

colisiones en materia de distribución del ejercicio del poder de disposición «sobre la aplicación de su regulación salarial entre convenios supraempresariales de diferente ámbito territorial y funcional habrá de ordenarse de acuerdo con el principio general de prohibición de concurrencia, sus reglas de solución de los conflictos interconvencionales y sus excepciones»<sup>22</sup>.

En todo caso, tanto el artículo 82.3 ET como el ANC se refieren a los convenios de ámbito superior a la empresa; la exigencia se concreta en que se trate de un convenio bajo cuya aplicación quede una pluralidad de ellas (aunque sin exigirse un mínimo o fijarse un tope máximo), pudiendo tratarse de convenios de grupos de empresas, subsectoriales, sectoriales e intersectoriales o interprofesionales, con independencia de cuál sea su ámbito territorial y funcional.

Si hablamos de una empresa integrada en el ámbito de aplicación del convenio, junto con otra, por vía de extensión, es claro que los mecanismos de descuelgue previstos en aquél también han de serle aplicables, por más que surja alguna duda o disfunción<sup>23</sup>.

## II. CONFIGURACIÓN DEL DESCUELQUE SALARIAL

### 1. Alcance de la previsión legal

En su más prístina modalidad, el llamado descuelgue salarial opera como un mecanismo convencional que permite a los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, solicitar la inaplicación del régimen salarial pactado; dicho queda que, conforme a las previsiones del artículo 82.3 ET, «los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría *no aplicarse el régimen salarial* del mismo a las empresas». Recuérdese que también el ANC 2007 contiene una referencia expresa a lo que denomina «cláusula de inaplicación salarial» para establecer que forma parte del contenido mínimo de los convenios colectivos de ámbito superior al de empresa; partiendo de ese contenido mínimo, «se considera necesario que en los convenios de ámbito superior al de empresa se establezcan las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación».

La inaplicación o descuelgue sólo puede comprenderse íntegramente una vez que se hayan despejado todos los interrogantes que el legislador ha dejado abiertos; entre otros:

- Cuáles son las «condiciones» que deben concurrir en la empresa para que opere;
- Qué «procedimientos» han de cumplimentarse en orden a que se consiga el fin perseguido;
- Qué debe entenderse por «régimen salarial» desde la perspectiva del contrato de trabajo;

22. CASAS BAAMONDE, M. E., «Descuelgue» salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses», *Relaciones Laborales*, 1995, pág. 23.

23. Sobre este particular, STSJ Cantabria 16 abril 2001 (AS 2001, 1425).

- Qué significa que un régimen salarial deriva «del mismo» convenio colectivo en que se recoge la cláusula;
- Cuáles son los contenidos retributivos que pueden «no aplicarse» a la empresa en cuestión;
- De qué modo ha de concebirse «la estabilidad económica» de una concreta empresa;
- Cuáles son los criterios para determinar que esa estabilidad «pudiera verse dañada» si se aplica el convenio;
- Quiénes son los trabajadores afectados por el descuelgue salarial de referencia;
- Cuáles son las fuentes reguladoras y los contenidos que desplazan las previsiones inaplicadas;
- Qué compensaciones benefician a los trabajadores afectados por la inaplicación;
- Cuánto tiempo persiste la situación de descuelgue.

Como se observa, muchas e importantes incertidumbres acompañan a la inaplicación retributiva, que no sólo aparece como figura excepcional (comporta la quiebra de la eficacia general del convenio, se dirige a empresas en dificultades, requiere diversos presupuestos) sino también de perfiles inciertos.

## 2. Modalidades

Repetidamente se ha recordado cómo el artículo 85.3.c) ET establece que todo convenio colectivo negociado conforme al procedimiento previsto en el Título III debe, necesariamente, incluir entre su contenido mínimo las condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de la empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando este sea superior al de empresa; cuando se cumple con tal requerimiento surge la cláusula de inaplicación y habremos de interpretarla conforme a los cánones habituales (apartado B).

Sin embargo, cuando se analizan los convenios colectivos supraempresariales se pone de manifiesto que muchos de ellos no cumplen con esa obligación legal, aunque el legislador prevé el modo de alcanzar el descuelgue salarial en tales casos (apartado C).

A esas dos opciones genuinas de inaplicación se añade una opción impropia: la prohibición o exclusión del descuelgue. ¿Podría consistir el régimen previsto para inaplicar determinado convenio, precisamente, en la imposibilidad de ponerlo en práctica? Vamos a comenzar por despejar tal hipótesis (apartado A).

### A) *Exclusión convencional*

*Problema.*—Hay que cuestionarse ahora si el convenio colectivo supraempresarial puede excluir de manera expresa la posibilidad de inaplicación del régimen salarial. Dicho de otro modo: puesto que la norma exige que todo convenio de tal ámbito indique el modo expreso las «condiciones y procedimientos» para que la empresa en dificultades ponga en marcha ese mecanismo, cabe pensar en un convenio que asuma el encargo normativo y responda que «son inexistentes». ¿Puede considerarse legítima esa opción?

*Admisión del pacto excluyente.*—Puesto que está en manos de los negociadores del convenio tanto la determinación de cómo se ordenan las «materias de índole económica» (art. 85.1 ET) y de cómo se inaplica el régimen salarial, parece *natural* que también ellos puedan disciplinar en toda su extensión ambas magnitudes. Del mismo modo que vale (por hipótesis) un convenio sin tablas retributivas, ¿por qué no ha de valer otro que impida el descuelgue salarial?

Son varias las razones que avalan esta opción interpretativa y todas ellas remiten al principio autonomista: no habría convenio si las partes no quisieran, omitirían las retribuciones si así lo desearan, pondrían «condiciones y procedimientos» de concurrencia improbable si optasen por un cumplimiento formal del encargo legislativo, etc.

Cuando un convenio colectivo impide, de forma tajante y expresa, la inaplicación del régimen salarial en él contemplado se está limitando a ejercer la libertad de negociación, si que haya norma alguna que lo impida. La exclusión expresa en cuestión ha de enfocarse como mera «manifestación del acuerdo conjunto de voluntades colectivas cuya autonomía constituye el eje del sistema de relaciones laborales... (sin) que pueda hacerse prevalecer contra dicho acuerdo expreso una prescripción que implanta una excepción a la fuerza vinculante del convenio»<sup>24</sup>.

*Rechazo del pacto excluyente.*—El tenor de los artículos 82.3 y 85.2.b muestra el deseo inequívoco de que todo convenio colectivo de ámbito superior a la empresa alberge previsiones acerca de la posible inaplicación de su régimen retributivo. Estaríamos ante una perversión normativa si considerásemos cumplido el mandato legal con la previsión de que son inexistentes las condiciones para alcanzar tal objetivo, por la sencilla razón de que así se desea. Su inclusión como parte del contenido mínimo del convenio estatutario se configura como una obligación legal, que se manifiesta por las expresiones de los artículos 82.3 ET «los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa *establecerán* las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas» y 85.3.c) ET «los convenios colectivos *habrán de expresar* como contenido mínimo lo siguiente (...) (c) condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo (...)»; los términos de la norma parecen dejar pocas dudas al respecto<sup>25</sup>.

La doctrina mayoritaria se inclina por entender así el diseño legal y afirma que lo contrario equivale a dejar sin sentido los cambios introducidos por la Ley 11/1994, pues todo acabaría quedando como estaba antes, por completo en manos de los propios convenios colectivos y de sus negociadores. «Si el legislador hubiese querido remitir sin más a la negociación colectiva, hubiese dejado el tenor del viejo precepto legal en sus propios

24. BAYLOS GRAU, A., «Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, 1994, Tomo I, pág. 330.

25. GALIANA MORENO, J. M<sup>a</sup>, en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., y RÍOS SALMERÓN, B., sostiene que «con toda seguridad, tales convenios no pueden prohibir la existencia del descuelgue dentro de sus respectivos ámbitos, dado el tenor del artículo 85.2.c)»: *Comentarios al Estatuto del los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, 6<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2005, pág. 631.

términos, de suerte que fuese la propia negociación colectiva la que se articulase sin imperativos ni cortapisas a sí misma»<sup>26</sup>.

*Tesis acogida.*—Más que en el carácter mínimo de las cláusulas de descuelgue, la ilegalidad del pacto excluyente del mecanismo estudiado deriva del conjunto normativo que hay en la Ley, en especial de las previsiones supletorias para los supuestos en que no se haya pactado al respecto. El propio legislador estatutario ha previsto un mecanismo alternativo a la previsión convencional de descuelgue, al reconocer al empresario y a los representantes de los trabajadores la facultad de determinar la procedencia/improcedencia de la inaplicación del régimen salarial regulado en el convenio colectivo de ámbito superior al de empresa<sup>27</sup>. De ahí se desprende su clara intención de que exista no tanto una cláusula de descuelgue cuanto la posibilidad de que el resultado se pueda alcanzar; si se ciegan (y cierran) todos los caminos para conseguir el objetivo, no cabe duda de que el convenio está yendo contra lo que la Ley desea.

No basta con proclamar la inviabilidad (*rectius*, ilegalidad) de las previsiones convencionales mediante las que se venga a impedir cualquier modalidad de descuelgue salarial, sino que ha de darse un paso más. Imaginemos un convenio que aborda el descuelgue salarial, fijando «condiciones y procedimientos» para que opere; ¿podrían entenderse cumplida la Ley cuando los requisitos sean de imposible concurrencia? La evidente respuesta negativa que ha de darse cimienta la tesis aquí sostenida:

- Es válida la opción convencional de omitir previsiones sobre el descuelgue salarial;
- Es válida la opción convencional que regula los requisitos del descuelgue en cuestión;
- No es válida la cláusula convencional que impide expresamente cualquier tipo de descuelgue;
- Tampoco posee validez la fijación abusiva, disparatada, de los procedimientos y condiciones que habrían de concurrir para el descuelgue en cuestión.

La tesis del abuso de derecho ha servido para controlar la validez de las cláusulas convencionales respecto de materias en las que el Derecho heterónimo no ha fijado cortapisas; por ejemplo, respecto de la duración del período de prueba, el Tribunal Supremo

26. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Mecanismos legales de descuelgue salarial», *AL*, Tomo I, 1997, pág. 192.

27. Como de forma contundente destaca PÉREZ DE LOS COBOS, «la voluntad legal, por consiguiente, de que los convenios supraempresariales incorporen la cláusula de descuelgue es manifiesta y, en consecuencia, manifiesta sería la ilegalidad de la previsión convencional que vetara o excluyese de forma expresa el descuelgue salarial en el ámbito de aplicación que regule»: «Mecanismos legales de descuelgue salarial», *AL*, Tomo I, 1997, pág. 193. En el mismo sentido se pronuncian GARRIDO PÉREZ, E., «Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria», *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, pág. 20. SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A., Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo II, pág. 25. También MORENO DE VEGA Y LOMO, F., *La inaplicación salarial del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 49.

ha aceptado examinar la legalidad de la duración fijada en el convenio colectivo<sup>28</sup>. Ese mismo enfoque de *razonabilidad* debe permitir que si el convenio opta por disciplinar la cláusula de descuelgue, pero lo hace de modo que lo convierte en manifiestamente inviable, se estaría actuando de forma fraudulenta y habría que considerar inexistente lo regulando, entrando entonces en juego las previsiones supletorias, previstas para cuando el convenio nada dice al respecto.

Similar enfoque (el descuelgue salarial debe ser razonablemente viable en los casos queridos por el legislador) está presente en alguna respuesta judicial a casos en que las previsiones del convenio eran válidas, pero su cumplimiento real se había convertido en imposible<sup>29</sup>.

### B) *Previsión convencional*

*Interpretación de las cláusulas.*—El modo prototípico y preferible de que los deseos legislativos de posibilitar el descuelgue salarial viene constituido por la incorporación al convenio de las correspondientes cláusulas de inaplicación. De este modo se atiende el requerimiento para que la materia se integre en el contenido necesario del convenio y se adaptan a las peculiaridades del sector las previsiones legislativas.

Por descontado, con esa operación no acaban las dudas jurídicas pues, como sucede con toda cláusula convencional, lo que se haya dispuesto al respecto habrá de someterse a la imprescindible tarea hermenéutica. Como se sabe, la interpretación del convenio colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico<sup>30</sup>, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes<sup>31</sup>, lo que confiere especial relevancia al criterio del tribunal *a quo*<sup>32</sup>. Deben combinarse los cánones hermenéuticos propios de las normas con los de los convenios colectivos<sup>33</sup>. El incumplimiento patronal de lo pactado en convenio colectivo puede comportar consecuencias de índole diversa según se atienda a la esfera individual (consecuencias sobre el contrato de trabajo concreto) o colectiva (quebrantamiento del contenido obligacional del convenio) de las relaciones laborales<sup>34</sup>.

28. Véase al respecto la STS 12 noviembre 2007 (RJ 2008, 701), donde se estudia «si esa cláusula de duración de dos años del período de prueba establecida para el Promotor de Entrada constituye o no un abuso de derecho», examinando la adecuación entre el tiempo de prolongación y la finalidad perseguida por la institución. Se concluye que «no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características».

29. Alguna doctrina judicial proclama que el procedimiento de carácter supletorio no sólo se aplicará para los supuestos que carezcan de cláusula de inaplicación salarial, sino también «en aquellos supuestos en que ésta es incompleta o contiene una exigencia imposible de cumplir por circunstancias independientes de la empresa afectada» (STSJ Andalucía (Sevilla) 14 julio 1999 [AS 1999, 3746]). Dicha circunstancia se aprecia cuando el convenio sectorial remite la decisión del descuelgue a la Comisión Paritaria del convenio y ésta no se constituye, por circunstancias ajenas a la empresa demandada (STSJ Andalucía (Sevilla) 7 octubre 1997 [AS 1997, 5340]).

30. SSTS 6 y 13 abril 1992 (RJ 1992, 2600 y 2645).

31. STS 1 julio 1994 (RJ 1994, 6323).

32. STS 27 septiembre 2002 (RJ 2002, rec. 3741/2001).

33. SSTS 13 junio 2000 (RJ 2000, rec. 3839/1999); 20 julio 2006 (RJ 2006, 8560).

34. STS 21 julio 1992 (RJ 1992, 5645).

*Cláusulas individuales.*—Está condenada al fracaso la práctica (sea individual en sentido estricto, sea de forma masiva) consistente en que se pacta la inaplicación salarial entre las partes del contrato de trabajo. El mecanismo de descuelgue constituye, al tiempo, contenido necesario para el convenio colectivo y materia prohibida para el pacto individual; comporta una renuncia de derechos, prohibida por el art. 3.5 ET y concordantes, el que un trabajador acepte que los salarios del convenio no se le aplican en determinadas hipótesis silenciadas en el convenio.

Del mismo modo que no puede aceptarse el pacto individual permitiendo la modificación sustancial de condiciones de trabajo al margen de los cauces admitidos por la Ley<sup>35</sup>, hay que salir al paso de ese atajo para conseguir la inaplicación del régimen salarial, incluso cuando su contenido sea idéntico al que hubiera podido integrar el convenio colectivo<sup>36</sup>.

### C) *Pacto sobrevenido*

*Cauces supletorios para el descuelgue.*—Así como la exclusión del descuelgue salarial (que se reputa ilegal) aparece prácticamente inédita en la negociación colectiva, lo cierto es que un porcentaje importante de convenios colectivos (de ámbito supraempresarial) omiten cualquier referencia a tal posibilidad. Por las ya expuestas razones, ello no propicia la declaración de ilegalidad (nulidad o lesividad) del convenio en cuestión sino que provoca la entrada en juego de las previsiones alternativas contempladas al efecto en el propio artículo 82.3 ET, que pasa por la participación del empresario y de los representantes de los trabajadores. En principio, se resuelve el problema que podría plantearse por el hecho de que el convenio de ámbito superior al de empresa omitiese cualquier referencia a esta posibilidad de descuelgue salarial, encomendando entonces a los propios interesados, o en su caso a la comisión paritaria del convenio, la determinación de los supuestos en los que procedería la inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo de referencia. Lo que sucede es que también aquí el diseño es más complejo y abierto de cuanto podría pensarse:

- En principio, la inaplicación «sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores»;
- Pese a la aparente existencia de un único camino alternativo a la cláusula expresa, lo cierto es que «de no existir acuerdo» aún se indica una tercera opción: «la Comisión Paritaria del Convenio» pasa a resolver «la discrepancia».

*Bilateralidad y unilateralidad.*—Si se mira bien, lo que encontramos por cualquiera de los dos caminos es la confluencia de las voluntades patronal y asalariada. O bien surge el pacto en el ámbito de la empresa, o bien en el seno de la Comisión Paritaria del

35. Resulta inadmisibles la cláusula contractual por la que un trabajador rechaza las garantías del art. 41 ET y deja al arbitrio del empresario la adopción de cambios sustanciales [SSTSJ Murcia de 17 diciembre 1997 (AS 1997, 4536), Cataluña de 27 enero 1999 (AS 1999, 153), Castilla y León, Valladolid, de 23 marzo 2005 (AS 2005, 548)].

36. «No podemos admitir que se tenga por terminante y manifiesto un convenio entre la partes de reducción de los salarios por la simple firma de los contratos, con una comunicación a los trabajadores de las dificultades y de la aplicación de dicha reducción por parte de la empresa» [STSJ del País Vasco de 20 julio 2004 (AS 2004, 2520)].

convenio. Lo que no cabe es que (cuando el convenio omita la previsión de descuelgue) la voluntad de la empresa imponga el resultado inaplicativo en cuestión; el empresario no puede, en consecuencia, decidir unilateralmente que se aplique el descuelgue en el ámbito de su empresa. Y, siguiendo con este enfoque, también está presente la voluntad de las dos partes cuando es el propio convenio el que ha precisado los presupuestos para que opere la inaplicación<sup>37</sup>.

No obstante, alguna sentencia ha reconocido el derecho del empresario a inaplicar el régimen salarial pactado en el convenio de ámbito superior a pesar de no haberse llegado a un acuerdo con la representación de los trabajadores; por ejemplo, si el acuerdo no se pudo alcanzar por causa imputable exclusivamente a la representación de los trabajadores que sistemáticamente anulaban las reuniones convocadas. El Tribunal entendió que no podía dejarse «al arbitrio de una de las partes la posibilidad de dejar sin aplicación una de las cláusulas del Convenio, pues bastaría, como ocurre en el caso de autos, que pese a los reiterados cumplimientos de la empresa en orden a seguir el procedimiento establecido en el repetido Convenio, para tratar de negociar con sus trabajadores el tratamiento salarial diferenciado que se adecue a las condiciones económicas por las que aquélla atraviesa, el que dichos trabajadores desconvoquen la reunión prevista, como es el caso, para negociar dicha cuestión, o evitar simplemente la consecución de acuerdo»<sup>38</sup>.

Salvo este tipo de excepciones debe entenderse, sin embargo, que el empresario no puede dejar de aplicar el régimen salarial del convenio supraempresarial salvo que le autorice a ello expresamente el convenio. Cuando no existe representación de los trabajadores surge la duda de si el descuelgue sería posible cuando la empresa considere que concurren sus presupuestos; aunque conviene no brindar una respuesta demasiado tajante, lo más lógico es que la vía quede abierta sólo si se consigue completar la voluntad

37. Recuérdesse que el art. 41.1.d) ET tipifica como una de las condiciones de trabajo que puede modificarse sustancialmente la del «sistema de remuneración», cosa bien diversa del régimen salarial al que alude el art. 82.3 ET.

Los Tribunales han considerado incardinable en el supuesto de modificación sustancial del sistema de remuneración, el cambio por el cual un porcentaje del devengo fijo queda convertido en aleatorio [STS de 6 mayo 1996 (RJ 1996, 4379)], la sustitución de una prima por otra [STSJ Madrid de 4 junio 1997 (AS 1997, 2356)], la eliminación de un economato [STSJ Cataluña de 25 junio 1998 (AS 1998, 3166)], o, en general, cualquier otra alteración atinente a la forma de percepción de los conceptos retributivos [SSTSJ Canarias, Las Palmas, de 29 septiembre 1994 (AS 1994, 3367), Cataluña de 22 junio 1994 (AS 1994, 2596) y 3 abril 1995 (AS 1995, 1555), Andalucía, Málaga, de 30 enero 1995 (AS 1995, 194)].

Por el contrario, no se considera subsumible en el supuesto el mero cambio en la denominación de un complemento sin variación de su naturaleza ni merma de las retribuciones percibidas [STSJ Madrid de 9 diciembre 1997 (AS 1997, 4578)]. Y afectan al sistema de remuneración pero no cumplen el requisito de la sustancialidad, la no consideración como permiso retribuido la visita al pediatra para acompañar a los hijos [STSJ Cataluña de 19 julio 1997 (AS 1997, 3568)], ni la sustitución del «cheque regalo por un descuento en las compras efectuadas por los trabajadores en la empresa» [STSJ Cataluña de 28 junio 1997 (AS 1997, 3064)].

38. A ello se añadía que «hacer depender la efectividad de una cláusula de descuelgue, de la obtención de un resultado en la negociación, como condición indispensable para la aplicación de aquélla, supone una trasgresión de la buena fe y contraría lo establecido en el artículo 1119 del Código Civil que, al regular las obligaciones condicionales establece que se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento». Se trata de la STSJ Galicia de 26 de enero de 1996 (AS 1996, 13).

empresarial con la de los trabajadores, sea con ellos individualmente (discutible), sea a través de la Comisión Paritaria, pero no omitiendo el trámite<sup>39</sup>.

### 3. El concepto de «régimen salarial»

Tanto en el artículo 82 cuanto en el artículo 85 ET se habla del *régimen salarial* para aludir a las prescripciones que pueden quedar sin aplicación. La exacta identificación de qué haya querido significarse plantea diversos interrogantes que interesa repasar.

En primer lugar, es imprescindible saber si se está aludiendo al régimen retributivo o sólo al que constituye la contraprestación del trabajo, en sentido estricto. Como segundo tema por clarificar aparece el de si la empresa que inaplica el régimen salarial lo hace en términos absolutos o sólo por referencia a los aumentos que haya incorporado el convenio colectivo del que se vaya a producir el descuelgue.

Una vez se haya explicado por qué la inaplicación sólo procede respecto de las partidas salariales (no de las demás retributivas) y que la intensidad del descuelgue no está restringida a los incrementos incorporados por el propio convenio, será el momento de identificar con exactitud el significado del «régimen» salarial<sup>40</sup>.

#### A) Alcance estricto de lo salarial

Para precisar qué sea, o no, salario ha de acudir a las definiciones del artículo 26 ET, donde aparece un doble camino, inclusivo y excluyente, en orden a su determinación.

*Vía enunciativa.*—A tenor del artículo 26.1 se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena». La fórmula en cuestión y su interpretación jurisprudencial permiten sentar varias ideas de sumo interés:

- Se presume (*iuris tantum*) que es salario cuanto el trabajador recibe de su empresario, debiendo considerarse como arrastre histórico la referencia al carácter «*profesional*» de la actividad desenvuelta, de la que no cabe extraer consecuencia alguna: si se dan las notas del art. 1.1 ET hay trabajador y empleador, entrando en juego todo el articulado de la Ley<sup>41</sup>.

39. La STSJ Las Palmas 29 mayo 2008 (AS 2008, 1600) adopta una solución más clara y restrictiva: «Está completamente descartado, en consecuencia, que la determinación unilateral por el empresario de la nueva retribución de sus trabajadores, intentado y no conseguido el acuerdo, pueda ser una opción válida jurídicamente. En estos casos, además, no pierde vigencia el contenido normativo del convenio supraempresarial, que es de obligatoria observancia, también en régimen de salarios, por el empleador. A la misma solución se debe llegar cuando no existan los presupuestos necesarios para lograr el acuerdo, en concreto inexistencia de representación colectiva de los trabajadores, sin que desde luego pueda sustituir este requisito la firma de un acuerdo plural del empresario con cada uno de sus trabajadores».

40. La STSJ Castilla y León (Valladolid) 2 mayo 2006 (AS 2006, 1442) descarta que puedan subsumirse en estas cláusulas las decisiones de rebajar el importe previsto por el convenio para trabajo nocturno o en fines de semana.

41. La jurisprudencia acoge tradicionalmente la presunción de que «toda retribución que recibe el trabajador del empresario es salario» (STS 25 octubre 1988 [RJ 1988, 8152]); «todo lo que el trabajador percibe de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario, con todas las importantes consecuencias que tal conclusión comporta, debiendo sólo jugar las excepciones legales cuando su existencia quede probada» (STS 12 febrero 1985 [RJ 1985, 636]).

- La retribución percibida con motivo de festivos, descansos semanales, permisos, vacaciones y similares posee naturaleza salarial; este es el significado de la referencia al «trabajo efectivo» o a «los períodos de descanso computables como de trabajo».
- La naturaleza salarial de cuanto se devengue ha de preconizarse con independencia de cuál sea la partida, denominación o concepto de lo pagado: si cumplen con los requisitos comunes ya expuestos, se integran en el salario «la totalidad de las percepciones», terminología legal que presupone el cumplimiento de su deber por el empleador<sup>42</sup>.
- Las percepciones salariales pueden satisfacerse «en dinero o en especie». Como regla general, según prescribe implícitamente el precepto comentado, el pago ha de efectuarse «en dinero», lo que significa, salvo pacto, «exclusivamente en moneda de curso legal» (art. 3.1 Conv. núm. 95 OIT; art. 1170 CC), con independencia de que se entregue en numerario, cheque o transferencia (cfr. art. 29.4 ET).

Vía excluyente.—Todo lo anterior se completa con la prescripción de que “no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador» que carezcan de la conmutatividad explicada en el apartado anterior; por más que el empleador abone a su asalariado una cuantía, si la misma obedece a móvil extralaboral o a finalidad resarcitoria de los gastos que la actividad productiva ha ocasionado, hay que pensar en una ontología jurídica diversa. Eso significa que el descuelgue salarial no podría afectar a las cuantías consideradas «indemnizaciones o suplidos», términos estrechamente emparentados aunque el primero da idea de atención al gasto realmente producido y el segundo de abono compensatorio a tanto alzado. Estas prestaciones o percepciones extrasalariales pueden ser:

- Compensaciones de los «gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral»: cantidades para útiles o prendas de trabajo; dietas<sup>43</sup> y gastos de locomoción; ayuda alimentaria<sup>44</sup>; quebranto de moneda<sup>45</sup>; pluses de distancia y transporte<sup>46</sup>; gas-

42. La periodicidad con que se devengan determinadas cuantías o conceptos no condiciona su naturaleza salarial; de este modo, por ejemplo, se considera salario una «paga extraordinaria por antigüedad» devengada al cumplir veinticinco años de servicios (en este sentido STS 9 mayo 2003 [RJ 2003, 5768]).

43. La dieta compensa al trabajador de los gastos que tiene que realizar (comidas, pernoctas, etc.) por desempeñar su trabajo, por cuenta de la empresa y de modo temporal, fuera del centro o lugar habitual de trabajo. El concepto de dieta lleva pues implícito el de desplazamiento temporal del lugar habitual de trabajo a otro distinto, como apuntan STS-CONT de 19 octubre 1987 (RJ 1987, 7074) y STS de 25 septiembre 1986 [RJ 1986, 5173]). La mayoría de los convenios distinguen entre una dieta completa, que comprende la compensación por los gastos de comida y de pernoctar fuera de la vivienda, y la media dieta, que solamente se percibe cuando el trabajador realiza una de las principales comidas fuera de su domicilio; en tal sentido STS 13 julio 2004 [RJ 2004, 7288].

44. En esta categoría se subsume la «ayuda alimentaria» que algún convenio reconoce a fin de compensar al trabajador del perjuicio que sufre por no poder regresar a su domicilio para el almuerzo, si la actividad se presta en gran ciudad y con jornada partida (STS 1 julio 2002 [RJ 2002, 9191]).

45. Compensa los riesgos, y en su caso, perjuicios derivados de la realización de operaciones con dinero, como pueden ser, entre otros, los errores en cobros y pagos o las pérdidas involuntarias (STS 4 noviembre 1994 [RJ 1994, 8591]) y su carácter extrasalarial concuerda con la finalidad de «indemnizar los descuadres de caja posibles en el desempeño de la labor de los cobradores» (STSJ Madrid 8 febrero 2000 [AS 2000, 2378]).

46. No pierden su carácter aunque se abone en todas las pagas y en cuantía fija (STS 15 marzo 1999 [RJ 1999, 2202]), salvo que manifiestamente no se hubieran establecido para atender al fin que su denominación indica.

tos por desplazamiento<sup>47</sup>; material informático o fungible aportado por el trabajador; compensación de llamadas telefónicas efectuadas por encargo de la empresa; etcétera.

- «Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social» (arts. 38 y 39 LGSS), con independencia de quién corra con la responsabilidad del pago (Entidad Gestora, Mutua, empresa), de su modalidad (en especie, en metálico; de tracto único, a tanto alzado) o de cómo se lleve a efecto (pago delegado, pago directo).
- *Mejoras voluntarias*, pues la jurisprudencia siempre defiende este carácter (STS 13 julio 1998 [RJ 1998, 7013])<sup>48</sup>.
- «Indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos».

Es lógico que no quepa la inaplicación (para empeorarlas) de las previsiones sobre partidas extrasalariales. Dado su carácter compensatorio o indemnizatorio de los gastos, al menos en teoría, si se rebajara su importe podríamos asistir a algunos supuestos de menoscabo patrimonial del empleador (que cuestionaría la ajenidad de la relación laboral); además, aquí o se estaría reduciendo el coste unitario de la producción empresarial sino recortando gastos a costa de los empleados.

### B) Intensidad de la inaplicación

Aclarados los conceptos respecto de los que se permite la inaplicación, surge la duda referente al significado del «descuelgue» o «inaplicación». ¿Se trataría, en una interpretación restrictiva, sólo de los incrementos previstos para un ejercicio económico, o de todo el sistema retributivo articulado?

Ninguna pista dan los artículos 82.3 y 85.3.c) ET acerca del alcance y contenido de esta noción, pues se refieren al «régimen salarial», sin mayor precisión. Es verdad que los orígenes de la figura (AMI de 1980) y la práctica negociada mayoritaria nos sitúan ante inaplicaciones de los incrementos retributivos que el convenio comporta respecto de los precedentes, pero eso no puede bastar para convertir una interpretación posible en el único modo acertado de entender la norma<sup>49</sup>.

Puesto que la Ley no limita la intensidad del descuelgue y lo que ha querido es poner en manos de los interlocutores sociales su administración, lo más coherente es permitir cualquier clase de inaplicación, sea la de los incrementos, sea la de la globalidad

47. Los gastos por desplazamiento tienen indiscutible naturaleza extrasalarial [STS 31 julio 1991 (RJ 1991, 6841), 1 junio 1992 (RJ 1992, 4503), 6 noviembre 1992 (RJ 1992, 8787)], lo que se hace especialmente patente cuando la distancia recorrida es considerable [STS-CONT 14 febrero 1996 (RJ 1996, 1121)]. Por el contrario, el abono de gastos para comida puede merecer o no la calificación de salario según las circunstancias concurrentes [STS-CONT 18 enero 1991 (RJ 1991, 265)].

48. Respecto a las aportaciones empresariales al Plan de Previsión de su personal a veces se ha considerado que estamos ante mejoras voluntarias (STS 6 octubre 1995 [RJ 1995, 7196]). Pero parece más ajustada a Derecho la tesis opuesta pues tales aportaciones o complementos para su inclusión en un fondo de pensiones constituyen, aunque diferido al futuro, salario (SSTJCE 11 marzo 1981, Asunto 69/80 Worringham; 3 diciembre 1987, Asunto 192/85 Newstead [TJCE 1988, 47]).

49. La STSJ Castilla-La Mancha 29 septiembre 2005 (JUR 2005, 223698) aborda litigio suscitado, precisamente, por la oscuridad de la fórmula acogida en el convenio a la hora de regular el alcance del descuelgue, inclinándose por la interpretación más favorable a los trabajadores y a la eficacia de lo pactado con carácter general (que no de la cláusula).

del régimen salarial pactado. Debe descartarse que el concepto de régimen salarial se limite al de los incrementos en la cuantía del salario pactados en convenio, pues si ello fuera así el legislador estatutario lo habría establecido directamente, previendo a través de la cláusula de descuelgue, la posibilidad de no aplicar a las empresas con dificultades económicas el porcentaje de subida salarial previsto.

Huelga advertir que en todo momento se está pensando en una modificación retributiva *a la baja*, es decir, empeorando para los trabajadores lo previsto en el convenio colectivo. Carece de sentido hablar de descuelgue o inaplicación cuando la empresa eleva los salarios respecto del convenio; no sólo porque en tales casos el camino a recorrer es por completo diverso, sino porque entonces no se deja de aplicar lo previsto en el convenio sino que se cumple y mejora (principio de norma mínima o de inderogabilidad *in peius*).

### C) *Extensión de la inaplicación*

*Conexión con la modificación sustancial del artículo 41 ET.*—No es tarea sencilla la de precisar a qué ha querido referirse en realidad la Ley cuando habla del régimen salarial, locución que puede diferenciarse de otras próximas como las de estructura del salario o composición salarial<sup>50</sup>. Para complicar las cosas, el artículo 41.1.d) ET ejemplifica las materias cuyas modificación sustancial puede pretender la empresa y alude al *sistema de remuneración*, para algunas interpretaciones equivalente al concepto de «sistema salarial»<sup>51</sup>.

¿Cómo se interaccionan las alteraciones toleradas por el cauce de la modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>52</sup>, con las derivadas de la técnica del descuelgue?

- Un primer sector de opinión acoge una acepción amplia de las materias respecto de las que cabe la inaplicación, entendiendo que el descuelgue más que al «sistema retributivo» debería estar referido al «régimen retributivo», pues el carácter instrumental de estas cláusulas (orientadas a la superación de crisis empresariales, propi-

50. Una detalle y completa exposición de estas posturas doctrinales puede verse en AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 306-315.

51. Por su parte, entiende MERCADER UGUINA, J. R., que el sistema salarial hace referencia a «los distintos procedimientos de cuantificación del importe del salario, esto es, los diversos criterios que pueden utilizarse para retribuir trabajo efectivo. Tales sistemas puede utilizarse tanto para determinar el salario base, como los distintos complementos; así, complementos como el de antigüedad se determinan por unidad de tiempo y otros como el de trabajo realizado, se determinan por unidad de obra. En función de todo lo anterior, podría concluirse que existiría modificación del sistema de retribución cuando, en relación al salario base o a cualquiera de los complementos variase la forma de remuneración —pasándose de utilizar la unidad de tiempo a la unidad de obra o a la inversa— o, sin variar la forma, se alterase la unidad de tiempo o la unidad de obra utilizada»: «Estructura de la negociación colectiva y salario», en *El contenido económico de la negociación colectiva*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 72, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 71.

52. Recuérdese que el artículo 41 permite la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenios estatutarios, siempre y cuando la modificación se adopte por «acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» y afecte a las materias enumeradas en las letras b), c), d) y e) del precepto —horarios, trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento—. Véase sobre el alcance y contenido del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 el destallado estudio de SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo estudio del artículo 41 del Estatuto de los trabajadores*, Aranzadi, 1999.