

LA IMPOSIBILIDAD DE LOS EFECTOS RETROACTIVOS EN EL DESCUELGUE CONVENCIONAL

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala 4.ª, de 6 de mayo de 2015, rec. núm. 68/2014**

Francisco Vila Tierno

*Profesor Titular. Universidad de Málaga
Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga*

1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

El artículo 82.3 del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) introduce, desde la reforma laboral de 2012, un elemento que permite modificar lo pactado en un convenio estatutario previo en una serie de materias que coinciden, en parte, con el listado del artículo 41 del [ET](#). No es sin embargo esta una institución novedosa. Lo que ocurre es que ahora el legislador, en un intento de simplificación –y facilitación de los instrumentos de flexibilidad interna– funde dos figuras con un objeto análogo (no aplicar el convenio vigente), pero con distintos perfiles. La suma se concreta con un descuelgue en el que sigue la materia salarial pero con el resto de condiciones reguladas en el artículo 41 del [ET](#), aunque añadiendo las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Si bien, en este caso (no en el referido art. 41), el listado es cerrado, no cabe ninguna otra modificación.

En cualquier caso, para llevar a cabo esta modificación convencional se requieren dos elementos: uno de fondo y otro de forma. Así, por una parte, se exige causa, bien económica, técnica, organizativa o de producción, y, por otra, es preciso seguir un procedimiento concreto que debe finalizar con acuerdo o mediante una vía de solución extrajudicial. No son, sin embargo, requisitos complejos, por cuanto el legislador los flexibiliza de modo que tengan una fácil adaptabilidad a cada situación empresarial. Y es que, respecto a los requisitos de fondo o la existencia de una causa, se introduce una importante rebaja de las exigencias de razonabilidad para aplicar esta medida, en relación con lo previsto en las instituciones precedentes. Hasta tal punto se simplifica la causa, que parece desprenderse que uno de los fines es eliminar la posibilidad del juez de lo Social de valorar la relación causa-efecto entre la medida adoptada y el objeto perseguido. A fin de cuentas lo que se establece es casi un paralelismo con las causas del despido colectivo del artículo 51 del [ET](#), planteando la figura del descuelgue como una antesala del mismo o como una medida menos traumática que aquel –y es lo que declara el legislador–.

Podíamos preguntarnos, no obstante, si se intenta facilitar de todos los modos, ¿por qué se exige un acuerdo? Enlazamos con los requisitos de forma. Absolutamente determinantes en la sentencia que ahora se comenta. Esos requisitos de forma que requieren su finalización mediante acuerdo. Es más, si no hay pacto en este sentido y no ha concurrido un medio extrajudicial de los que expresamente dispone el propio artículo 82.3 del ET, digámoslo con rotundidad: no es posible el descuelgue.

La propia naturaleza de la figura y su posición sistemática en el ET así lo disponen. Hay que tener presente que se está permitiendo inaplicar un convenio colectivo estatutario, que es el fruto de un pacto, y únicamente por un acuerdo que lo modifique será posible llevarlo a cabo. A fin de cuentas, lo que se ha hecho en sede colectiva, que se modifique en sede colectiva, bien por la renovación del convenio (art. 86 ET), bien siguiendo el procedimiento expresamente previsto en el artículo 41.4 del ET. Procedimiento más simple, como hemos señalado, que exige un periodo de consultas que finalice con acuerdo (o solución extrajudicial), y en el que los requisitos de legitimación de los sujetos también se suavizan respecto de la regla general de los artículos 87 y 88 del ET que puede ser excepcionada cuando no hay representación legal en la empresa.

2. BREVE SÍNTESIS DEL CASO

El supuesto analizado en la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 2015 \(rec. núm. 68/2014\)](#) es un procedimiento de conflicto colectivo en el que varias organizaciones sindicales demandan a la empresa la actualización de los salarios fijados en convenio colectivo para el año 2012. Las circunstancias del caso son, como no puede ser de otro modo, ciertamente determinantes en el devenir del fallo judicial.

En primer lugar, el [convenio colectivo](#) al que se ha hecho referencia, publicado en el BOPA de 19 de octubre de 2010, preveía –en su art. 10– incrementos salariales para los años 2009 a 2012.

En segundo lugar, el proceso de conflicto colectivo tiene su origen en que la empresa, con una decisión adoptada de manera unilateral, no ha procedido a abonar las cuantías derivadas de la actualización para ese año 2012.

En tercer lugar, y según indica expresamente la sentencia, la parte empresarial intenta, con fecha 13 de febrero de 2013, un acuerdo con la parte social para sustituir el abono del reiterado incremento del año 2012 por una medida sustitutiva¹. Intentos que se suceden en diversas reuniones posteriores en la empresa y en el seno de la comisión paritaria.

¹ Es oportuno repetir el tenor literal del hecho probado tercero de la sentencia, ya que a la vista de lo indicado se puede analizar la posible naturaleza del procedimiento seguido en la empresa para justificar la ausencia de pago. Expresamente se dice: «En reunión celebrada del 13 de febrero de 2013, los representantes de la empresa plantearon a los representantes de los trabajadores "la posibilidad de renuncia, por la parte social, del incremento salarial y atrasos firmados en el Convenio de Schindler Asturias para el año 2012 consistente en un 3,2%" ofreciendo pagar un 1% de los atrasos en una paga única no consolidable, propuesta que no fue aceptada por la parte social».

En cuarto lugar, la parte social comienza desde el 1 de abril de 2013 los trámites de iniciación de procedimiento de mediación en conflicto colectivo que concluyen con las actuaciones judiciales que finalizan con la sentencia analizada.

3. DOCTRINA JUDICIAL SENTADA

Esta resolución judicial, que alude a una anterior de la misma Sala –[STS de 10 de diciembre de 2014 \(rec. núm. 60/2014\)](#)– para señalar la dificultad de aceptar «un ofrecimiento de minoración retributiva con efectos retroactivos», entiende que «más que ir dirigido a la consecución de un acuerdo (...), iría dirigida a imposibilitarlo, pues sería prácticamente imposible que una medida de tal trascendencia fuera aceptada por la representación social».

Sobre estas bases, determina, con pleno acierto, que cuando se abre un periodo de consultas para llevar a cabo un proceso de descuelgue convencional se plantea a futuro y no para cuestiones que han acaecido en el pasado.

En este sentido, el convenio colectivo de aplicación determinaba una subida salarial específica para el año 2012. Si en ese momento no pudiera hacer frente la empresa al pago de esas cantidades, debería haber procedido al mecanismo previsto en la normativa vigente en dicho periodo. Lo que no puede es dejar de cumplir con su obligación de pago de manera unilateral y, con posterioridad, abrir un periodo de consultas que ampare tal conducta.

Recuérdese que cuando se alegan unas causas que motivan el descuelgue, por ejemplo, como podía ser, en este caso, unas de naturaleza económica que les impide afrontar tales pagos, se tienen presente las pérdidas presentes o futuras o la disminución de ingresos o ventas de dos trimestres en comparación con los del año anterior... en síntesis, que la empresa se enfrenta a una situación económica negativa. Para ello, procede a la inaplicación del convenio. Esto es, una vez justificada dicha situación, se permite llevar a cabo esta medida, pero no justificar el impago de las obligaciones salariales contraídas con anterioridad.

Como expresamente dice, sin dejar lugar a dudas: «El descuelgue actúa hacia el futuro. Así se colige del propio artículo 82.3 del ET cuando, incluso con acuerdo, se señala que lo que se determina en él son "las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración". Ello habría de impedir que se afectaran salarios ya devengados, de los que la empresa resulta acreedora aunque se halle en situación de morosidad respecto de los mismos».

Y siendo así de simple, en una resolución de relativamente escasa extensión, la fundamentación de la doctrina asentada viene a significar una interpretación clara sobre el modo de llevar a cabo una inaplicación convencional y cuándo sería el momento en el que esta empieza a desplegar sus efectos.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA Y PROBABILIDAD DE CONVALIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Tres son los aspectos que se consideran trascendentales en la sentencia y que sientan las bases, pensamos, de un modo definitivo, para solventar dudas en relación con el descuelgue convencional. No queremos, con ello, decir que todos los aspectos sean novedosos o absolutamente significativos, pero la sentencia resulta muy pedagógica y clarificadora. Planteémoslo a modo de conclusiones:

1. El procedimiento especial para el descuelgue es aquel establecido en el artículo 82.3 del ET y si se quiere llevar a cabo una inaplicación salarial del convenio colectivo estatutario, no hay otra vía prevista para ello. Unas propuestas a los representantes sindicales de los trabajadores en la empresa en un proceso de reuniones no regularizado no puede entenderse como un periodo de consultas². Ello quiere decir que debe seguirse la tramitación y reglas de legitimación del artículo 41.4 del ET, y no un medio a la carta. Y ello al margen de que influya o no respecto de situaciones precedentes.
2. Lo que se negocie, en relación, por ejemplo, con la situación negativa de la empresa, justifica que, desde el momento que se constata la causa, la empresa esté amparada, no para dejar de retribuir conforme a convenio, sino para pactar con efectos futuros. Ello no justifica comportamientos pasados y, si tales comportamientos se han sometido a procedimientos de conflictos colectivos, el hecho de la apertura de un calendario de reuniones no excluye la responsabilidad empresarial. Fundamentalmente por tres motivos: porque no estaba habilitada legal o convencionalmente para no hacer frente a sus obligaciones salariales; porque no se había seguido el procedimiento para ello, y porque en ningún caso ampararía obligaciones ya vencidas. En este sentido, hay que destacar la posterior [Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, rec. núm. 206/2014](#), para la cual, si bien reconoce que el artículo 82.3 del ET «no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva a pacto modificativo», la prohibición de tal retroactividad «está 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". De ese mandato se infiere que el convenio colectivo es de forzosa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación...» –FJ tercero–.
3. Para la empresa es imposible asumir unilateralmente, ni aunque sea con efectos temporales, el impago de obligaciones salariales contraídas por vía convencional.

² Si bien, en el texto de la sentencia se es más sutil y no se entra de lleno a resolver este tema: «Con independencia de la consideración que, desde la perspectiva del acomodo al citado art. 41.4 ET, merezca el proceso de reuniones que se inician con la de 13 de febrero de 2013».

Ello cierra la puerta de un modo definitivo a la posibilidad, en primer lugar, de que el empresario tenga la tentación de llevar a cabo los descuentos, aun en el supuesto en el que previamente haya intentado un acuerdo sin efecto. Por enésima vez lo decimos: no es posible el descuelgue unilateral. En segundo lugar, lo que tampoco es posible es que la empresa deje de cumplir sus deberes retributivos y después, o intente justificarlo o plantearle a la otra parte una propuesta alternativa, pero una vez que ha dejado de abonar lo que debe. Lo que tendría que haber hecho la empresa es haber realizado el procedimiento adecuado, haber alegado la causa y seguido los trámites precisos. Esto es, atender a su obligación de hacer antes de incurrir en un incumplimiento. En otras circunstancias, ya lo dice el dicho popular: «quien la hace, la paga».