

# Descuelgue salarial irretroactivo

**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. El convenio colectivo que se inaplica se aplica hasta que se acuerde lo contrario

1.1. Las reglas de la negociación colectiva, fijadas principalmente por el Título III del Estatuto de los Trabajadores, determinan que el convenio colectivo obliga a los trabajadores y empresarios dentro de su ámbito de aplicación durante el tiempo de su vigencia. En principio, las partes disponen de plena autonomía para fijar el ámbito de aplicación personal, territorial, funcional y, también, temporal. Eso significa que, iniciada una negociación, los términos del acuerdo pueden posponerse hasta la fecha que indiquen los firmantes, entrar en vigor el día de suscripción del mismo e incluso retrotraer la vigencia del convenio a la fecha que ambas partes fijen.

Excepcionalmente, el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores permite inaplicar el convenio cuando concurren causas económicas, tecnológicas, organizativas o productivas siempre que exista acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para pactar un convenio colectivo de empresa. El contenido de la inaplicación —tasado asimismo legalmente (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, sistema de remuneración y cuantía salarial, etc.)— servirá para limitar los términos de la excepcional situación, si bien el resultado del acuerdo tendrá los mismos efectos que un convenio colectivo.

1.2. Sería previsible que, puesto que se equiparan en cuanto a sus efectos, el convenio colectivo y el acuerdo de inaplicación (popularmente conocido como “descuelgue” —salarial o de otro tipo—), tuvieran un tratamiento común y su regulación fuera idéntica. Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo ha introducido algunas diferencias —en apariencia, ostensibles— al resolver conflictos derivados de la eficacia de las cláusulas de descuelgue.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, Ar. 195987, el tribunal declara la irretroactividad del pacto de inaplicación de las cláusulas salariales. En el mencionado caso, las empresas de seguridad privada y las organizaciones sindicales USO, UGT y CCOO habían acordado reducir el incremento salarial previsto en el convenio colectivo estatal (4,2 %) a un 2,4 % hasta la finalización del convenio y desde el día 1 del año en que se suscribe dicho pacto (con carácter retroactivo, pues, respecto de la fecha de suscripción del acuerdo). En abril de ese mismo año se publica un nuevo convenio colectivo estatal cuyo ámbito de duración se extiende desde principios de año hasta dos años más tarde. En el período comprendido entre la firma de este nuevo convenio y su publicación, una de las empresas del sector había iniciado el procedimiento de inaplicación salarial previsto en el artículo 82.3 del Estatuto

*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.

de los Trabajadores (descuelgue salarial) concluyendo con el acuerdo por mayoría en el comité de empresa y estableciendo los efectos del mismo desde principios de ese año. Recurrida esta medida, la Audiencia Nacional considera que la inaplicación salarial no puede tener efecto retroactivo respecto al período anterior a la fecha en que se suscribe el acuerdo de inaplicación del convenio; solución que, con la sentencia que se analiza, confirma el Tribunal Supremo.

- 1.3. Antes de adoptar esta decisión, el Tribunal Supremo entra a valorar la alegación de la empresa recurrente sobre la imposibilidad de impugnar un acuerdo de descuelgue, *ex artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores*, salvo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En virtud del mismo, *«cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión»*.

Considera el Tribunal que este es el único mandato que la norma contiene sobre la impugnación del pacto y de su tenor literal se deriva que la existencia de acuerdo sobre la concurrencia de las causas que justifican el descuelgue da lugar a que se presuma, legalmente, la concurrencia de esas causas y que el acuerdo sólo se podrá impugnar por fraude, dolo u otros vicios en su conclusión. Sin embargo, *«esta disposición nos indica que la ley distingue entre la validez del acuerdo por vicios en su conclusión y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en él se acuerdan, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en él se conciertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o rebatir la validez de las modificaciones acordadas así como la de pedir una interpretación de las mismas que se ajuste a lo dispuesto en la ley»* (F.J. 2º), admitiendo, pues, entrar en el fondo del asunto.

- 1.4. Centrando, por tanto, el debate en la posible infracción normativa, la recurrente apunta a dos preceptos, en concreto, los artículos 84.2 y 86.1 del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente. Conviene advertir que, tanto el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 86.1 del citado texto legal, aluden a la plena libertad y autonomía de los negociadores de los convenios para fijar la vigencia de sus pactos y la preferencia aplicativa a los convenios de empresa, lo que autorizaría la retroactividad de las modificaciones retributivas y de jornada laboral acordadas. En el primer caso, porque permite la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio de ámbito superior en determinadas circunstancias; en el segundo, porque precisa, con mayor rotundidad, que *«corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio»*.

Pese a ello, el Tribunal Supremo entiende que *«no estamos ante un convenio colectivo negociado con plena libertad y autonomía que fije su vigencia (...) sino ante un simple acuerdo, por el que se concierta 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»* (F.J. 3º). Y, así, el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores determina la eficacia vinculante de los convenios colectivos durante todo el tiempo de su vigencia en su apartado tercero en el que, como excepción, regula la posibilidad de inaplicar algunas de las condiciones previstas en el convenio siempre que concurren las causas indicadas y que esa inaplicación del convenio se acuerde en el procedimiento allí regulado. *«Pero en ningún momento el precepto estudiado 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 en parte, novación que no tiene carácter extintivo. La única norma que se contiene en el artículo 82.3 sobre la vigencia del pacto novatorio es la que limita su duración a la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que sea aplicable en la empresa» (F.J. 3º).*

Para apoyar esta tesis, el Tribunal Supremo admite que el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores «no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo pero la existencia de esa restricción legal 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 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, como se expuso en la sentencia de 6 de mayo de 2015 en supuesto diferente, y evidencia el hecho de que la norma hable de las nuevas condiciones aplicables en la empresa y su duración, por cuanto al obligar a fijar las nuevas condiciones y su duración, 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 de trabajo que se va a realizar, el futuro, «pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer al patrimonio del trabajador». Ciertamente que el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colectivo anterior (artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 86.4 del mismo texto), «pero tal

*disposición no le faculta a disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador» (F.J. 3º).*

## **2. Sobre la libertad de las partes negociadoras en la fijación del ámbito temporal de aplicación del convenio colectivo**

2.1. Existen dos reglas de la negociación colectiva que conviene recordar a la luz de pronunciamientos como el expuesto. La primera, que las partes gozan de plena libertad para fijar el ámbito temporal de un convenio. El artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores, como se expusiera, señala que «corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios». Por su parte, el artículo 90.4 de dicho texto legal reconoce que «el convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes» (si nada establecieran al respecto, su entrada en vigor se producirá con su publicación). Cabe pactar, eventualmente, «distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio», ex artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, la norma legal laboral antedicha establece la regla común sobre la sucesión de convenios colectivos. Con carácter general, el convenio colectivo posterior deroga al anterior prevaleciendo el criterio de la modernidad. Y, así, en virtud de lo previsto en el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores «el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los supuestos que expresamente se mantengan». De hecho, «el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio» (artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores).

En relación a la primera, y con base en la libertad de las partes para fijar la aplicación temporal del pacto, cabe plantear

la eficacia retroactiva total o parcial del mismo. De hecho, no existe inconveniente en reconocer, por ejemplo, la aplicación del nuevo convenio a todos los trabajadores que hayan prestado servicios en algún momento de su aplicación, aunque el acuerdo se firmara una vez extinguido el contrato de trabajo. Por lo que se refiere a la segunda, la regla de sucesión permite que se actúe sobre derechos que despliegan eficacia temporal más allá de la vigencia del convenio colectivo pero que fueron establecidos con anterioridad al mismo, por ejemplo, derecho de jubilados reconocidos por la empresa y que se modifican en un convenio posterior [«Las condiciones establecidas en convenio no son irreversibles y quienes están legitimados para pactar ventajas sociales en la etapa de la jubilación deben estarlo también para adaptarlas o modificarlas» (STS de 17 de abril de 2000, Ar. 2768, F.J. 4º)].

- 2.2. Ahora bien, y en tanto, *a priori*, conclusiones como las expuestas pudieran resultar contradictorias con la que aquí se analiza, realmente no lo son. Y no lo son porque todas ellas coinciden en permitir la retroactividad sobre derechos ya adquiridos cuando favorece al trabajador e impedir la misma cuando se trata de una modificación *in peius* de dichos derechos.

Como señaló el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos, la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución es la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad (STC 27/1981). El ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, «se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así, al establecer relaciones pro futuro. Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de relaciones venideras (...) La incidencia

*de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva, porque el tenor del artículo 2.3 del Código Civil no exige que expresamente disponga la retroactividad sino que ordene que sus efectos alcancen a tales situaciones. Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida en que restrinja derechos individuales» (STC 27/1981, F.J. 10º).*

En coherencia con el planteamiento constitucional, retroactividad prohibida es únicamente la denominada de grado máximo, esto es, aquella que incide en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva norma. Como resulta de aceptación general, la retroactividad de grado máximo o absoluta se produce cuando la ley nueva se aplica a la situación anterior y a todos sus efectos, la de grado medio supone la aplicación a la situación anterior, regulando los efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada pero sólo cuando hayan de ejecutarse tras la vigencia de la nueva ley y, finalmente, la de grado mínimo implica que la nueva norma se aplique sólo a los efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten tras la vigencia de la misma. Todo ello para interpretar el artículo 2.3 del Código Civil en virtud del cual «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario». Las normas no pueden, pues, aplicarse a supuestos que acontezcan con anterioridad a su vigencia en aquellas situaciones en las que no se prevea retroactividad expresa, con el límite previsto y expuesto del artículo 9.3 de la Constitución (la irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales).

Por lo tanto, tal como establece el Tribunal Supremo, el descuelgue actúa únicamente *pro futuro*. Así se desprende del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores cuando, incluso con acuerdo, 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, según señala la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015, Ar. 2411, «que se afectara a salarios ya devengados, de los que la empresa resulta acreedora aunque se halle en situación de morosidad respecto de los mismos» (F.J. 4º). En definitiva, el Tribunal Supremo es coherente con su planteamiento clásico en virtud del cual «sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva cuando recae sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas pus lo que dicho precepto (artículo 9.3 de la Constitución) prohíbe es la retroactividad entendida como incidencia de la ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad» (STS de 30 de junio de 1991, Ar. 5183, F.J. 3º).*

Lo que significa, en conclusión, que el convenio puede prever efectos económicos

retroactivos en su vigencia temporal cuando se trate de una regulación más favorable para los trabajadores. Sólo será posible una aplicación más desfavorable (vía nuevo convenio —modernidad— o vía inaplicación del convenio vigente —descuelgue—) desde el momento en que se formalice el acuerdo de descuelgue pero nunca con anterioridad a su suscripción por cuanto supondría reducir el salario de una prestación de servicios ya realizada. Solución que sigue haciendo concurrentes tanto a la aplicación de un nuevo convenio como a la aplicación del acuerdo de descuelgue ya que, en ambos casos, el resultado será idéntico. Ni el nuevo convenio colectivo puede extender retroactivamente sus efectos económicos sobre el trabajo ya realizado si resultaran perjudiciales para los trabajadores ni cabría inaplicar un convenio colectivo a través de un pacto que modificara *in peius* y con carácter retroactivo la cuantía salarial de prestaciones laborales ya efectuadas.