichos acuerdos acabaría identificándose con el arbitraje obligatorio *ope legis*. Cuestión distinta es que pueda acabar siendo una mala alternativa, pero no tan mala como la del arbitraje de la CCNCC u órganos autonómicos similares. En todo caso, hoy por hoy este es un planteamiento solo teórico en la medida en que ningún acuerdo *ex* artículo 83.3 del ET lo ha contemplado todavía.

---

**La conclusión que se anticipa es que por el momento se trata más de una previsión en abstracto que de una realidad en concreto; una figura en lenta construcción podría decirse**

---

Ya se ha mencionado en este estudio el lento pero sostenido despegue del arbitraje en frío tanto en la autonomía colectiva en la cumbre –ASAC V y [Preco III reformado](#)– como en los convenios colectivos empresariales y sectoriales<sup>61</sup>. Esta irrupción tras la reforma de 2011, aunque en realidad su fomento arranque de la reforma de 2010, y aunque todavía no pueda

hablarse de una *praxis* habitual o generalizada de la negociación colectiva española, exige realizar un análisis crítico y pormenorizado de la regulación convencional en sus diferentes niveles, con especial hincapié en las carencias o insuficiencias propias de toda figura novedosa. La conclusión que se anticipa es que por el momento se trata más de una previsión en abstracto que de una realidad en concreto; una figura en lenta construcción podría decirse.

Lo primero que llama la atención es que no suelen incluirse dentro del compromiso arbitral de futuro los dos tipos de conflictos colectivos para los que las reformas de 2010 y 2011 fomentan este singular arbitraje en frío, a saber, el fracaso del acuerdo empresarial de descuelgue y el bloqueo de la renegociación del convenio estatutario denunciado hace suficiente tiempo. Y todavía más inexplicable es que no siempre se incluyan los dos tipos posibles de descuelgue, el salarial y el de otras condiciones de trabajo. Es relativamente habitual que solo alguno de ellos quede cubierto<sup>62</sup>. Adviértase que a la fuerza en esta delicada materia, en la que hay derechos fundamentales por medio, debe realizarse una interpretación restrictiva. Así, por mucho que en la actualidad el descuelgue salarial y no salarial esté unificado en el artículo 82.3 del ET, las cláusulas convencionales anteriores a la reforma de 2012 –e incluso las posteriores– que solo se refieran a uno de los dos tipos concretos de descuelgue no pueden extenderse por analogía al otro.

---

<sup>61</sup> Véanse notas 23, 25, 26 y 31.

<sup>62</sup> Convenio Colectivo de Transportes Bacoma, SA, de 1 de diciembre de 2011 (BOE, de 7 de marzo de 2012) (disp. adic. 2.ª, en relación con el descuelgue no salarial); XIV Convenio Colectivo de Europcar Ibérica, SA, de 21 de diciembre de 2011 (13 de febrero de 2012) (art. 6 bis, solo respecto del descuelgue no salarial); [V Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento](#), de 21 de febrero de 2012 (BOE, de 9 de abril de 2013) (art. 60, relativo exclusivamente al descuelgue salarial); [Convenio Colectivo de Comercio General de la Región de Murcia](#), de 20 de diciembre de 2011 (BORM, de 2 de febrero de 2012) (art. 45, que se ocupa del descuelgue salarial).

Véanse más ejemplos en VIVERO SERRANO, J. B.: «La solución autónoma ...», *op. cit.*, p. 146.

Por otro lado, merece una valoración muy crítica la parca regulación que suele predominar, que muchas veces se limita a la mera formulación del carácter obligatorio del arbitraje de futuro<sup>63</sup>, lo que exige bien confiar en la suscripción sobrevenida del correspondiente convenio arbitral detallado, en cuyo caso se estaría ya ante la figura genuina del arbitraje voluntario, bien aplicar supletoriamente la correspondiente regulación convencional en la cumbre<sup>64</sup>. El problema es que esta última solo está presente por el momento en el sistema vasco –Preco III modificado–, y no de manea criticable en el ASAC V o en otros sistemas autonómicos recientemente reformados<sup>65</sup>. Por supuesto, no faltan ejemplos de buena praxis convencional, que además del compromiso arbitral de futuro contienen una mínima regulación procedimental, de designación del árbitro, etc., pero son la excepción que confirma la regla<sup>66</sup>.

Se corre por tanto el riesgo de que pese a la previsión convencional del arbitraje en frío, y ante la falta de regulación suficiente, finalmente no pueda desarrollarse el mismo si una de las partes en conflicto se opone<sup>67</sup>. Y a la vista de la reciente regulación reglamentaria de la CCNCC, muy favorable al interés patronal como después se verá, no sería de extrañar la oposición empresarial al desarrollo efectivo del arbitraje predeterminado convencionalmente, pero sin suficiente regulación aplicable.

<sup>63</sup> Así, XIV Convenio Colectivo de Europcar Ibérica, SA, de 21 de diciembre de 2011 (13 de febrero de 2012) (art. 6 bis); I Convenio Colectivo de Puerto Seco Santander-Ebro, SA, de 1 de febrero de 2012 (BOE, de 28 de marzo de 2012) (art. 3.5); V Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento, de 21 de febrero de 2012 (BOE, de 9 de abril de 2013) (art. 60, que remite al necesario desarrollo posterior); y Convenio Colectivo de Ex in Técnicas Tubulares, SL, de 21 de enero de 2013 (BOE, de 22 de abril de 2013) (art. 35).

<sup>64</sup> Forzando la interpretación de las normas en vigor, pensadas para el arbitraje sobrevenido clásico, proponen la aplicación supletoria de determinadas reglas convencionales –por ejemplo, del ASAC V–, ALFONSO MELLADO, C. (dir.): *El impacto de ... op. cit.*, p. 47, si bien no desconocen los problemas prácticos de tan forzada solución (pp. 80-81).

<sup>65</sup> Apartado 9 del Anexo sobre normas de aplicación del Preco III, elaborado por la comisión paritaria del mismo en 2011.

En cuanto al ASAC V, se limita a remitir a lo establecido en los correspondientes convenios colectivos, sin contener regulación supletoria alguna. Sorprende este silencio a la vista de la pretensión inicial de los dos grandes sindicatos, plasmada en el documento de noviembre de 2011 titulado «Propuestas sindicales unitarias de reforma del ASEC IV». Puede verse en la siguiente dirección: [http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc95920\\_La\\_Reforma\\_de\\_la\\_Negociacion\\_Collectiva\\_y\\_el\\_nuevo\\_papel\\_de\\_los\\_Organismos\\_Extrajudiciales\\_de\\_Solucion\\_de\\_Conflictos.pdf](http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc95920_La_Reforma_de_la_Negociacion_Collectiva_y_el_nuevo_papel_de_los_Organismos_Extrajudiciales_de_Solucion_de_Conflictos.pdf).

<sup>66</sup> V Convenio Colectivo del Sector de la Construcción, de 20 de enero de 2012 (BOE, de 15 de marzo de 2012) (art. 17 y anexos VIII y IX, que otorgan amplias facultades a la comisión paritaria); Convenio Colectivo de La Verdad Multimedia, SA, de 23 de diciembre de 2011 (BOE, de 29 de marzo de 2012) (art. 11, que faculta en última instancia a la Dirección Provincial de Trabajo); y Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes, de 30 de enero de 2013 (BOE, de 22 de abril de 2013) (arts. 97 y 98, que conceden amplias atribuciones a la comisión mixta).

<sup>67</sup> La STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de marzo de 1998, núm. 1092/1998, considera que el compromiso arbitral previo sin designación del árbitro ni establecimiento de mecanismo alguno para su designación no constituye un genuino compromiso arbitral cuya eficacia pueda garantizarse judicialmente.

*Vid.* ALFONSO MELLADO, C.: «La reforma de ...», *op. cit.*, p. 15 de la versión digital.

En consecuencia, tienen aquí los titulares de la autonomía colectiva un amplio terreno por explorar<sup>68</sup>. Y lo tienen los titulares en la cumbre, que deberían regular con carácter supletorio o dispositivo todo lo relativo al desarrollo del arbitraje predeterminado o en frío, siguiendo quizá el ejemplo del sistema vasco y el del [Real Decreto 1362/2012](#) en lo que se refiere a obligaciones documentales. Y lo tienen, también, los titulares de la autonomía colectiva sectorial y empresarial, en la medida en que no deberían limitarse a la previsión convencional del arbitraje de futuro, sino adicionalmente a dotarlo de suficiente regulación.

Suficiente regulación que, de nuevo siguiendo el ejemplo de la regulación dispositiva del sistema vasco, debería abordar al menos el procedimiento de designación del árbitro en caso de no colaboración de las partes, que bien pudiera ser por sorteo de entre los ya incluidos en la correspondiente lista de árbitros del sistema autónomo que sea<sup>69</sup>. Otros temas importantes como la cuestión sometida a arbitraje o el tipo de intervención arbitral en realidad están ya decididos por el legislador, por lo que la eventual regulación sería más pedagógica que otra cosa. Y en materia procedimental, y muy en especial en lo que toca a las obligaciones documentales, sería muy conveniente, ya sea por expresa regulación convencional o por aplicación supletoria, seguir en la medida de lo posible la regulación del [Real Decreto 1362/2012](#), así como la regulación general del procedimiento de arbitraje del correspondiente sistema autónomo.

Por último, deberían expresar los negociadores colectivos con claridad el carácter normativo u obligacional del compromiso arbitral de futuro, sin que *a priori* estas cláusulas puedan encajarse automáticamente en una u otra categoría, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con las cláusulas de paz sindical. Se evitaría así otro posible, adicional y previo conflicto colectivo a resolver, de tipo jurídico en este caso.

---

**En consecuencia, tienen aquí los titulares de la autonomía colectiva un amplio terreno por explorar. Y lo tienen los titulares en la cumbre, que deberían regular con carácter supletorio o dispositivo todo lo relativo al desarrollo del arbitraje predeterminado o en frío, siguiendo quizá el ejemplo del sistema vasco. Y lo tienen, también, los titulares de la autonomía colectiva sectorial y empresarial, en la medida en que no deberían limitarse a la previsión convencional del arbitraje de futuro, sino adicionalmente a dotarlo de suficiente regulación**

---

<sup>68</sup> Así, CRUZ VILLALÓN, J.: «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. (dirs.): *Reforma Laboral 2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 406.

<sup>69</sup> Así lo dispone el apartado 9 del Anexo del [Preco III](#) reformado.

Mucho más complejo, y además requiere una mínima colaboración de las partes en conflicto, es el sistema de designación subsidiaria diseñado por el artículo 20.3 del [ASAC V](#).

Junto a los retos técnicos a que se acaba de hacer referencia, se enfrenta la negociación colectiva en sus diferentes niveles a otro reto de mayor calado, el de la extensión o generalización del arbitraje en frío para evitar el triunfo del arbitraje obligatorio *ope legis*. Se encuentran los titulares de la autonomía colectiva ante un escenario nuevo, el derivado de la reforma laboral de 2012, en el que el arbitraje obligatorio de naturaleza convencional, encomendado a árbitros imparciales, es sin duda menos malo que el arbitraje obligatorio de base legal y gestión administrativa, con grave quebranto de la necesaria imparcialidad. El reto es especialmente difícil para los dos grandes sindicatos españoles, en tanto en cuanto supone la aceptación, táctica al menos, del posible descuelgue del convenio estatutario pese a la oposición frontal en caliente de la representación de los trabajadores en la empresa o el centro de trabajo. Pese a todo, y con buen criterio, parecen estar mostrando buena disposición<sup>70</sup>. Está por ver, eso sí, la posición de la patronal española, calculadamente más ambigua por el momento.

**Junto a los retos técnicos a que se acaba de hacer referencia, se enfrenta la negociación colectiva en sus diferentes niveles a otro reto de mayor calado, el de la extensión o generalización del arbitraje en frío para evitar el triunfo del arbitraje obligatorio *ope legis***

## VII. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO OPE LEGIS Y LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS

Ya se ha dicho en este estudio que para el legislador de 2012 la salida de la crisis económica a través de la devaluación interna –objetivo macroeconómico– es un fin tan importante que todos los medios para alcanzarlo se justifican sin más, y el descuelgue del convenio colectivo estatutario no constituye una excepción. De ahí el arbitraje obligatorio *ex lege* como medio último para conseguir el descuelgue –objetivo microeconómico–. Si además eso contribuye a la «canonización» del modelo de empresa flexible, miel sobre hojuelas.

**Para el legislador de 2012 la salida de la crisis económica a través de la devaluación interna es un fin tan importante que todos los medios para alcanzarlo se justifican sin más**

<sup>70</sup> Favorable a la generalización de la figura en la negociación colectiva sectorial y empresarial se muestra la confederación de Comisiones Obreras en la valoración sindical incluida en el documento titulado *V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales*, Madrid: CC. OO., 2012, p. 12 (puede encontrarse en internet).



Rompe radicalmente la reforma de 2012 con las dos anteriores que no se atrevieron a garantizar por ley la solución arbitral. Se pasa así del *soft law* al *hard law*. La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2012, la misma que la de la Ley 3/2012, es muy reveladora a este respecto<sup>71</sup>. Antes de entrar en el análisis del complejo entramado institucional necesario para el desenvolvimiento práctico del arbitraje obligatorio, así como en la valoración de las primeras experiencias, resulta necesario detenerse en el controvertido encaje constitucional del arbitraje en cuestión.

**Rompe radicalmente la reforma de 2012 con las dos anteriores que no se atrevieron a garantizar por ley la solución arbitral. Se pasa así del *soft law* al *hard law***

## VII.1. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO *OPE LEGIS*: MANIFIESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Es de sobra conocido que los términos arbitraje y obligatorio casan mal. De ahí que en la Ley 60/2003, de Arbitraje, no haya expresamente espacio alguno para el arbitraje obligatorio. Cierto es que en el ámbito laboral la existencia de una fuente peculiar, la autonomía colectiva, exige matizar tan tajante afirmación. Así, no es lo mismo que la obligatoriedad del arbitraje sea de origen legal a que tenga fundamento convencional. Ya se ha dicho en este trabajo que no presentan duda alguna los arbitrajes obligatorios previstos en los convenios colectivos empresariales y sectoriales, a diferencia de los contenidos en los acuerdos en la cumbre<sup>72</sup>.

Es asimismo de sobra sabido que no hay *a priori* una manifiesta inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio *ex lege*, al menos en el ámbito laboral y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>73</sup>. Precisamente por eso suele aludirse doctrinalmente a la dudosa constitucionalidad de tal o cual arbitraje obligatorio *ope legis*, más que a la segura inconstitucionalidad del mismo. Es más, no faltan en el Derecho Laboral español de la presente etapa democrática

<sup>71</sup> Apartado IV de la exposición de motivos, que dice así: «[...] La última reforma [...]». Aunque no lo diga el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012, debe también haber estado en el ánimo del «legislador» de 2012 el conocimiento de las soluciones dadas a este particular por la autonomía colectiva intersectorial o en la cumbre. Así, ni el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014, de 25 de enero de 2012 –capítulo IV–, ni el ASAC V, de 7 de febrero de 2012 –art. 8.1 b)–, establecen o recomiendan arbitraje obligatorio alguno.

<sup>72</sup> El único supuesto, que se sepa, de arbitraje obligatorio vía acuerdos sobre materias concretas del artículo 83.3 del ET es el del sistema gallego, circunscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga (art. 26 del Acuerdo Interprofesional Gallego).

<sup>73</sup> Dice así la STC 11/1981: «No por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro ...» (F. J. 19).



ejemplos de arbitrajes obligatorios *ex lege* sin tacha alguna de inconstitucionalidad. Así, los arbitrajes obligatorios ligados a determinadas huelgas, ya sea especialmente dañinas para la economía –art. 10.1 RDL 17/1977–, ya con grave perjuicio para los usuarios de los servicios esenciales –art. 10.2 –<sup>74</sup>; el arbitraje obligatorio en materia de elecciones «sindicales»<sup>75</sup>; y el ya decaído arbitraje para la sustitución de las ordenanzas laborales<sup>76</sup>.

Ahora bien, el arbitraje obligatorio en materia de descuelgue guarda poca relación con los anteriores. Por lo pronto, no está pensado para situaciones absolutamente excepcionales, que exigen además previa intervención gubernamental, como sucede con los arbitrajes ligados a determinadas huelgas muy perjudiciales. Tampoco se trata de resolver un conflicto jurídico puro, que posteriormente pueda ser objeto de plena impugnación judicial, como sucede con el arbitraje en materia electoral. Y menos aún está en juego la sustitución de una norma reglamentaria por un laudo arbitral, sin que aparezca involucrada la autonomía colectiva, tal y como sucedía con el arbitraje para la sustitución de las ordenanzas laborales.

El arbitraje obligatorio del artículo 82.3 del ET se asemeja al expulsado, por inconstitucional, arbitraje de la autoridad laboral del Real Decreto-Ley 17/1977, del que se hablará en extenso, así como al previsto por la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 7/2011, en relación con el fracaso de la renegociación del convenio estatutario denunciado hace tiempo, decaído tras la reforma laboral de 2012<sup>77</sup>. Estas semejanzas llevan a buena parte de la doctrina, aunque no a toda, a plantearse dudas de constitucionalidad, cuando no a sostener con vehemencia la inconstitucionalidad<sup>78</sup>.

---

**El arbitraje obligatorio del artículo 82.3 del ET se asemeja al expulsado, por inconstitucional, arbitraje de la autoridad laboral del Real Decreto-Ley 17/1977. Esta semejanza lleva a buena parte de la doctrina, aunque no a toda, a plantearse dudas de constitucionalidad, cuando no a sostener con vehemencia la inconstitucionalidad**

---

<sup>74</sup> VIVERO SERRANO, J. B.: *La terminación de ...*, *op. cit.*, pp. 59 y ss. y 135 y ss.

<sup>75</sup> CALVO GALLEGOS, F. J.: *El arbitraje en las elecciones «sindicales»*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

<sup>76</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la ...*, *op. cit.*, pp. 571 y ss.

<sup>77</sup> Arbitraje obligatorio de derecho transitorio y sin soporte institucional alguno, condenado de antemano al fracaso. Así, ALFONSO MELLADO, C. (dir.): *El impacto de ...op. cit.*, p. 43. Sostiene con vehemencia su inconstitucionalidad, CRUZ VILLALÓN, J.: «El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, 2011, núms. 23-24, p. 5 de la versión digital.

<sup>78</sup> Entre otros, SALA FRANCO, T.: «La reforma de ...», *op. cit.*, p. 65; CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de ...», *op. cit.*, pp. 416 y ss., con especial vehemencia; NAVARRO NIETO, F.: «La reforma del ...», *op. cit.*, pp. 76 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C.: «De las "reformas ..."», *op. cit.*, pp. 138-139; BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A.: «La flexibilidad interna ...», *op. cit.*, pp. 358 y ss. del libro en prensa; SUÁREZ CORUJO, B.: «Ruptura laboral y posibles aspectos inconstitucionales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2012, núm. 31, pp. 33-34; y GOÑI SEIN, J. L.: «Técnicas de inaplicación ...», *op. cit.*, p. 23 de la versión digital.

Con todo, no se trata de un debate académico, más o menos interesante, sino que forma parte de los dos recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios preceptos de la Ley 3/2012, entre ellos el artículo 14.Uno, que da nueva redacción al artículo 82.3 del ET<sup>79</sup>. Recursos por posible vulneración de los derechos constitucionales de negociación colectiva, de libertad sindical y de tutela judicial efectiva. Sirvan los siguientes párrafos a modo de contribución al mencionado debate académico a la espera –previsiblemente larga– del pronunciamiento del tribunal garante de la Constitución.

Vaya por delante que no presenta duda alguna la existencia de una restricción o limitación externa del derecho a la negociación colectiva, en lo que a la fuerza vinculante de los convenios colectivos se refiere, por parte del arbitraje obligatorio *ex lege* del artículo 82.3 del ET<sup>80</sup>. Limitación manifiesta de un derecho constitucional a buen seguro incompatible con la vía del Real Decreto-ley elegida para poner en marcha la primera versión de la reforma laboral de 2012, aunque esta cuestión carezca ya de relevancia constitucional una vez aprobada la Ley 3/2012, contra la que se presentan precisamente los recursos de inconstitucionalidad mencionados. Por lo demás, no se trata de un supuesto comparable al del Real Decreto-Ley 8/2010, sobre el que se pronuncia el ATC 85/2011.

Cuestión distinta es que dicha limitación externa del derecho fundamental a la negociación colectiva, que como todos los de su categoría está sujeto a diversos tipos de restricciones que no menoscaban la garantía del contenido esencial, suponga o no una lesión del derecho en cuestión. La inagotable controversia en torno a la garantía del contenido esencial, a su carácter absoluto o

---

Por el contrario, defienden la constitucionalidad del concreto arbitraje obligatorio instaurado por la reforma de 2012, entre otros, MERCADER UGUINA, J.: «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. (dirs.): *La regulación del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 436; REY GUANTER DEL, S.: «La flexibilidad interna ...», *op. cit.*, p. 14 de la versión digital; y GOERLICH PESET, J. M.º: «El Real Decreto-ley 3/2012: aproximación general», en BLASCO PELLICER, A. y otros, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 31-32.

<sup>79</sup> El día 5 de octubre de 2012 los diputados del PSOE e IU presentaron recurso de inconstitucionalidad contra numerosos preceptos de la Ley 3/2012, ya admitido a trámite (providencia de 30 de octubre de 2012; BOE, de 9 de noviembre de 2012). El texto del recurso puede consultarse en: [http://www.izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Recurso\\_Inconstitucionalidad\\_ReformaLaboral\\_Oct2012.pdf](http://www.izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Recurso_Inconstitucionalidad_ReformaLaboral_Oct2012.pdf).

Asimismo, el Parlamento de Navarra presentó recurso de inconstitucionalidad contra, entre otros, el artículo 14.uno de la Ley 3/2012, igualmente admitido a trámite (providencia de 30 de octubre de 2012; BOE, de 9 de noviembre de 2012). Aunque no se ha podido localizar el texto del recurso se tienen noticias indirectas de él a través del dictamen preceptivo aprobado por el Consejo de Navarra.

En cuanto al Defensor del Pueblo, no creyó conveniente presentar recurso alguno pese a la invitación formal efectuada en dicho sentido por los máximos responsables de las confederaciones de CC. OO. y UGT. Invitación formal acompañada de un extenso documento cuya influencia es notoria en el recurso presentado por los diputados del PSOE e IU. Igualmente interesante es el Dictamen 5/2012 del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, que considera inconstitucional el artículo 14.Uno del Real Decreto-Ley 3/2012 por varios motivos (pp. 93 y ss.). El texto del mismo puede verse en: [http://www.cge.cat/export/sites/Consell/es/arxius/dictamens/DCGE\\_5\\_2012\\_Reforma\\_Laboral\\_Web\\_Castella.pdf](http://www.cge.cat/export/sites/Consell/es/arxius/dictamens/DCGE_5_2012_Reforma_Laboral_Web_Castella.pdf).

<sup>80</sup> Entre otros muchos, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El modelo español de negociación colectiva (I) y (II)», en *RL*, 2006 I, pp. 101 y ss. y del mismo autor, «Eficacia jurídica de los convenios colectivos en el sistema español de relaciones laborales: la perspectiva constitucional (I) y (II)», en *RL*, 2005 II, pp. 71 y ss.

relativo<sup>81</sup>, aconseja prescindir en esta sede de la misma, y ello aunque pudiera llegar a sostenerse, no sin dificultad, que la fuerza vinculante de los convenios colectivos en tanto que contenido esencial es inmune a cualquier intervención legislativa de signo restrictivo<sup>82</sup>. Al fin y al cabo, y aunque sea *obiter dicta*, hay un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que podría avalar la anterior afirmación: [STC 92/1992](#)<sup>83</sup>.

Como en otros muchos asuntos de limitaciones externas de los derechos fundamentales hay que situar la restricción en cuestión ante el filtro del principio de proporcionalidad. Dicha labor, resbaladiza donde las haya, puede y debe partir de la previa jurisprudencia constitucional, –[STC 11/1981](#)–, sin perjuicio de que quepan otros argumentos, máxime cuando la jurisprudencia, como sucede en este caso, sea de la primera etapa del Tribunal Constitucional y pueda haber quedado obsoleta o, mejor aún, resultar incompleta o poco elaborada técnicamente.

---

**Como en otros muchos asuntos de limitaciones externas de los derechos fundamentales hay que situar la restricción en cuestión ante el filtro del principio de proporcionalidad. Dicha labor, resbaladiza donde las haya, puede y debe partir de la previa jurisprudencia constitucional, –STC 11/1981–, sin perjuicio de que quepan otros argumentos**

---

Por lo pronto, la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio de los artículos 25 b) y 26 del [Real Decreto-Ley 17/1977](#), como se sabe previsto solo para los conflictos colectivos económicos o de intereses, reposa no tanto en el carácter público del arbitraje atribuido con carácter obligatorio a la autoridad laboral, como en la ausencia de justificación basada en la protección del interés general. Cierto es que la terminología empleada por la [STC 11/1981](#), la protección del interés general, no es muy acorde con el léxico presente de la jurisprudencia constitucional, que suele referirse más bien a la existencia de un fin legislativo destinado a la protección de otros derechos, bienes o valores de relevancia constitucional, o al menos constitucionalmente legítimo<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1997.

<sup>82</sup> Para el Recurso contra la Ley 3/2012 presentado por PSOE e IU no hay duda de que se vulnera el contenido esencial de la negociación colectiva (p. 22).

Véase, con posturas discrepantes, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Eficacia jurídica de ... (II)», *op. cit.*, pp. 83 y ss. y GARCÍA MURCIA, J.: «Fuerza vinculante e intangibilidad del convenio colectivo: a propósito del Auto TC 85/2011», en *REDT*, 2013, núm. 157, pp. 269 y ss., quien parece menos reacio que el anterior autor a admitir intervenciones legislativas restrictivas de la fuerza vinculante de los convenios colectivos sin que ello suponga desconocer la garantía del contenido esencial.

<sup>83</sup> Se pronuncia sobre la versión original del artículo 41 del ET en los siguientes términos: «[...] sería contraria al artículo 37.1 de la CE una interpretación del artículo 41 del ET que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en convenio colectivo vigente» (F. J. 4).

<sup>84</sup> Para la STS, Sala 3.ª, de 2 de julio de 1985, cdo. 7, la limitación que contiene el artículo 10.1 del DLRT se justifica por la protección de otros derechos y principios constitucionales, entre ellos los recogidos en el artículo 38 de la CE. Igualmente, la STS, Sala 3.ª, de 9 de mayo de 1988, F. J. 4.

Y no es solo que la terminología empleada por la [STC 11/1981](#) sea obsoleta y demasiado vaga, vista desde la distancia, es que da la impresión de que lo que realmente motiva la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio de la norma de urgencia de 1977 no es tanto la falta de una finalidad legislativa de suficiente relevancia constitucional como la ausencia de proporcionalidad. Así se deduce del juego combinado de los fundamentos jurídicos 19 y 24 de la [STC 11/1981](#), esto es, de la declaración de constitucionalidad del arbitraje obligatorio ante determinadas huelgas muy perjudiciales, a la vista del excepcional y muy restrictivo supuesto de hecho del artículo 10.1 del [DLRT](#) –F. J. 19–<sup>85</sup>, frente a la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio como vía última de solución de cualesquiera conflictos colectivos económicos, sin el menor atisbo de excepcionalidad en la configuración del supuesto de hecho del artículo 25 b) del [DLRT](#) –F. J. 24–.

En consecuencia, el análisis constitucional del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 82.3 del [ET](#) no puede conformarse con la existencia de una finalidad legislativa constitucionalmente relevante que ampare en principio la limitación de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, sino que debe superar en su integridad el juicio de proporcionalidad. Aunque se admita, en la línea del preámbulo de la [Ley 3/2012](#) –apartado IV–, que hay finalidad mediata con relevancia constitucional, la defensa de la productividad que corresponde a los poderes públicos *ex* artículo 38 de la [CE](#)<sup>86</sup>, eso no significa automáticamente que la restricción del derecho a la negociación colectiva supere el exigente y resbaladizo juicio de proporcionalidad, compuesto como se sabe de tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*<sup>87</sup>.

---

**El análisis constitucional del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 82.3 del ET no puede conformarse con la existencia de una finalidad legislativa constitucionalmente relevante que ampare en principio la limitación de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, sino que debe superar en su integridad el juicio de proporcionalidad**

---

<sup>85</sup> Véanse las opiniones contrapuestas de MONEREO PÉREZ, J. L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y SERRANO FALCÓN, C.: «Arbitraje obligatorio en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales», en *RL*, 2003, núm. 14, pp. 14-15, partidarios del carácter restrictivo y excepcional del supuesto de hecho del artículo 10.1 del [DLRT](#), y BALLESTER PASTOR, M.ª A.: *El arbitraje laboral*, Madrid: MTSS, 1993, pp. 198-199, para quien el supuesto de hecho es más amplio de lo que sería lícito.

<sup>86</sup> Interesante, a este respecto, la [STC 92/1992](#), F. J. 4, que se pronuncia, *obiter dicta*, sobre un supuesto que guarda semejanza con el que aquí se analiza.

<sup>87</sup> Por todos, MEDINA GERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 117 y ss. y BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC, 2003. Una concepción distinta puede verse en JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid: Trotta, 1999, pp. 74 y ss.

Antes de entrar de lleno en el juicio de proporcionalidad, conviene tener presente que, además de la devaluación interna y de la flexibilidad empresarial, hay otra finalidad legislativa inmediata detrás del descuelgue vía arbitraje obligatorio, por cierto declarada en el mismo preámbulo de la **Ley 3/2012** –apartado IV–, a saber, «favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo». Finalidad legislativa inmediata que aparece incluso en el rótulo del capítulo III de la **Ley 3/2012** y cuyo entronque constitucional mediato con la política de empleo –art. 40.1 **CE**– es inequívoco.

El problema es que dicha finalidad es más retórica que otra cosa. Se trata de un deseo legislativo que no tiene suficiente concreción legal. Y es que ni antes ni después de la **Ley 3/2012** los despidos por motivos empresariales se configuran, como por ejemplo en el sistema francés, a modo de última ratio. Ni la legislación española, ni la jurisprudencia, ni la negociación colectiva, salvo escasas excepciones, supeditan los despidos económicos *lato sensu* al agotamiento o a la ineficacia de otras medidas alternativas como por ejemplo el descuelgue, la movilidad geográfica, la movilidad funcional, etc<sup>88</sup>. Luego, la devaluación de los salarios y del resto de condiciones de trabajo principales vía arbitraje obligatorio en modo alguno restringe la facultad empresarial de despido, objetivo y/o colectivo, y por tanto no puede servir de justificación constitucionalmente relevante.

Retomando la finalidad legislativa de defensa de la productividad *ex* artículo 38 de la **CE**, no hay mayor inconveniente en aceptar que el descuelgue vía arbitraje obligatorio es una medida adecuada o idónea para alcanzar dicha finalidad mediata, y también necesaria o indispensable, máxime tras el necesario agotamiento previo de los mecanismos de solución autónoma de conflictos laborales introducido durante la tramitación parlamentaria de la **Ley 3/2012**<sup>89</sup>. Aunque puestos a ser puntillosos, podría cuestionarse la necesidad del arbitraje obligatorio sin antes haber previsto la ley el agotamiento de las posibilidades de rebaja salarial que ofrece el artículo 41 del **ET**, máxime tras la generosa reforma de 2012 en este punto.

---

**Retomando la finalidad legislativa de defensa de la productividad *ex* artículo 38 de la CE, no hay mayor inconveniente en aceptar que el descuelgue vía arbitraje obligatorio es una medida adecuada o idónea para alcanzar dicha finalidad mediata, y también necesaria o indispensable. Aunque puestos a ser puntillosos, podría cuestionarse la necesidad del arbitraje obligatorio sin antes haber previsto la ley el agotamiento de las posibilidades de rebaja salarial que ofrece el artículo 41 del ET**

---

<sup>88</sup> Véanse las notas 11 a 14.

<sup>89</sup> Enmienda del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados número 614. Para MERCADER UGUINA, J.: «La reforma de ...», *op. cit.* p. 366, conforme al Real Decreto-Ley 3/2012, antes de la tramitación parlamentaria de la **Ley 3/2012**, el arbitraje obligatorio podría ser también una medida alternativa al recurso a la comisión paritaria y a los mecanismos autónomos de solución de conflictos. En todo caso, por convenio colectivo siempre podría otorgarse preferencia a los mecanismos autónomos. El caso, por poner solo un ejemplo, del Convenio Colectivo de Syntax Logística, SA, de 15 de marzo de 2012 (BOE, de 18 de mayo de 2012) (arts. 55 y 56).

A continuación procede el siempre escurridizo juicio de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación<sup>90</sup>, en el que deben sopesarse los sacrificios y ventajas para los bienes constitucionales en liza, el derecho a la negociación colectiva y más en particular la fuerza vinculante de los convenios colectivos y la defensa por los poderes públicos de la productividad, vinculada a la libertad de empresa. En este sentido, los sacrificios para el derecho a la negociación colectiva –fuerza vinculante de los convenios colectivos– son inequívocos y frontales, además de real o potencialmente intensos tal y como el artículo 82.3 del ET configura el descuelgue vía arbitraje obligatorio. En efecto, y por retomar la terminología de la [STC 11/1981](#), no hay excepcionalidad en el supuesto de hecho del artículo 82.3 del ET, a la vista de la laxitud con la que se definen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que legitiman el descuelgue del convenio colectivo estatutario. Tampoco hay excepcionalidad en las materias objeto del descuelgue o en los convenios estatutarios potencialmente afectados<sup>91</sup>.

Añádase a lo anterior que la limitación legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos no es una norma de emergencia o de derecho transitorio, prevista solo durante la fase más aguda de la presente crisis económica, sino una regulación que ofrece *sine die* a los empresarios una alternativa más de las muchas posibles a la hora de implantar y de consolidar el ansiado modelo de empresa flexible, muy extendido ya *de facto* y ahora en vías de juridificación, con o sin respeto de la Constitución. Y por si lo anterior fuera poco, téngase en cuenta que en la inmensa mayoría de los casos la restricción de la fuerza vinculante de los convenios co-

---

**La limitación legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos no es una norma de emergencia o de derecho transitorio, prevista solo durante la fase más aguda de la presente crisis económica, sino una regulación que ofrece *sine die* a los empresarios una alternativa más de las muchas posibles a la hora de implantar y de consolidar el ansiado modelo de empresa flexible**

---

lectivos supone también el sacrificio del derecho fundamental a la libertad sindical, en la medida en que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial y colectivo del derecho reconocido en el artículo 28.1 de la [CE](#) –art. 2.2 d) [LOLS](#).

Con semejantes sacrificios para el derecho fundamental a la negociación colectiva y muchas veces también para el derecho de libertad sindical, la única manera de superar el juicio de ponderación o proporcionalidad *stricto sensu* es reconocer la existencia de, cuando menos, similares ventajas para el otro bien constitucional en liza, la productividad ligada a la libertad de empresa.

---

<sup>90</sup> Sobre el juicio de proporcionalidad, entre otras muchas, [SSTC 85/1992](#), F. J. 4; [160/1987](#), F. J. 6; [50/1995](#), F. J. 7; y [66/1995](#), F. J. 5.

<sup>91</sup> Insiste mucho en la falta de excepcionalidad del supuesto de hecho del artículo 82.3 del ET el recurso presentado por PSOE e IU (pp. 34-36). También lo hace la doctrina citada en la nota 78.



Pues bien, por muy generoso que se sea es indudable que la devaluación interna a la que el descuelgue vía arbitraje obligatorio puede contribuir es solo una de las muchas variantes capaces de incrementar la productividad como por ejemplo la formación, la calidad del medio ambiente de trabajo, la I+D+i, las infraestructuras, la seguridad jurídica, el crédito ágil y barato, etc. Eso por no hablar del hecho de que la devaluación de los salarios que solo modestamente puede contribuir a la mejora de la productividad pudiera tener efectos económicos desfavorables en relación con la caída del consumo interno, de la demanda agregada, de la producción y de todo lo que ello conlleva. Por otro lado, lo que la devaluación interna pudiera contribuir a mejorar la productividad en parte podría contrarrestarse por las inevitables consecuencias negativas de la devaluación, a saber, la disminución de la motivación de los trabajadores y el incremento de la conflictividad<sup>92</sup>.

Para colmo, las ventajas no del todo claras y suficientemente intensas para la mejora de la productividad y del consiguiente interés empresarial no encuentran compensación en otro tipo de ventajas reales, por ejemplo para los trabajadores en materia de empleo. Dicho de otro modo, no se configura legalmente el descuelgue del convenio estatutario vía arbitraje obligatorio como alternativa a las medidas de flexibilidad externa, a los despidos directos e inmediatos y a los indirectos y retardados a través de la descentralización productiva<sup>93</sup>.

Así pues, el sacrificio claro e intenso del derecho a la negociación colectiva, en lo que toca a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, derivado principalmente de la falta de excepcionalidad del supuesto de hecho del artículo 82.3 del ET, no conlleva similares o superiores ventajas para la productividad y la libertad de empresa o para el empleo de los trabajadores. Luego, la limitación objeto de análisis no debería superar el filtro del subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*, con la consiguiente inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio *ex lege*.

---

**El sacrificio claro e intenso del derecho a la negociación colectiva, en lo que toca a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, derivado principalmente de la falta de excepcionalidad del supuesto de hecho del artículo 82.3 del ET, no conlleva similares o superiores ventajas para la productividad y la libertad de empresa o para el empleo de los trabajadores. Luego, la limitación objeto de análisis no debería superar el filtro del subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*, con la consiguiente inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio *ex lege***

---

<sup>92</sup> Muy interesantes las reflexiones de MOLINA NAVARRETE, C.: «Reforma laboral, oportunismo empresarial y prácticas institucionales ineficientes: la "cadena de errores" en el descuelgue de la empresa Unipost», en *RTSS*. CEF, 2013, núm. 360, pp. 57 y ss.

<sup>93</sup> Así, y por poner un ejemplo muy reciente, la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 29 de noviembre de 2012, núm. 769/2012, da cuenta de un supuesto de descuelgue en materia de jornada, que se amplía, seguido poco después de un despido colectivo calificado judicialmente como ajustado a Derecho pese al anterior descuelgue.

Tras el análisis constitucional que se acaba de efectuar y a pesar de que la contundencia de las conclusiones justificaría cerrar aquí este capítulo, parece conveniente continuar con el mismo a efectos dialécticos. Al fin y al cabo, en la STC 11/1981 hay otra perspectiva más de análisis del arbitraje obligatorio *ope legis*. Se trata de la radical incompatibilidad entre los términos arbitraje obligatorio y arbitraje público –F. J. 24–, al carecer entonces el arbitraje de la sacrosanta imparcialidad –F. J. 19–<sup>94</sup>. Aunque no lo diga la *STC 11/1981*, muy parca en este terreno, podría decirse con arreglo a su moderna terminología que el arbitraje obligatorio y público, con la consiguiente falta de imparcialidad, no puede en modo alguno superar el filtro del principio de proporcionalidad, al ser en todo caso innecesario por comparación con el arbitraje obligatorio y privado, genuino por imparcial.

Dicho lo cual, salta a la vista la calculada ambigüedad del artículo 82.3 del ET cuando remite a la CCNCC –y órganos similares autonómicos–. Y es que el carácter tripartito y paritario de la misma, en el que insiste el preámbulo de la *Ley 3/2012* –IV–, no puede ocultar que quien tiene la última y decisiva palabra es la representación de la Administración General del Estado, lo que casa mal con la jurisprudencia sentada por la *STC 11/1981*<sup>95</sup>. Ahora bien, lo realmente relevante es que la regulación legal, el artículo 82.3 del ET y la disposición final 2.<sup>a</sup> del ET, no impone la intervención arbitral de la propia CCNCC, pues esta siempre puede confiar la labor arbitral en un árbitro externo, privado e imparcial.

---

**Salta a la vista la calculada ambigüedad del artículo 82.3 del ET cuando remite a la CCNCC –y órganos similares autonómicos–. Y es que el carácter tripartito y paritario de la misma no puede ocultar que quien tiene la última y decisiva palabra es la representación de la Administración General del Estado, lo que casa mal con la jurisprudencia sentada por la STC 11/1981. Ahora bien, lo realmente relevante es que la regulación legal no impone la intervención arbitral de la propia CCNCC, pues esta siempre puede confiar la labor arbitral en un árbitro externo, privado e imparcial.**

---

<sup>94</sup> Sobre esta misma cuestión pero en relación con el arbitraje obligatorio del artículo 10.1 del DLRT, por todos, MERINO MERCHÁN, J. F.: *Arbitraje laboral*, Madrid: Instituto de Empresa, 1979, p. 97; BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A.: *El arbitraje laboral ...*, *op. cit.*, pp. 182-183; y VIVERO SERRANO, J. B.: *La terminación de ...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss., quien da cuenta de la interesante jurisprudencia del Supremo sobre el particular.

En la *Ley 60/2003*, de Arbitraje, cabe el arbitraje público o institucional –art. 14–, pero siempre que sea voluntario.

<sup>95</sup> Este es el argumento central utilizado por el recurso presentado por el Parlamento de Navarra, a tenor de las noticias indirectas que del mismo existen gracias al dictamen preceptivo del Consejo de Navarra (p. 18). También insiste en este motivo de inconstitucionalidad el recurso contra la *Ley 3/2012* presentado por PSOE e IU (p. 29). Asimismo, el Dictamen 5/2012 del Consell de Garanties Estatutaries de Catalunya (pp. 96-100). Véanse dichos textos en la nota 79. En cuanto a la doctrina, por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de ...», *op. cit.*, pp. 416 y ss. y SUÁREZ CORUJO, B.: «Ruptura laboral y ...», *op. cit.*, pp. 33-34.



En definitiva, y siguiendo la doctrina de las sentencias interpretativas inaugurada por la propia STC 11/1981, lo razonable en este punto sería una declaración interpretativa acerca del artículo 82.3 del ET, en virtud de la cual el precepto sería constitucional siempre y cuando la CCNCC se limitara a canalizar burocráticamente el arbitraje obligatorio, que no a dictarlo. Tal y como después se verá, una interpretación semejante obligaría a cambiar la praxis actual de la CCNCC.

También a efectos puramente dialécticos habría que plantearse la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del arbitraje obligatorio del artículo 82.3 del ET, teniendo en cuenta que para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo importante es si cabe o no impugnación judicial de fondo frente al arbitraje obligatorio –entre otras, SSTC 174/1995, 75/1996 y 136/2010–. En este sentido, y tal y como se verá más adelante, no cabe deducir del artículo 82.3 del ET la existencia de límites a la impugnación judicial plena del arbitraje obligatorio en cuestión. Luego, de nuevo cabría esperar una declaración interpretativa en virtud de la cual la constitucionalidad del artículo 82.3 del ET pasaría por una amplia tutela judicial efectiva frente al arbitraje obligatorio.

## VII.2. EL COMPLEJO SOPORTE INSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO: LA APUESTA POR EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN LUGAR DEL ARBITRAJE PRIVADO

Por mucho que la regulación del arbitraje obligatorio llevada a cabo por el artículo 82.3 del ET sea a todas luces inconstitucional, mientras el Tribunal Constitucional no se pronuncie en tal sentido, y tardará en hacerlo, a la fuerza hay que ocuparse del complejo soporte institucional en el que el mismo descansa, y sin el cual sería una vía abocada de antemano al fracaso, lo que a toda costa han querido evitar el legislativo y el ejecutivo del Partido Popular, apartándose deliberadamente en este punto de las tibiezas del anterior Gobierno socialista.

Soporte o entramado institucional que por lo que se refiere a la normativa estatal se encuentra principalmente en las siguientes normas legales y reglamentarias. En primer lugar, el artículo 82.3 del ET, que además de instaurar la figura remite a la CCNCC y a los órganos similares de las comunidades autónomas. En segundo lugar, la disposición final 2.<sup>a</sup> del ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, que configura administrativamente a la CCNCC como órgano colegiado y tripartito, sin personalidad jurídica propia y adscrito a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; sin ruptura por tanto con el pasado. En tercer y último lugar, el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC, que contiene el grueso de la normativa de la institución arbitral obligatoria, incluidos los aspectos más controvertidos<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> De hecho, los dos sindicatos más representativos a nivel estatal, CC. OO. y UGT, han anunciado en diversos foros la presentación de una demanda ante el Tribunal Supremo. Véase, por ejemplo: [http://www.ftpfe.ccoo.es/boletines/priv/20121030\\_priv/pdf/confe\\_cartacncc.pdf](http://www.ftpfe.ccoo.es/boletines/priv/20121030_priv/pdf/confe_cartacncc.pdf).

Vaya por delante que pese a la complaciente valoración general del Consejo de Estado, en cuyo dictamen se califica el proyecto de real decreto como «texto depurado y de redacción bastante cuidada»<sup>97</sup>, el **Real Decreto 1362/2012** no es precisamente un ejemplo de buena técnica, fundamentalmente por el hecho de que no se distinguen en el mismo los aspectos procedimentales de desarrollo del artículo 82.3 del ET, dictados con la condición de legislación laboral *ex* artículo 149.1.7 de la CE, y que deben respetar cualesquiera órganos autonómicos competentes, de la regulación puramente organizativa y de funcionamiento de

la CCNCC como órgano de ejecución de la legislación laboral perteneciente a la Administración General del Estado y competente solo en los supuestos de descuelgue supraautonómico y de descuelgue en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla<sup>98</sup>; sin perjuicio de lo que después se dirá.

Así, y por poner un par de ejemplos relevantes, sucede con los artículos 19 y 20 del real decreto en cuestión, que sin solución de continuidad regulan el primero una cuestión común a cualquier actuación de desarrollo del artículo 82.3 del ET, la documentación a aportar junto a la solicitud, y el segundo las reglas de funcionamiento de la CCNCC en su intervención circunscrita al ámbito territorial de sus competencias decisorias. Y todavía más extremo es el caso del artículo 18 del citado real decreto, en el que en un mismo artículo se regulan aspectos procedimentales comunes y reglas de organización y funcionamiento de la CCNCC. Un «pandemónium».

En cualquier caso, y con buen criterio, las pocas regulaciones autonómicas que se conocen se han limitado a regular los aspectos organizativos, sin entrar en los procedimentales y materiales en sentido estricto, o bien haciéndolo pero en términos coincidentes con los del Real De-

---

**El Real Decreto 1362/2012 no es precisamente un ejemplo de buena técnica, fundamentalmente por el hecho de que no se distinguen en el mismo los aspectos procedimentales de desarrollo del artículo 82.3 del ET, de la regulación puramente organizativa y de funcionamiento de la CCNCC como órgano de ejecución de la legislación laboral perteneciente a la Administración General del Estado**

---

<sup>97</sup> Dictamen aprobado por unanimidad el 20 de septiembre de 2012 (BOE, de 22 de octubre de 2012).

<sup>98</sup> No comparte esta opinión BLASCO PELLICER, A.: «El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», en *RL*, 2013, núm. 1, p. 8 de la versión digital, para quien las normas procedimentales y aplicativas corresponden a cada comunidad autónoma, siendo las del Real Decreto 1362/2012 exclusivas de la CCNCC. Sí, en cambio, GOERLICH PESET, J. M.: *Régimen de la ...*, *op. cit.*, pp. 102-103.

creto 1362/2012. Así sucede con las normativas de la Región de Murcia<sup>99</sup>, de La Rioja<sup>100</sup> y de la Comunidad Valenciana<sup>101</sup>.

En cuanto a la normativa autonómica, parece estar a la espera. Las comunidades autónomas, salvo las ya mencionadas –Murcia, La Rioja y la Comunidad Valenciana–, no han movido pieza alguna<sup>102</sup>, y algunas de las que lo han hecho conscientemente han obviado lo preceptuado por el artículo 82.3 del ET<sup>103</sup>. Tampoco la vía de los convenios de colaboración interadministrativa, prevista en el **Real Decreto 1362/2012** –disp. adic. 2.<sup>a</sup>–, parece haber tenido excesivo éxito, habiéndose acogido por el momento Cantabria, Navarra y Extremadura<sup>104</sup>.

Pero como el celo del Gobierno del Partido Popular no decae y no parece dispuesto a renunciar al objetivo totémico de la devaluación interna por la dejación de las comunidades autónomas, ha encontrado la solución a semejante inactividad y la

---

**Pero como el celo del Gobierno del Partido Popular no decae y no parece dispuesto a renunciar al objetivo totémico de la devaluación interna por la dejación de las comunidades autónomas, ha encontrado la solución a semejante inactividad y la ha incluido en la disposición adicional 6.<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 5/2013**

---

<sup>99</sup> **Decreto 33/2013, de 12 de abril**, que crea el Consejo Autonómico de Relaciones Laborales de la Región de Murcia, y regula su funcionamiento (BORM, de 16 de abril de 2013).

<sup>100</sup> **Orden 5/2013, de 17 de junio**, por la que se modifica la Orden de 2003 por la que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Riojano de Relaciones Laborales (BOR, de 29 de julio de 2013).

<sup>101</sup> **Decreto 88/2013, de 5 de julio**, por el que se regula el Consejo Tripartito para el Desarrollo de las Relaciones Laborales y la Negociación Colectiva de la Comunidad Valenciana (DOCV, de 8 de julio de 2013).

<sup>102</sup> Con arreglo al Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva de la CCNCC, de septiembre de 2013, las comunidades autónomas de Andalucía y Castilla-La Mancha cuentan ya con sistema arbitral propio. Ahora bien, tras una somera búsqueda en internet no ha podido encontrarse la normativa en cuestión. Solo se ha localizado la disposición adicional única del **Decreto 69/2013, de 2 de julio**, de la Junta de Andalucía (BOJA, de 4 de julio de 2013), que atribuye la competencia *ex* artículo 82.3 del ET al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pero que no crea ni regula sistema arbitral *ad hoc* alguno.

<sup>103</sup> Así resulta llamativo que al menos dos de las normas autonómicas que en los últimos meses han reformado sus correspondientes consejos de relaciones laborales no desarrollaran la función arbitral prevista en el artículo 82.3 del ET. Los casos de la **Ley 4/2012, de 23 de febrero**, del Consejo de Relaciones Laborales de Euskadi (BOPV, de 5 de marzo de 2012) y del **Decreto 89/2012, de 8 de marzo**, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Consejo Gallego de Relaciones Laborales (DOG, de 16 de marzo de 2012). Y otro tanto cabría decir, aunque el supuesto sea algo diferente, del **Decreto 47/2012, de 8 de junio**, por el que se crea la Mesa Social Tripartita de las Illes Balears (BOIB, de 14 de junio de 2013).

<sup>104</sup> Los convenios de colaboración de las comunidades de Cantabria y Navarra aparecen publicados respectivamente en el BOE, de 10 de mayo de 2013, y en el BOE, de 12 de agosto de 2013. Conforme al Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva de la CCNCC de septiembre de 2013, la Junta de Extremadura tiene en tramitación la firma del correspondiente convenio de colaboración.

ha incluido en la disposición adicional 6.<sup>a</sup> del **Real Decreto-Ley 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, la cual, para mayor desesperación de los amantes de la buena técnica legislativa y del respeto escrupuloso del sistema constitucional de fuentes, otorga un plazo de tres meses a las comunidades autónomas para que intervengan normativamente, o bien suscriban el pertinente convenio de colaboración interadministrativa, interviniendo subsidiariamente en caso contrario la propia CCNCC, lo que de hecho está ya aconteciendo<sup>105</sup>.

De las muchas cuestiones que en torno al soporte institucional del arbitraje obligatorio del artículo 82.3 del **ET** merecen la pena, y que cuentan ya con una incipiente atención doctrinal<sup>106</sup>, se opta aquí por centrar la atención exclusivamente en una, la apuesta por el arbitraje administrativo interno en vez de por el arbitraje privado externo. Apuesta interesada que lleva a cabo el **Real Decreto 1362/2012**, pues el artículo 82.3 del **ET** no se decanta por ninguna de las dos opciones que contempla, el arbitraje en el seno de la propia CCNCC o fuera de la misma bajo su designación. Advértase que en el único antecedente de labores arbitrales de la CCNCC, el del bloqueo de la sustitución de las derogadas ordenanzas laborales, introducido por la reforma laboral de 1994, no estaba previsto el arbitraje interno de la propia CCNCC, que se limitaba a acordarlo que no a realizarlo<sup>107</sup>.

Corresponde así al **Real Decreto 1362/2012**, y en contra de las alegaciones efectuadas por CC. OO. y UGT, la extravagante regulación del criterio en función del cual el arbitraje se desarrolla en el seno de la CCNCC o fuera de la misma. A falta de acuerdo entre las partes en conflicto –art. 16.3–, son los siete miembros de la Comisión Permanente quienes deciden, si bien el artículo 19.4 exige mayoría absoluta para el arbitraje externo. En caso contrario prevalece el arbitraje en el seno de la CCNCC –Pleno o Comisión Permanente–, siendo indiferente que se haya votado a favor de esta opción, que el voto sea nulo, que se trate de una abstención, o simplemente que no se vote. Luego, para el Gobierno la opción preferente es el arbitraje en el seno de

artículo 19.4 exige mayoría absoluta para el arbitraje externo. En caso contrario prevalece el arbitraje en el seno de la CCNCC –Pleno o Comisión Permanente–, siendo indiferente que se haya votado a favor de esta opción, que el voto sea nulo, que se trate de una abstención, o simplemente que no se vote. Luego, para el Gobierno la opción preferente es el arbitraje en el seno de

---

**Para el Gobierno la opción preferente es el arbitraje en el seno de la CCNCC, configurándose el arbitraje externo como residual, de facto reservado a los supuestos de acuerdo entre las partes en conflicto**

---

<sup>105</sup> Los supuestos de los que dan cuenta los expedientes 9/2013; 13/2013; 14/2013; 17/2013; 18/2013 y 19/2013.

<sup>106</sup> BLASCO PELLICER, A.: «El nuevo Reglamento ...», *op. cit.*, pp. 1-16 de la versión digital; ALFONSO MELLADO, C.: «La reforma de ...», *op. cit.*, pp. 16 y ss. de la versión digital; GARCÍA BLASCO, J.: «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en la reforma laboral de 2012: del non nato Consejo de Relaciones Laborales a su nueva función arbitral», en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (dirs.), *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 563 y ss. y GOERLICH PESET, J. M.: *Régimen de la ...*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

<sup>107</sup> Para la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 7 de diciembre de 2005, recurso de casación núm. 2087/2003, F. J. 5, el arbitraje diseñado por la reforma laboral de 1994 no era institucional o público.

la CCNCC, configurándose el arbitraje externo como residual, *de facto* reservado a los supuestos de acuerdo entre las partes en conflicto.

Opción por el arbitraje interno y administrativo en vez de por el externo y privado todavía más acusada en la regulación autonómica murciana, en la que solo cabe el arbitraje externo ante la expresa y común petición de los sujetos en conflicto<sup>108</sup>. Por el contrario, la regulación valenciana parece dar más peso al arbitraje externo, si bien una eventual alianza entre los vocales de la Administración y de la patronal serviría para situar en primer plano el arbitraje administrativo<sup>109</sup>. En cuanto a la regulación de La Rioja, no aborda con precisión el asunto<sup>110</sup>.

Con todo, la mayor extravagancia, nada inocente por cierto, es el plazo que da el artículo 19.4 a los miembros de la Comisión Permanente para pronunciarse: un día. Plazo no ya perentorio sino fulminante, máxime a la vista de que todas las comunicaciones son siempre electrónicas –art. 21.3–. Conforme a la [Ley 30/1992](#) ese único día será el siguiente al de la comunicación electrónica por parte del secretario de la CCNCC, siempre que sea hábil. Ante la brevedad del plazo, la ausencia de un régimen igual de rápido de sustitución de los miembros titulares por los suplentes y el sentido de la ausencia de voto dentro del plazo, es evidente que se busca el arbitraje en el seno de la propia CCNCC frente al arbitraje externo.

Añádase a lo anterior que se compele a los miembros de la Comisión Permanente a votar sin poder conocer ni las alegaciones de la contraparte, siempre la representación de los trabajadores, ni el informe de los servicios técnicos del Ministerio de Empleo, más concretamente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aunque no lo diga expresamente la norma reglamentaria. Los correspondientes plazos para la presentación de las alegaciones –art. 19.3– y la evacuación del informe técnico –art. 21.2– a la fuerza impiden el conocimiento de los mismos por parte de los miembros de la Comisión Permanente.

En definitiva, la apuesta del Gobierno de la nación por el arbitraje obligatorio en el seno de la CCNCC en vez de fuera de ella es muy descarada. Además de las razones presupuestarias, tan cicateras en este largo tiempo de crisis, todo apunta a que el Gobierno quiere un arbitraje controlado por él a través de los vocales nombrados en representación de la Administración General del Estado y del propio presidente, que no se olvide tiene ahora voto de calidad –art. 5.1 d)–, rompiendo así con el pasado.

Si se tiene en cuenta que los miembros designados en representación de los agentes sociales más representativos no forman parte de la CCNCC en tanto que expertos imparciales e independientes, idóneos para el desempeño de labores arbitrales, sino como responsables del ejercicio de funciones de representación institucional –arts. 6 y 7 [LOLS](#); y disp. adic. 6.<sup>a</sup> [ET](#)–, la posición de

<sup>108</sup> Artículos 24 y 26 del [Decreto 33/2013](#).

<sup>109</sup> Artículo 12.6 del [Decreto 88/2013](#).

<sup>110</sup> Artículo 14.bis.4 de la Orden de 2003 modificada por la [Orden 5/2013](#).

unos y otros en torno al descuelgue estará casi siempre predeterminada de antemano: será parcial<sup>111</sup>. Luego, la última y definitiva palabra corresponde a la fuerza a los vocales representantes de la Administración General del Estado y al presidente, nombrado por el/la titular del Ministerio de Empleo<sup>112</sup>. Y ni los mencionados vocales ni el presidente son de verdad independientes, en la medida en que pueden ser revocados en cualquier momento. Y todavía menos pueden ser imparciales en materia de descuelgue quienes están bajo el control del presente Gobierno, cuyo entusiasmo prodescuelgue es notorio.

De ahí que frente al arbitraje obligatorio y fuera de la CCNCC, privado sin duda, el protagonizado por la misma merezca acertadamente la calificación de arbitraje administrativo, *de facto* cuando no *de iure*. Y ya se conoce el rechazo frontal del arbitraje obligatorio y público o administrativo por parte de la STC 11/1981. Quizá por esta razón el Real Decreto 1362/2012 eluda deliberadamente los términos arbitraje y laudo cuando se refiere a la intervención de la CCNCC, a la que califica genéricamente como decisión –art. 22–, a diferencia de lo que hace con el arbitraje externo –art. 24–. Claro que el Real Decreto 1362/2012 sigue en este punto a la ley, al artículo 82.3 del ET. Sea como fuere, no hay duda de que con unas u otras palabras lo que las regulaciones legal y reglamentaria hacen es instaurar un arbitraje obligatorio<sup>113</sup>. El preámbulo de la Ley 3/2012 así lo dice expresamente – apartado IV–. Y la remisión al artículo 91.2 del ET a efectos de impugnación judicial solo tiene sentido si se está ante un arbitraje. Otra cosa es que no sea un genuino arbitraje imparcial, al tratarse a todas luces de un arbitraje administrativo.

**De ahí que frente al arbitraje obligatorio y fuera de la CCNCC, privado sin duda, el protagonizado por la misma merezca acertadamente la calificación de arbitraje administrativo, *de facto* cuando no *de iure*. Y ya se conoce el rechazo frontal del arbitraje obligatorio y público o administrativo por parte de la STC 11/1981**

Hasta tal punto llega el ánimo gubernamental de controlar el arbitraje obligatorio que deja sentir sus efectos también en la eventual designación del árbitro externo a la CCNCC. Así, la elección del árbitro por descarte y por sorteo no se deja a las partes en conflicto, en la línea de las alegaciones efectuadas por CC. OO. y UGT, sino que se atribuye a los grupos de vocales de la Comisión Permanente –art. 23.1–, lo que por pura estadística coloca siempre en mejor situación

Hasta tal punto llega el ánimo gubernamental de controlar el arbitraje obligatorio que deja sentir sus efectos también en la eventual designación del árbitro externo a la CCNCC. Así, la elección del árbitro por descarte y por sorteo no se deja a las partes en conflicto, en la línea de las alegaciones efectuadas por CC. OO. y UGT, sino que se atribuye a los grupos de vocales de la Comisión Permanente –art. 23.1–, lo que por pura estadística coloca siempre en mejor situación

<sup>111</sup> Muy interesante la observación de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Eficacia personal e ...», *op. cit.*, pp. 21-22, en torno a la posible falta de sintonía entre el empresario individual que solicite el descuelgue y el empresariado organizado colectivamente. Sobre el particular, y desde una perspectiva más amplia, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> L.: *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Albacete: Bomarzo, 2004, pp. 70-72. Sin embargo, la corta experiencia de la CCNCC, a la que después se hará referencia, desmiente por el momento esa posibilidad.

<sup>112</sup> Así, entre otros muchos, CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de ...», *op. cit.*, p. 419.

<sup>113</sup> En este sentido, entre otros muchos, BLASCO PELLICER, A.: «El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», en *RL*, 2013, núm. 1, p. 14 de la versión digital.

a los proclives al descuelgue, los vocales de la patronal y, sobre todo, los de la Administración General del Estado<sup>114</sup>. Todo ello agravado por el hecho de que el citado criterio y el correspondiente sorteo se aplica en cada supuesto de solicitud de descuelgue, sin considerar lo sucedido en los casos precedentes, con lo que el sesgo estadístico está garantizado. Además, no hay una lista previamente consensuada de árbitros, sino que se proponen para cada supuesto.

Podría incluso darse el caso de que las partes en conflicto optaran por el arbitraje externo pero no se pusieran de acuerdo sobre la persona del árbitro, en cuyo caso tendrían que designarlo por descarte y por sorteo los grupos de vocales de la Comisión Permanente. Ahora bien, la falta de designación del árbitro externo, posiblemente por estrategia de la mayoría de los vocales o por otros motivos, se saldaría con la intervención arbitral de la propia Comisión Permanente –art. 21.2<sup>115</sup>.

En cuanto a las regulaciones autonómicas, el celo gubernamental por el control previo de los potenciales árbitros es llamativo en la normativa murciana, lo que desvirtúa los efectos positivos de la efectiva designación arbitral mediante sorteo puro y por orden de entrada de los asuntos<sup>116</sup>. Por el contrario, resulta modélica la regulación valenciana en este punto, tanto de la elaboración de la lista de los árbitros potenciales como de la concreta designación de los mismos para cada asunto<sup>117</sup>. Y la regulación de La Rioja de nuevo da la llamada por respuesta<sup>118</sup>.

### VII.3. PRIMERAS EXPERIENCIAS DE LA NUEVA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, QUE NI ES CONSULTIVA, NI ES NACIONAL, NI ES PRO CONVENIOS COLECTIVOS

La pacífica existencia de la CCNCC desde los primeros años ochenta, tras la previsión de la misma en la disposición final 8.ª de la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores, experimenta escasos sobresaltos hasta la reforma de la negociación colectiva de 2011, ocupándose de su tarea central de información y consulta en materia de estructura de la negociación colectiva. En efecto, ni la coyuntural atribución por parte de la reforma laboral de 1994 de tareas decisorias en materia de arbitraje ante el bloqueo de la negociación colectiva para la sustitución de las derogadas ordenanzas laborales –disp. trans. 6.ª ET–, ni la específica intervención consultiva en el procedimiento administrativo de extensión de convenios colectivos *ex* artículo 92.2 del ET –RD 718/2005, art. 7–, ni el reconocimiento *de iure* por parte de la reforma laboral de 2006

<sup>114</sup> Así, ALFONSO MELLADO, C.: «La reforma de ...», *op. cit.*, pp. 18-19 de la versión digital.

<sup>115</sup> Véase la interesante opinión al respecto de BLASCO PELLICER, A.: «El nuevo Reglamento ...», *op. cit.*, p. 12 de la versión digital.

<sup>116</sup> Artículo 27 del Decreto 33/2013.

<sup>117</sup> Artículo 14 del Decreto 88/2013.

<sup>118</sup> Artículo 14.bis.6 de la Orden de 2003 modificada por la Orden 5/2013.



–disp. adic. 7.<sup>a</sup> [Ley 43/2006](#)– de las tareas de observatorio, investigación y estudio de la negociación colectiva, que *de facto* venía ya efectuando, alteran la esencia de la Comisión en cuestión<sup>119</sup>.

Con la reforma de la negociación colectiva de 2011 la CCNCC entra en una convulsa etapa que bien podría valerse del título de la genial obra teatral del Nobel siciliano, *Sei personaggi in cerca d'autore*. Empieza dicha reforma por prever una nueva institución, el Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva, con funciones más amplias que la CCNCC –disp. final 2.<sup>a</sup> [ET](#), entonces vigente–. Nueva institución que no llegaría a ver la luz ante el cambio político acaecido en noviembre de 2011 y sin que la CCNCC llegara a desaparecer a tenor de la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> del [Real Decreto-Ley 7/2011](#). La versión de urgencia de la reforma laboral de 2012 al tiempo que se olvida, seguramente por las prisas, del Consejo de Relaciones y de Negociación Colectiva, que no deroga, amplía considerablemente las funciones de la CCNCC, cuya nueva regulación reglamentaria se mandata al Gobierno en el perentorio plazo de un mes –disp. adic. 5.<sup>a</sup> [RDL 3/2012](#)–. Por último, la versión legal de la reforma de 2012 con mejor criterio técnico modifica la disposición final 2.<sup>a</sup> del [ET](#), lo que supone eliminar el *non nato* Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva a la vez que reconocer las nuevas tareas decisorias, *ex* artículo 82.3 del [ET](#), atribuidas a la CCNCC por la primera versión de la reforma de 2012. Asimismo, se mandata al Gobierno pero sin plazo alguno.

Durante algo más de un año la CCNCC ha sido, como en la obra de Pirandello, un personaje en busca de autor, y una vez que lo ha encontrado en el Gobierno del Partido Popular este ha transformado casi por completo al desorientado personaje, que poco tiene ya que ver con el que era. En efecto, la Comisión ya no merece el adjetivo de

---

**La Comisión ya no merece el adjetivo de consultiva, pues ocupan ahora un lugar coprotagonista las facultades decisorias en torno al arbitraje obligatorio del artículo 82.3 del ET**

---

consultiva, pues ocupan ahora un lugar coprotagonista las facultades decisorias en torno al arbitraje obligatorio del artículo 82.3 del [ET](#)<sup>120</sup>.

Asimismo, tampoco merece la CCNCC el adjetivo de nacional, en la medida en que la misma está actuando también en muchos descuelgues de ámbito inferior al nacional tras la disposición adicional 6.<sup>a</sup> del [Real Decreto-Ley 5/2013](#). Por último, resulta ahora más que dis-

<sup>119</sup> SALA FRANCO, T.: «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2007, núm. 68, pp. 171 y ss.; GARCÍA BLASCO, J.: «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 1997, núm. 3, pp. 255 y ss.; y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», en *REDT*, 1984, núm. 17, pp. 5 y ss.

<sup>120</sup> Se refiere a esta denominación paradójica, aunque sin darle mayor importancia, el dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto, al que ya se ha hecho referencia en este trabajo (nota 97).

cutible juntar en una misma expresión institucional a la Comisión y a los convenios colectivos. Y es que las nuevas facultades decisorias de la CCNCC más parecen pensadas para socavar la fuerza vinculante de los convenios colectivos que para apoyarla –y estructurarla– como en el origen de la institución.

Dicho lo cual, procede dar cuenta de las primeras experiencias de la CCNCC desde la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 3/2012](#), habida cuenta de que las primeras intervenciones decisorias se producen antes incluso de la aprobación del [Real Decreto 1362/2012](#)<sup>121</sup>. No se abordan en este estudio, en cambio, las actuaciones de los pocos órganos autonómicos competentes y operativos.

Vaya por delante que las intervenciones son todavía poco numerosas, máxime si se tiene en cuenta que de los 15 expedientes de 2012 y por el momento 19 de 2013 muchos terminan con la inadmisión de la solicitud por incompetencia de la Comisión –ámbitos territorial y/o funcional–, por falta de agotamiento de los mecanismos previos de solución autónoma, por desistimiento de la empresa solicitante o por planteamiento extemporáneo de la solicitud.

Del total de expedientes tramitados solo en 11 o 12 hay resolución sobre el fondo del asunto<sup>122</sup>. Aunque extraer conclusiones de alcance general a partir de tan escasas experiencias concretas es

**Asimismo, tampoco merece la CCNCC el adjetivo de nacional, en la medida en que la misma está actuando también en muchos descuelgues de ámbito inferior al nacional. Por último, resulta ahora más que discutible juntar en una misma expresión institucional a la Comisión y a los convenios colectivos**

**En todos los casos la solicitud de descuelgue afecta a cuestiones salariales y en muchos, además, a mejoras de Seguridad Social. En la mayoría de los casos el arbitraje recae en la propia CCNCC, lo cual confirma que las reglas del Real Decreto 1362/2012 están pensadas para alcanzar dicho resultado**

<sup>121</sup> Los expedientes pueden consultarse en la página [web oficial de la Comisión](#).

Adviértase que la calificación otorgada por la Comisión a cada expediente no siempre es acertada, ya que algunos expedientes calificados como desestimados en realidad son o merecen la calificación de inadmitidos, que es bien distinta. El caso, por poner un ejemplo, del expediente 2/2013. Y otro tanto habría que decir de algunos expedientes en los que aparece la calificación de estimación parcial cuando en realidad se trata de total, pues total debe considerarse la estimación de todo aquello que legalmente pueda ser estimado, y no así de lo que a la fuerza no encaja en el artículo 82.3 del ET pero se intenta colar. Un ejemplo en este sentido puede verse en el expediente 5/2013.

<sup>122</sup> Se trata de los expedientes 8/2012; 14/2012; 1/2013; 4/2013; 5/2013; 6/2013; 8/2013; 9/2013; 10/2013; 13/2013; y 16/2013. El expediente que falta para completar las 12 decisiones, el 3/2013, presenta la peculiaridad de que la CCNCC no llega a pronunciarse ni en sentido afirmativo ni en sentido negativo, al no alcanzarse en ninguna votación la preceptiva mayoría absoluta. Curiosamente, poco después se vuelve a plantear la inaplicación por la empresa, que es parcialmente estimada por la CCNCC –expediente 6/2013.

un tanto arriesgado, merece la pena desatacar algunas tendencias interesantes. Primera, en todos los casos la solicitud de descuelgue afecta a cuestiones salariales y en muchos, además, a mejoras de Seguridad Social. Segunda, en casi todos los casos el descuelgue se pretende respecto del propio convenio de empresa, lo cual seguramente se explique por el hecho de que muchos convenios sectoriales, sobre todo estatales, no fijan cuantías salariales. Tercera, en la mayoría de los casos el arbitraje recae en la propia CCNCC, lo cual confirma, tal y como se apuntaba en el epígrafe anterior, que las reglas del [Real Decreto 1362/2012](#) están pensadas para alcanzar dicho resultado.

Cuarta tendencia, más sorprendente es que en todos los supuestos del primer año de funcionamiento haya intervenido el Pleno en vez de la Comisión Permanente, a la vista de que el artículo 11.2 del [Real Decreto 1362/2012](#) favorece a esta última frente al primero por exigencias funcionales<sup>123</sup>. El escaso número de intervenciones iniciales puede que esté detrás de este inesperado reparto, llamado a cambiar en la medida en que las actuaciones decisorias vayan creciendo<sup>124</sup>.

Quinta tendencia, tal y como se apuntaba en el epígrafe anterior, los vocales representantes de sindicatos y patronales tienen sus posiciones predeterminadas, luego son parciales. En efecto, en los cinco casos los representantes sindicales –CC. OO. y UGT, ausentes ELA/STV y CIG, salvo en un expediente este último– votan en contra del descuelgue y los representantes de las patronales a favor.

Sexta tendencia, la más importante sin duda, corresponde materialmente a los vocales representantes de la Administración General del Estado, todos ellos titulares de órganos administrativos directivos –art. 6.2 [LOFAGE](#)–, la resolución del arbitraje, que es así un arbitraje administrativo. Y como era de esperar, la sintonía de los representantes gubernamentales se produce más con los vocales de las patro-

---

**Los vocales representantes de sindicatos y patronales tienen sus posiciones predeterminadas, luego son parciales**

---



---

**Corresponde materialmente a los vocales representantes de la Administración General del Estado, la resolución del arbitraje, que es así un arbitraje administrativo. Y como era de esperar, la sintonía de los representantes gubernamentales se produce más con los vocales de las patronales que con los de los sindicatos**

---

<sup>123</sup> En la normativa autonómica valenciana solo se prevé la intervención de la Comisión Permanente: artículo 6 del [Decreto 88/2013](#).

<sup>124</sup> A partir del expediente 3/2013 los vocales elegidos por CEOE-CEPYME votan a favor de la intervención de la Comisión Permanente en vez del Pleno, cuando no proponen la designación de un árbitro externo. En el expediente 13/2013 asume la competencia la Comisión Permanente en vez del Pleno como consecuencia del voto de los vocales de la Administración General del Estado.

nales que con los de los sindicatos. Así, de los ocho casos en los que la CCNCC decide sobre el fondo del asunto en siete se estima la solicitud empresarial, en su integridad en dos de ellos, y de forma parcial en los demás.

Y en el único supuesto en el que los vocales de la Administración General del Estado se alinean con los de los sindicatos, el de la primera solicitud presentada por la misma empresa Unipost, se da la circunstancia extrema de que dos meses antes de la apertura del periodo de consultas la empresa había firmado con la representación de los trabajadores la revisión y prórroga del convenio colectivo en cuestión. Demasiado descarado como para que los vocales de la Administración General del Estado apoyaran a los de la patronal.

Séptima y última tendencia, la reciente irrupción del arbitraje externo a iniciativa empresarial y con el apoyo de los vocales de la Administración General del Estado, una vez aprobada la oportuna normativa de compensaciones económicas<sup>125</sup>. Y puesto que la nada neutral mecánica de designación de los árbitros favorece a los propuestos por la patronal y por la Administración General del Estado, no debe extrañar que en los tres laudos hasta el momento dictados se accediera –parcialmente– a la pretensión empresarial de descuelgue<sup>126</sup>.

---

**Y puesto que la nada neutral mecánica de designación de los árbitros favorece a los propuestos por la patronal y por la Administración General del Estado, no debe extrañar que en los tres laudos hasta el momento dictados se accediera –parcialmente– a la pretensión empresarial de descuelgue**

---

La escasez de las experiencias disponibles y el sesgo de las mismas, mayoritariamente relativas a solicitudes de descuelgue supraautonómico, aconseja ser muy cauto en esta materia. Empero, no parece muy arriesgado concluir que el por el momento el escaso uso del arbitraje obligatorio no debe interpretarse como la confirmación del carácter marginal del mismo, de su consideración exclusiva como último remedio o mecanismo de cierre del sistema de descuelgue. Más probable es que el arbitraje obligatorio esté cumpliendo con éxito la función no explicitada que condujo a su implantación, a saber, la compulsión a los representantes de los trabajadores para que acuerden el descuelgue durante el periodo de consultas o después del mismo. Que dicha implantación sea manifiestamente inconstitucional es lo de menos, ya que cuando se pronuncie el alto tribunal la devaluación interna española será ya un hecho más que consumado.

<sup>125</sup> Real Decreto 429/2013, de 14 de junio de 2013 (BOE, de 2 de julio de 2013).

<sup>126</sup> Expedientes 9/2013 (árbitro GONZÁLEZ DE LENA); 10/2013 (no se puede abrir el archivo); y 16/2013 (árbitro MONTOYA MELGAR). En el supuesto del expediente 12/2013 el árbitro designado (GARCÍA MURCIA) no llega a dictar el laudo ante el acuerdo sobrevenido de las partes en conflicto.

Aunque los datos sobre el particular son un tanto opacos, es evidente que conforme a las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social los acuerdos de descuelgue están creciendo en los últimos meses de una forma espectacular<sup>127</sup>. Una parte importante de esos acuerdos de empresa seguramente se deba a la calamitosa situación económica que compela a los representantes de los trabajadores a transigir con la esperanza de evitar unos despidos, que tras la reforma de 2012 tienen la alfombra roja siempre instalada, sin acuerdo previo de descuelgue, con él o junto a él. Pero otra parte de los acuerdos de empresa probablemente sea consecuencia de la enorme presión que sobre los representantes de los trabajadores tenga la existencia misma del arbitraje obligatorio.

#### VII.4. EL CONTROL JUDICIAL PLENO DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO

Ya se ha dicho en este trabajo que cualquier arbitraje en esta materia, obligatorio o no, puede ser impugnado en los términos del artículo 91.2 del ET, esto es, por defectos formales y por ilegalidad o lesividad de los nuevos contenidos *in peius* introducidos por el laudo. Todo ello por el cauce de impugnación de convenios colectivos mediante los trámites del proceso de conflicto colectivo<sup>128</sup>. Nada novedoso ni especialmente problemático, lo que exime de un mayor desarrollo en esta sede.

Cuestión muy distinta es la impugnación judicial basada en la apreciación arbitral de la concurrencia de la causa económica, técnica, organizativa o de producción, y en la adecuación y proporcionalidad de las medidas novatorias propuestas, esto es, en la solución de los dos conflictos jurídicos previos. Así, y en relación con el arbitraje voluntario, no es lo mismo que las partes en conflicto hubieran dejado resuelta esta cuestión, en cuyo caso la impugnación judicial sería limitada –dolo, coacción, fraude y abuso de derecho–, a que sea también objeto del arbitraje, lo que permitiría defender la plena impugnación judicial. Y lo mismo cabe decir del arbitraje predeterminado o en frío, pues en el mismo siempre existirá la posibilidad de que las partes en caliente adopten o no ciertos acuerdos.

En cuanto al arbitraje obligatorio *ope legis*, todo apunta a que debiendo necesariamente el árbitro institucional o privado resolver primero los conflictos jurídicos en torno a la causalidad habilitante y a la adecuación y proporcionalidad de las medidas propuestas<sup>129</sup>, la impugnación plena

<sup>127</sup> De los datos publicados en el Boletín de la CCNCC, núm. 40, junio-septiembre 2013, extraídos de la Estadística de Convenios Colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, durante los ocho primeros meses de 2013 se produjeron 1694 descuelgues, casi el triple de los del entero 2012.

<sup>128</sup> Así, SAN de 28 de enero de 2013, núm. 15, F. J. 3.

<sup>129</sup> El expediente número 8/2012 de la CCNCC es un magnífico ejemplo de distinción entre los dos conflictos jurídicos previos que todo arbitraje debe abordar. Así, aunque la CCCNC considera que concurre la causa económica alegada, a continuación niega que se cumpla la adecuación y proporcionalidad entre la causa probada y las medidas de rebaja salarial solicitadas. Lo mismo sucede en el expediente 4/2013.

sea perfectamente posible. De hecho, hay ya un par de pronunciamientos en este sentido de la Audiencia Nacional<sup>130</sup>.

Dicha impugnación plena puede apoyarse en la eventual conculcación de la legislación vigente de la que habla el artículo 163.1 de la LRJS, o bien en la infracción de normas imperativas del artículo 65.4 de la LRJS. Téngase en cuenta que la exigencia de causa para el descuelgue se configura en el artículo 82.3 del ET con carácter imperativo. Y lo mismo puede decirse de la adecuación y proporcionalidad entre las medidas solicitadas por el empresario y la causa habilitante, que aunque expresamente no esté prevista en el artículo 82.3 del ET, por coherencia con lo regulado a propósito de los despidos colectivos –art. 51 ET–, lo está en los artículos 22.3 y 24.4 del Real Decreto 1362/2012. Preceptos reglamentarios que no pueden considerarse *contra legem* en la medida en que se apoyan en principios constitucionales, a tenor de la doctrina judicial de los superiores de justicia y de la Audiencia Nacional y a falta de jurisprudencia del Supremo sobre la normativa legal introducida en 2012<sup>131</sup>.

**Todo apunta a que debiendo necesariamente el árbitro institucional o privado resolver primero los conflictos jurídicos en torno a la causalidad habilitante y a la adecuación y proporcionalidad de las medidas propuestas, la impugnación plena sea perfectamente posible. De hecho, hay ya un par de pronunciamientos en este sentido de la Audiencia Nacional**

En este sentido, no se comparte el criterio de la *SAN, de 28 de enero de 2013*, núm. 15, F. J. 5, cuando considera que en el juicio de proporcionalidad el laudo es de equidad en vez de jurídico. Al fin y al cabo, el juicio de proporcionalidad es una herramienta cada día más empleada en la resolución de múltiples conflictos jurídicos, con derechos fundamentales por medio o sin ellos. Otra cosa es que el juicio en cuestión, y en especial la ponderación con la que culmina, sea muy resbaladizo y con un alto grado de subjetividad. Muy crítico con esta sentencia se muestra MOLINA NAVARRETE, C. «*Reforma laboral, oportunismo ...*», *op. cit.*, pp. 63 y ss., quien considera que la Audiencia Nacional, y antes la CCNCC, confunden el juicio de proporcionalidad y el de mera oportunidad, que según él es el que llevan a cabo.

<sup>130</sup> *SSAN de 28 de enero de 2013*, núm. 15; y de *19 de junio de 2013*, núm. 128.

<sup>131</sup> *SAN de 28 de enero de 2013*, núm. 15, F. J. 4. Se pronuncian de manera concreta a favor del control judicial de la adecuación y proporcionalidad del descuelgue, entre otros, ALFONSO MELLADO, C.: «La reforma de ...», *op. cit.*, p. 12 de la versión digital; CRUZ VILLALÓN, J. «Procedimientos de resolución ...», *op. cit.*, p. 400; y MOLINA NAVARRETE, C.: «*Reforma laboral, oportunismo ...*», *op. cit.*, pp. 63 y ss.

En cuanto a la doctrina judicial dictada en materia de despidos colectivos, pero extensible a otras iniciativas empresariales más, entre otras muchas, la *SAN, de 15 de octubre de 2012*, sentencia núm. 162/2012, F. J. 7, y la *STSJ de Madrid, de 30 de mayo de 2012*, demanda núm. 17/2012. Y en la doctrina científica, por todos, DESDENTADO BONETE, A.: «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012: reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», en *AL*, 2012, núms. 17-18, pp. 1.792 y ss.; GOÑI SEIN, J. L.: «El nuevo modelo normativo ...», *op. cit.*, pp. 34-38.

No sería un obstáculo para esta interpretación posibilista lo previsto en el artículo 82.3 *in fine* del ET, que remite en materia de impugnación judicial al restrictivo artículo 91.2 del ET, pues dicha remisión, ya se ha dicho, tiene sobre todo sentido respecto del contenido novatorio del laudo, no así de la concurrencia o no de la causa habilitante del descuelgue y de la adecuación de las medidas propuestas. En todo caso, es evidente que esta cuestión no está bien resuelta legislativamente, a diferencia de lo que sucede con el arbitraje en materia electoral –art. 128 a) LRJS–<sup>132</sup>, y se presta pues a discrepancias académicas y judiciales<sup>133</sup>.

En todo caso, y para acabar de apuntalar la tesis protutela judicial que aquí se defiende resulta fundamental tener en cuenta la indiscutible impugnación judicial plena del presupuesto habilitante del arbitraje obligatorio en materia de huelgas especialmente perjudiciales –art. 10 DLRT–<sup>134</sup>. Y lo mismo respecto del ya decaído arbitraje obligatorio para la sustitución de las derogadas ordenanzas laborales<sup>135</sup>. El hecho de que en ambos casos estén separadas orgánicamente las decisiones en torno a la pertinencia del arbitraje obligatorio y al laudo arbitral mismo, a diferencia de lo que sucede con el arbitraje obligatorio del artículo 82.3 del ET, protagonizado en exclusiva por un mismo órgano, la CCNCC o el árbitro externo, no tiene mayor relevancia.

No puede dejar de criticarse, a este respecto, que mientras la impugnación del arbitraje de la CCNCC es competencia exclusiva del orden jurisdiccional social –art. 2 n) LRJS–, la impugnación del acto gubernamental de sometimiento a arbitraje obligatorio al amparo del artículo 10 del DLRT siga siendo competencia del orden contencioso-administrativo –art. 3 d) LRJS–, correspondiendo la revisión del laudo arbitral en este último caso al orden social<sup>136</sup>.

Impugnación judicial plena del arbitraje obligatorio *ex* artículo 82.3 ET que para la Audiencia Nacional también debe abarcar el comportamiento de las partes durante las fases previas, esto

<sup>132</sup> Por todos, CALVO GALLEGO, F. J.: *El arbitraje en ...*, *op. cit.*, pp. 133 y 142 y ss.

<sup>133</sup> La SAN de 28 de enero de 2013, núm. 15, F. J. 5, admite el pleno control judicial, aunque el razonamiento que emplea no sea todo lo exquisito desde el punto de vista técnico que cabría esperar, pues da la sensación de que lo admite con restricciones cuando lo admite sin más, con amplitud.

Partidario del pleno control judicial se muestra GOERLICH PESET, J. M.: *Régimen de la ...*, *op. cit.*, p. 112. Más dudoso, en cambio, MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral de 2012», en *AS*, 2013, núm. 9, p. 10 de la versión digital.

<sup>134</sup> STS, Sala 3.ª, de 2 de julio de 1985, cdo. 4. Véase, asimismo, VIVERO SERRANO, J. B.: *La terminación de ...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss., con cita de la jurisprudencia completa del Tribunal Supremo.

<sup>135</sup> STS, Sala 3.ª, de 7 de diciembre de 2005, recurso de casación núm. 2087/2003.

<sup>136</sup> Así, STS, Sala 3.ª, de 27 de enero de 1999, rec. núm. 7122/1992, F. J. 3 h).

Un ejemplo reciente de impugnación ante la jurisdicción social de un laudo dictado como consecuencia de un arbitraje obligatorio *ex* artículo 10.1 del DLRT, el de Iberia Express, puede verse en la SAN de 2 de noviembre de 2012, número 122/2012.



es, periodo de consultas y recurso a la comisión paritaria y a otros sistemas autónomos de solución de conflictos<sup>137</sup>.

Para ir concluyendo, especialmente compleja se presenta la cuestión del proceso judicial a seguir. Así, no es lo mismo que recurra la pertinencia del arbitraje obligatorio del 82.3 del ET la representación de los trabajadores a que lo haga el empresario. De impugnar la representación de los trabajadores y ser esta de tipo sindical podría indistintamente seguirse el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales –arts. 177 y ss. LRJS– o el proceso de impugnación de convenios colectivos por los trámites del proceso de conflicto colectivo –art. 165 LRJS–<sup>138</sup>. Si la representación de los trabajadores fuera la unitaria o la comisión *ad hoc* del artículo 41.4 del ET<sup>139</sup>, el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales no podría utilizarse al no estar indirectamente en liza el derecho fundamental a la libertad sindical, debiendo acudir al otro cauce apuntado, al igual que en caso de impugnación empresarial<sup>140</sup>.

Aunque la legitimación activa para la impugnación judicial corresponde tanto a la representación de los trabajadores como al empresario, según el resultado del arbitraje obligatorio, es a la representación de los trabajadores a quien más puede convenir. Por lo pronto, la suspensión cautelar del descuelgue, prevista expresamente en el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales –art. 180 LRJS– y de forma genérica y por remisión en el artículo 79.1 de la LRJS, es más teórica que real a la vista de la necesaria interpretación restrictiva de la misma, que solo permitiría su empleo residual en los supuestos más burdos de arbitraje manifiestamente contrario a las exigencias de causalidad y adecuación del descuelgue.

---

**Impugnación judicial plena del arbitraje obligatorio *ex* artículo 82.3 del ET que para la Audiencia Nacional también debe abarcar el comportamiento de las partes durante las fases previas, esto es, periodo de consultas y recurso a la comisión paritaria y a otros sistemas autónomos de solución de conflictos**

---

<sup>137</sup> SAN de 19 de junio de 2013, núm. 128, F. J. 8, que anula la inaplicación acordada por la CCNCC –expediente 4/2013– ante la mala fe y el fraude de ley cometidos por la empresa durante el periodo de consultas y no advertido adecuadamente por la propia CCNCC.

<sup>138</sup> SAN de 19 de junio de 2013, núm. 128.

<sup>139</sup> Sobre la legitimación activa de la comisión *ad hoc*, si bien en un pleito por despido colectivo, por todas, la STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2012, sentencia núm. 13/2012, F. J. 2.

<sup>140</sup> Así, SAN de 28 de enero de 2013, núm. 15, F. J. 3. Es el caso de la empresa de mensajería Unipost (expediente 8/2012), en el que la decisión arbitral desestimatoria de la CCNCC, basada en la falta de adecuación o proporcionalidad entre las medidas propuestas y la causa alegada, que no en la ausencia de causa, es impugnada por el empresario ante la Audiencia Nacional, que no estima la demanda y da la razón a la CCNCC. Un comentario muy crítico de este caso y de la citada sentencia puede verse en MOLINA NAVARRETE, C.: «Reforma laboral, oportunismo ...», *op. cit.*, pp. 49 y ss.

Otra cosa es la eventual sentencia estimatoria de la nulidad del arbitraje obligatorio y del consiguiente descuelgue contenido en el laudo, que conllevaría la inmediata aplicación del convenio inaplicado, si es que siguiera aplicándose<sup>141</sup>. Asimismo, podrían reclamarse con carácter retroactivo los conceptos retributivos –salariales y mejoras voluntarias de Seguridad Social– no prescritos, bien que por el proceso especial ordinario y de forma individual. Por cierto, no debería descartarse, en ausencia de impugnación colectiva de la pertinencia del arbitraje obligatorio, la impugnación individual de los actos empresariales de ejecución del resultado novatorio del arbitraje obligatorio.

Para los empresarios, en cambio, más que la tutela judicial, demasiado lenta para los acelerados tiempos que corren, resultaría pertinente, siempre que la causalidad económica *lato sensu* se agravara, la apertura de un nuevo periodo de consultas que pudiera conducir bien al acuerdo con la representación de los trabajadores, bien a un ulterior arbitraje obligatorio, cuyo resultado podría cambiar, como de hecho ha sucedido ya en la realidad<sup>142</sup>.

<sup>141</sup> SAN de 19 de junio de 2013, núm. 128, F. J. 8 y Fallo.

<sup>142</sup> El caso, ya mencionada en la nota 140, de la empresa de mensajería Unipost y de los expedientes de la CCNCC números 8/2012, desestimatorio, y 14/2012, estimatorio. Es más, esta empresa ha obtenido con posterioridad otro descuelgue salarial de mayor intensidad, vía arbitraje externo –expediente 16/2013.