

Acuerdo de descuelgue, irretroactividad y diferencias con el convenio colectivo de aplicación

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Las cláusulas de descuelgue salarial no son retroactivas

- 1.1. Los efectos del descuelgue o inaplicación del Convenio Colectivo han sido objeto de atención por parte del Tribunal Supremo hasta el punto de poder afirmar que, en la actualidad, existe ya una jurisprudencia consolidada al respecto. Se considera, así, que el Convenio regula las condiciones de trabajo que se van a implantar en el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer éstos al patrimonio del trabajador, lo que se traduce en una clara negativa a la aplicación retroactiva de cualquier pacto sobre inaplicación del Convenio Colectivo (SSTS de 7 de julio del 2015, Ar. 4731; de 15 de septiembre del 2015, Ar. 4734, y de 13 de octubre del 2015, Ar. 5660).

Pues bien, una reciente decisión del Tribunal Supremo (STS de 23 de diciembre del 2015, Ar. 27999) ha ampliado más esta tesis al valorar el alcance y los límites de dicho pacto en cuanto acuerdo colectivo distinto del Convenio Colectivo que se decide inaplicar. Abunda dicho pronunciamiento en que es cierto que el «Convenio Colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un Convenio anterior, ex artículos 82.3 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores (LET), pero tal posibilidad

no le faculta para disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador» (FJ 3). En verdad, dichos preceptos otorgan plena libertad y autonomía a los negociadores de los Convenios Colectivos para fijar la vigencia de sus pactos y la preferencia aplicativa de los Convenios de empresa lo que autorizaría la retroactividad de las modificaciones fijadas. Sin embargo, se entiende que, en estos casos en los que se inaplica el Convenio como consecuencia de un pacto, no se trata de un Convenio Colectivo negociado con plena libertad, sino de un «simple acuerdo por el que se concierne la inaplicación de ciertas condiciones del Convenio Colectivo de aplicación, lo que comporta que los efectos temporales del acuerdo, su vigencia, sea distinta por existir limitaciones que los negociadores de ese pacto deben respetar» (FJ 3).

- 1.2. En el supuesto en cuestión, empresa y comité de empresa deciden acordar en febrero del 2014 que, desde principios de ese mismo año, se aplicará la reducción de un 12 % sobre las cantidades que los trabajadores venían percibiendo en concepto de complementos personales salariales y extrasalariales. Este acuerdo de reducción salarial sustituye y deja sin efecto la decisión adoptada por la empresa en fechas anteriores. En virtud de aquél, ambas partes determinan que

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

la empresa deberá informar a los trabajadores afectados sobre la nueva reducción, basada en la concurrencia de las mismas causas que condujeron a la anterior decisión unilateral de la empresa. Eso sí, «de ser impugnado este acuerdo y, como consecuencia de dicha impugnación, la reducción salarial de complementos fuera revocada, se aplicará la reducción salarial adoptada por la empresa en diciembre de 2013 con efectos de enero de 2014».

Se trata de un pacto fruto de las negociaciones entre empresa y comité intercentros cuando la empresa ve frustrado su interés de inaplicar el Convenio Colectivo por medio de arbitraje en la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos. Tras su impugnación, el juzgado considera que procede anular únicamente su aplicación retroactiva por cuanto los trabajadores tenían consolidadas sus retribuciones por Convenio a fecha del pacto (febrero del 2014), validando la aplicación de la medida a partir de dicha fecha toda vez que, de lo contrario, se vulneraría lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución española.

- 1.3. Como es sabido, el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores establece la eficacia vinculante de los Convenios Colectivos durante todo el tiempo de su vigencia en un apartado en el que, como excepción, regula la posibilidad de inaplicar algunas de las condiciones previstas en el Convenio siempre que concurren las causas que establece y que esa inaplicación se acuerde en el procedimiento allí regulado. Pero en ningún momento dicho precepto autoriza a los negociadores del pacto modificativo a fijar una vigencia de ese concierto diferente a la que resulta de la aplicación del Convenio que se modifica, puesto que se trata de una novación que no tiene carácter extintivo. La única norma que se contiene en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores sobre la vigencia del pacto novatorio es la que limita su duración a la entrada en vigor de un nuevo Convenio aplicable en la empresa.

Podría considerarse, atendiendo a este argumento, que el citado precepto tampoco limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, pero la existencia de esa restricción legal se halla implícita en el texto de la norma que empieza estableciendo que el Convenio Colectivo obliga a todos los incluidos en su ámbito de aplicación «durante todo el tiempo de su vigencia». Por tanto, y como considera la sentencia objeto de análisis, de ese mandato se infiere que el Convenio Colectivo es de forzosa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación, así como que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo en él acordado, sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda. El «descuelgue» o apartamiento del Convenio Colectivo es algo que, como su propio nombre indica, sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional; actúa hacia el futuro y ello es evidente por el hecho de que la norma aluda a la fijación de las nuevas condiciones y su duración, por lo que la norma se está refiriendo a la permanencia en el tiempo de lo nuevo, «lo que indica la imposibilidad de retroacción de efectos porque lo nuevo es antónimo de lo antiguo y la norma nueva sólo es aplicable a partir de su creación. Y es lógico que así sea porque el Convenio Colectivo regula las condiciones del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador» (FJ 3).

2. Las cláusulas de descuelgue salarial sobre un Convenio en ultraactividad deberán limitar su eficacia hasta la vigencia del Convenio que inaplican

- 2.1. Con todo, cabe plantear si es posible alcanzar esta misma solución cuando el descuelgue se produce sobre un Convenio Colectivo en ultraactividad (art. 89 LET), donde el mecanismo y los resultados de la negociación son diversos, por lo que debería aceptarse una interpretación distinta.

A diferencia de otros posibles supuestos, en el Convenio Colectivo en cuestión se reconoce (art. 4) que la denuncia de éste «será automática a su finalización. No obstante lo anterior, y para evitar el vacío normativo que se produciría una vez terminada su vigencia inicial, continuará vigente en su totalidad tanto en su contenido normativo como en el obligacional hasta que sea sustituido por otro». Pero el Convenio no ha sido sustituido por otro ni ha sido denunciado ni las partes se han sometido a ningún proceso de mediación, por lo que se mantienen vigentes sus cláusulas normativas y obligaciones. Concluye el Tribunal Supremo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, «queda claro que la vigencia de un Convenio se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio Convenio» (FJ 4).

Por todo ello, y de conformidad con la jurisprudencia interpretativa del artículo 86.2 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que el Convenio Colectivo mantiene su ultraactividad hasta que suscriban uno nuevo los sujetos legitimados para negociar otro que sustituya al que se encuentra en ultraactividad (SSTS de 17 de marzo del 2015, Ar. 1009 y 7 de julio de 2015, Ar. 4731), no cabe sino considerar que la promoción de un proceso de descuelgue «no constituye en el presente caso un claro fraude de ley, por cuanto, en todo caso, el descuelgue se produce respecto del Convenio que está vigente, y no sustituye ni limita el procedimiento ordinario de negociación de un nuevo Convenio y, además, las previsiones de descuelgue que refiere el recurrente, referidas a fechas hasta el 2018, se limitan hasta mientras no haya un nuevo Convenio» (FJ 4).

- 2.2. Conviene subrayar dos aspectos de interés en este pronunciamiento. El primero, la irretroactividad de los efectos del pacto de descuelgue que, en relación con las cantidades ya devengadas por el trabajador, se impone aun cuando, como

ocurre en este supuesto, medie acuerdo con los representantes de los trabajadores. Podrá concluirse que dicha irretroactividad se declara con respecto a lo dispuesto en el artículo 84.1a del Estatuto de los Trabajadores (descuelgue sobre la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y a los resultados de la empresa), pero no así en lo que se refiere al resto de las materias que contiene dicho precepto (horas extraordinarias, régimen de trabajo a turnos, horario, distribución del tiempo de trabajo, adaptación del sistema de clasificación profesional, etc.). Pero será difícil no encontrar una traducción económica de la modificación de estos aspectos en el contrato de trabajo al inaplicar lo dispuesto en el Convenio Colectivo de ámbito superior, por lo que la tesis de la irretroactividad puede tener mayor alcance que el apuntado en este supuesto.

En segundo término, destacamos la posible consideración como fraude de ley —aquí rechazada— de un pacto por el que se establece el descuelgue salarial sobre un Convenio en ultraactividad, pacto al que se le fija una vigencia temporal de dos años desde su adopción una vez superado el plazo de vigencia del Convenio que se inaplica. No procede reproducir aquí las tesis jurisprudenciales sobre la ultraactividad por cuanto, en este caso concreto, parece de aplicación lo dispuesto en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual «la vigencia de un Convenio Colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio Convenio». Como señala el último párrafo de dicho precepto, «transcurrido un año desde la denuncia del Convenio Colectivo sin que se haya acordado un nuevo Convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el Convenio Colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». El Tribunal Supremo defiende que,

puesto que no se trata de un Convenio nuevo, sino de un pacto de inaplicación del ultraactivo, no cabe aludir a la aplicación del principio de fraude de ley. De ahí la limitación del plazo de vigencia que, al margen del establecido por las partes (dos años desde su adopción), será, por prescripción legal, idéntico al de la vigencia del Convenio que se inaplica, esto es, se prolongará hasta que se pacte uno nuevo. Pero, si se atiende a la definición y elementos propios del principio del fraude de ley (CARRASCO PERERA, A., *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Civitas, 2016), cabría considerar que fijar un acuerdo de inaplicación durante dos años supone una invitación a no negociar

un nuevo Convenio Colectivo, al menos durante ese plazo, pues dos de los aspectos del contrato de trabajo (la estructura y cuantía salarial) han sido establecidos en dicho pacto. Sin embargo, sería ésta una conclusión errónea por cuanto, como señala el Tribunal Supremo, ni el alcance del acuerdo de descuelgue es idéntico al del Convenio ni el procedimiento para su adopción es el mismo ni, lo que es más importante, el contenido de uno y otro son parejos, por lo que considerar que se trata de una fórmula para impedir la aplicación de una norma supondría dotar al acuerdo de descuelgue de un alcance que no tiene.