

Infracotización derivada de pactos individuales en masa sobre descuelgue.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *El artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) permite que las empresas con dificultades puedan inaplicar parte del contenido del convenio colectivo, pero supedita ello al logro de un acuerdo colectivo o a que así lo decida un laudo arbitral. En el caso suscitado, sin embargo, el empleador promueve y alcanza acuerdos individuales con su plantilla. El resultado es que tanto los salarios cuanto las bases de cotización sufren importantes bajadas. La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) es quien reclama a la empresa el abono de las diferencias de cotización (no prescritas). La empresa argumenta que ese organismo no tiene legitimación para ello y que, además, corresponde a la jurisdicción social pronunciarse sobre el particular. Sin embargo, la STS-CONT 1235/2024 de 9 de julio considera que la Administración de la Seguridad Social sí puede realizar un control de legalidad desde la perspectiva expuesta y que la discusión sobre su acierto compete a los Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso. Ante la evidencia de que se han incumplido los trámites preceptivos para llevar a cabo el "descuelgue" la sentencia comentada declara su carencia de efectos y la desestimación de la demanda interpuesta por la empresa.*

Palabras clave: *Cotización al Régimen General de la Seguridad Social. Acuerdos individuales de desvinculación. Competencia de la TGSS. Cuestión prejudicial sobre la procedencia de la inaplicación del convenio por razones económicas.*

Abstract: *Article 82.3 of the Workers' Statute (ET) allows companies in difficulty to disapply part of the content of the collective agreement, but makes this conditional on the achievement of a collective agreement or on the decision of an arbitration award. In the case raised, however, the employer promotes and reaches individual agreements with its staff. The result is that both wages and contribution bases suffer significant decreases. The General Treasury of the Social Security (TGSS) is the one who claims from the company the payment of the contribution differences (not prescribed) and the company warns that this body does not have standing to do so and that, in addition, it is up to the social jurisdiction to rule on the matter. However, STS-CONT 1235/2024 of 9 July considers that the Social Security Administration can carry out a control of legality from the perspective set out above and that the discussion on its correctness is the responsibility of the Courts and Tribunals of the Contentious Order. In view of the evidence that the mandatory procedures to carry out the "unhooking" have not been complied with, the judgment commented on declares its lack of effects and the dismissal of the lawsuit filed by the company.*

Keywords: Contribution to the RGSS. Individual agreements to detach. Competence of the TGSS. Preliminary ruling on the validity of the non-application of the agreement for economic reasons.

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Tercera).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 1235/2024, de 9 de julio.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 5275/2021.

ECLI:ES:TS:2024:3857

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

Votos Particulares: Carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El acto impugnado es una liquidación efectuada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Zaragoza, por diferencias de cotización en el Régimen General (RGSS) respecto de ciertos trabajadores y períodos de la empresa recurrente, diferencias resultantes de haberse *descolgado* dicha empresa del convenio colectivo provincial

1. Antecedentes y datos básicos del litigio

A) El origen del caso se encuentra en las resoluciones de la TGSS (11 junio 2014 la inicial; 20 de octubre de 2015 la desestimatoria del recurso de alzada) respaldando el Acta de liquidación provisional levantada por diferencias de cotización.

En concreto, la mercantil ha cotizado por sus trabajadores de conformidad al Convenio Colectivo de empresa y no según el Convenio Colectivo del sector de transportes de Mercancías, Mudanzas, Guardamuebles y Logística de la provincia de Zaragoza.

El importe reclamado asciende a 256.861,80 euros.

B) Inicialmente el Juzgado de lo Contencioso consideró que habían caducado las actuaciones previas al acta de liquidación o comprobatorias de la inspección. El 25 de octubre de 2016 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza dictó sentencia en el proceso contencioso-administrativo 290/2015, por la que se estimaba la demanda formulada por Frío Aragón. Se basaba en que el cómputo del plazo (de nueve meses) para que así sucediera comenzaba desde la Orden de servicio y no desde la visita de inspección^[1]. Mediante sentencia de 31 de enero de 2018 la Sala de lo Contencioso del TSJ de Aragón validó ese criterio.

Interpuesto recurso de casación por la TGSS, la STS-CONT 1064/2020 de 21 de julio de 2020^[2] fijó como doctrina que el cómputo del plazo de nueve meses establecido para las actuaciones de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) no se inicia, en caso de que exista orden de servicio y posterior visita de inspección, cuando se dicta la orden de servicio, sino cuando se produce la visita de inspección. Con arreglo al artículo 13 de la Ley 42/1997 y artículo 14 y concordantes del Real Decreto 138/2000, la orden de servicio es el medio organizativo utilizado por la jefatura de inspección para asignar tareas determinadas, pero en modo alguno dicha orden de servicio puede ser considerada, pues ninguna

norma lo establece así, como día inicial en el cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento en cuestión.

C) En suma: 1º) El recurso contencioso administrativo ordinario 290/2015 que la mercantil Frío Aragón interpuso contra la liquidación de cotizaciones a la que se ha hecho referencia fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Zaragoza, al entender que el procedimiento administrativo de inspección había caducado. 2º) Esa decisión fue confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Justicia de Aragón en sentencia de 31 de enero de 2018. 3º) El Tribunal Supremo dictó su sentencia 1064/2020 sentando la doctrina opuesta, con retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar la sentencia de apelación para que, sin apreciar la caducidad, la Sala juzgadora resolviera el resto de cuestiones suscitadas en el litigio.

2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia^[3]

A través de su nueva sentencia 140/2021 de 27 de abril, complementada por auto de 26 de mayo de 2021, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón resolvió el recurso. Estima la apelación, revoca y anula la sentencia de instancia y desestima el recurso contencioso-administrativo. Sus núcleos argumentales son los siguientes

A) No existe obligación de que la Inspección de Trabajo presente demanda de oficio ante la jurisdicción del orden social.- Aunque la conducta achacada a la empresa (inaplicación de convenio al margen del cauce legal previsto) constituye infracción administrativa, la LRJS (art. 148) no contempla el supuesto como uno de los que obliga a poner en marcha ese procedimiento.

B) No es necesario que previamente se inste la nulidad del convenio de empresa y del descuelgue.- La posibilidad de que la Inspección active el control de legalidad del convenio colectivo (art. 90.5 ET) no es una obligación. Es innecesario que la jurisdicción social haya de pronunciarse previamente al respecto. Ello por la simple aplicación del artículo 4 de la LJCA que permite resolver, con carácter prejudicial, el debate, puesto que es indispensable para decidir y no estamos en una cuestión de carácter constitucional o penal. La Administración de la Seguridad Social tiene competencia plena para liquidar las cuotas, con la interpretación precisa y completa de la normativa social de aplicación, donde se encuentran los convenios colectivos y luego esta jurisdicción tiene obligación de interpretar las normas sociales de aplicación, si es preciso para controlar la conformidad a derecho del acto recurrido.

C) El Acta de liquidación acredita los hechos en que basa la aplicación de la norma.- Es verdad que la ITSS no acredita el procedimiento seguido para rebajar los salarios por medio de un "descuelgue", pero la falta de este proceso se da por supuesta, por la falta de intervención de la comisión paritaria del convenio sectorial aplicable, tal como se señala en el Acta de Liquidación. Si la Administración imputa la ausencia de un procedimiento, esto es un hecho negativo, la carga de la prueba cambia, y es la parte actora la que tendrá que acreditar que se ha seguido el procedimiento adecuado.

D) Omitir el levantamiento de un Acta de Infracción, obviando el consiguiente pronunciamiento de la jurisdicción social, no invalida la reclamación de diferencias en la cotización.- Al confirmar el Acta de liquidación, la ITSS indica que no abre ese expediente sancionador para no agravar más la situación de empresa, pero que ello no significa que las cuotas no deban ser objeto de liquidación, pues ni la Administración puede renunciar a esos derechos, ni pueden renunciar los trabajadores. Y si no hay sanción tampoco es posible buscar un pronunciamiento en una jurisdicción a la que la Ley no obliga.

E) El descuelgue no se ha pactado conforme a las previsiones legales y convencionales.- Los acuerdos han sido alcanzados individualmente con cada trabajador y no con los representantes de los trabajadores legitimados para negociar

un convenio colectivo. No se ha producido con carácter previo un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 ET. Tampoco la empresa ha comunicado por escrito el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores y, simultáneamente, a la Comisión Mixta del presente Convenio colectivo.

3. Auto de admisión

El recurso formalizado por la empresa fue admitido mediante Auto de la Sección de Admisiones de la Sala Tercera del Supremo fechado el 17 de noviembre de 2022^[4]. Declara de interés casacional determinar si para que dejen de tener eficacia *erga omnes* los convenios colectivos y los pactos de inaplicación de los convenios del artículo 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores es necesario que previamente se haya calificado como ilícito por la Administración, y si es suficiente la dirección de un oficio a la Jurisdicción Social.

III. Posición de las partes

1. Empresa demandante

La empresa recurrente entiende, en síntesis, que la autoridad laboral no podía inaplicar directamente un convenio colectivo sin instar previamente la declaración de su ilegalidad ante la jurisdicción laboral.

Discute la parte recurrente la competencia de la Administración para determinar la invalidez de un acuerdo de descuelgue y del convenio de empresa y para actuar de forma ejecutiva reclamando las diferencias entre las cotizaciones pagadas de conformidad con el acuerdo de descuelgue y las que corresponderían según el convenio colectivo provincial. Sostiene que la TGSS no estaba facultada para actuar de esa manera sin siquiera transmitir a la Autoridad laboral de la Comunidad Autónoma la duda sobre la ilicitud del convenio ni realizar actuación alguna para imponer las sanciones que pudieran corresponder a la empresa por adoptar acuerdos contrarios a los derechos económicos de los trabajadores.

De acuerdo con lo señalado en el Convenio Colectivo de aplicación, firmado entre partes el día 24 de noviembre de 2009 y publicado el día 25 de enero de 2010, es posible el "descuelgue salarial" adoptado por el empresario y no es necesario un acuerdo expreso sino la ratificación posterior de los trabajadores en los tres meses siguientes, sin que sea precisa la intervención de la Comisión Paritaria en el supuesto de que existiera acuerdo con los trabajadores, que es la tacha principal que se hace por la Inspección de Trabajo en el Acta de 7 de marzo de 2014.

Considera que hubo acuerdo y por lo tanto no puede ser ilegal y contrario a derecho la cláusula que ha sido inaplicada en trámite de las actas de liquidación objeto del recurso.

2. Administración de la Seguridad Social

La TGSS insiste en el enfoque ya acogido en la vía administrativa. Considera que el TSJ de Aragón ha aplicado correctamente la normativa vigente e insta la desestimación del recurso de casación.

De la dilatada actuación de comprobación desplegada es incuestionable que la empresa acordó reducciones salariales por debajo del convenio colectivo provincial sectorial sin sujetarse a los mecanismos previstos "ad hoc" en el Estatuto de los Trabajadores, otorgando prevalencia a tratos particulares otrora negociados otrora impuestos sobre normas de rango superior.

Así resulta manifiesto que de manera expresa, en el periodo inspeccionado, se pactan con algunos trabajadores disminuciones retributivas con renuncia a las tablas comprendidas en el convenio colectivo provincial aplicable, que se reconoce en los contratos individuales como supletorio. En la misma línea se "pacta" con parte del colectivo la novación retributiva con su prórroga; con otra parte, la misma novación sin prórroga.

Cabe acudir al descuelgue, pero por el procedimiento establecido y por los órganos de los trabajadores legitimados y convenientemente representados. Y en este caso no ha habido prueba, y no lo es los documentos aportados en demanda, que se haya seguido el procedimiento y con los interlocutores válidos.

IV. Normativa aplicable al caso

Sobre la conformidad a Derecho del descuelgue aplicado respecto del convenio colectivo provincial y la competencia del Juzgado de lo Contencioso para valorarlas no son demasiadas las normas a tener en cuenta.

1. Convenio Colectivo sectorial

A tenor del convenio colectivo sectorial (artículo) 26, la inaplicación del convenio colectivo se admite en los siguientes términos:

Los porcentajes de incremento salarial establecidos en este convenio no serán de obligada aplicación para aquellas empresas que acrediten objetiva y fehacientemente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas en los ejercicios de 2008-2009. Asimismo se tendrán en cuenta las previsiones para 2010. Igualmente se podrá acceder a la inaplicación salarial, cuando se de (sic) una situación de dificultad de orden económico, incluida falta de rentabilidad, aunque de momento no se haya materializado en pérdidas y ello favorezca efectivamente la estabilidad económica de la empresa. A efectos de seguimiento de los resultados de la inaplicación, la empresa informará mensualmente a los representantes de los trabajadores de la evolución de los estados financieros, requiriéndose necesariamente el acuerdo con estos, en el plazo de tres meses a partir de efectuado este descuelgue. De no lograrse el acuerdo y sin que la comisión paritaria del convenio, a la que deberá en ese supuesto someterse el caso, dicte resolución aprobatoria respecto de aquel, el convenio colectivo se aplicará en sus propios términos.

2. Estatuto de los Trabajadores

El artículo 82.3 del ET aborda la cuestión atinente a la eficacia personal del convenio colectivo en los siguientes términos:

Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

[...]

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá

prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito."

3. Ley de la Jurisdicción Contenciosa

El artículo 4º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, prescribe lo siguiente:

1. La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales.

2. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente.

4. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social dispone en su artículo 3º.f) que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las *impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas.*

V. Doctrina básica.

1. Competencia del orden contencioso

La determinación de la legalidad del acto impugnado corresponde a esta jurisdicción en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 LJCA y en el artículo 3.f) LRJS. Conforme a esos preceptos, para resolver el caso es preciso determinar la conformidad a Derecho de la decisión de Frio Aragón de descolgarse del convenio colectivo provincial, lo que constituye un supuesto de prejudicialidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 LJCA.

2. Legalidad de la actuación de la TGSS

Tiene razón la Sala de instancia al confirmar la legalidad de la actuación de la TGSS. El artículo 148 LRJS no recoge como causa para una demanda de oficio la existencia de un acta de infracción por las irregularidades detectadas en el caso de autos en el acuerdo de descuelgue del convenio provincial. Y si bien la autoridad laboral podría seguir ese cauce, según prevé el artículo 90.5 ET, tal actuación no es preceptiva. Quiere ello decir que no está obligada la Administración de la Seguridad Social a incoar un procedimiento sancionador y a formalizar una demanda de oficio ante la Jurisdicción Laboral para determinar la ilicitud del acuerdo de descuelgue que habilítase a la Tesorería a practicar las liquidaciones causa del presente litigio.

La TGSS tiene competencia para practicar tales liquidaciones y, según indica la sentencia de instancia, con la interpretación competente y precisa de la normativa social de aplicación, en la que se encuentran los convenios colectivos. No hay en definitiva ningún precepto que requiera que la TGSS debiera realizar actuaciones previas antes de efectuar una liquidación que presupone la ilicitud de un acuerdo de descuelgue o de un convenio de empresa.

3. Decisión sobre la ineficacia de los pactos individuales

De acuerdo con todo lo anterior, la conformidad a Derecho de las liquidaciones efectuadas por la resolución de 11 de junio de 2014 de la Dirección Provincial de la TGSS depende de si el acuerdo de descuelgue respetó la normativa laboral que rige ese tipo de actuación. Y tal como ha constatado la Sala de instancia, la mercantil recurrente no ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 82.3 ET.

Según este precepto es preciso que se llegue a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET. Dicho acuerdo requiere un previo período de consultas en los términos del artículo 41.1 del ET y en el que los interlocutores por parte de los trabajadores ha de ser los representantes indicados en el citado artículo 82.3 del ET, párrafos segundo y quinto.

4. Consecuencia del incumplimiento empresarial del trámite

En el caso no se ha acreditado haber cumplido con el referido procedimiento, ya que el acuerdo se alcanzó con los trabajadores de forma individual y no con los representantes legitimados para negociar un convenio colectivo y sin que se siguiera previamente el preceptivo proceso de consultas en los términos del artículo 41.1 del ET.

Así las cosas, debe confirmarse la validez de la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social tal como determinó la sentencia impugnada.

VI. Parte dispositiva

Como consecuencia de los razonamientos desenvueltos, favorables a la desestimación de la demanda, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acuerda lo siguiente:

A) Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Frío Aragón, S.L. contra la sentencia de 27 de abril de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso de apelación 305/2016.

B) Confirmar la sentencia objeto de recurso.

C) No imponer las costas del recurso de casación^[5].

VII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Cuarto es el que condensa la doctrina sentada, en los siguientes términos:

Planteaba el auto de admisión como cuestión de interés casacional determinar si para que dejen de tener eficacia erga omnes los convenios colectivos y los pactos de inaplicación de los convenios del artículo 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores es necesario que previamente se haya calificado como ilícito por la Administración, y si es suficiente la dirección de un oficio a la Jurisdicción Social.

Como hemos visto, en el caso de autos hemos resuelto que la Administración de la Seguridad Social podía liquidar actas de cotizaciones que presuponían la ilegalidad de un acuerdo de descuelgue de un convenio colectivo provincial sin necesidad de incoar un procedimiento sancionador o de que se inste una demanda de oficio ante la jurisdicción laboral.

Sin embargo, para alcanzar esta conclusión hemos debido efectuar una interpretación prejudicial de la normativa laboral, tanto del Estatuto de los Trabajadores como de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, normas sobre las que no resulta procedente efectuar una declaración interpretativa con alcance general más allá del presente litigio.

VIII. Comentario

1. El mecanismo de “descuelgue” como excepción.

De la naturaleza normativa del convenio colectivo se derivan importantes efectos: 1º) el contenido normativo del convenio se impone al del contrato individual de trabajo (STC 58/1985, de 30 abril), el cual no puede establecer válidamente condiciones que perjudiquen al trabajador por ser menos favorables o contrarias a las fijadas en convenio colectivo [art. 3.1.c) ET]. 2º) La indisponibilidad de los derechos reconocidos al trabajador por normas estatales de Derecho necesario alcanza también a los derechos establecidos con carácter mínimo en los convenios colectivos (art. 3.5 ET), derechos que no pueden ser reducidos o anulados ni siquiera por vía de absorción en un conjunto de mejoras individuales ulteriores. 3º) Las partes del convenio no pueden desligarse de lo pactado, salvo por el procedimiento del «descuelgue».

2. Papel del convenio en su propia inaplicación

Precisamente, el art. 85.3 ET reputa «contenido mínimo» de los convenios colectivos las cláusulas sobre determinación de las partes del convenio, ámbitos de éste, procedimientos para resolver discrepancias relativas a la no aplicación («descuelgue») de condiciones de trabajo, forma y tiempo de la denuncia del convenio, y designación de la comisión paritaria y de su régimen de actuación. La exigencia es similar a la necesidad de incluir en los convenios el deber de negociar medidas o planes de igualdad (art. 85.1 ET) y específicamente el deber de negociar dichos planes en las empresas de más de 250 trabajadores (art. 85.2 ET).

3. Régimen general del descuelgue

El art. 82.3 ET regula el procedimiento del llamado «descuelgue» o inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo sectorial o de empresa. Tal

procedimiento, que supone una quiebra notable de la imperatividad del convenio colectivo, consiste en que cuando existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción^[6], la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo pueden acordar, tras un período de consultas, inaplicar en la empresa condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo en materia de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, movilidad funcional más allá de lo previsto en el art. 39 ET, y mejoras voluntarias de la Seguridad Social. El régimen de la intervención de los negociadores se remite a lo dispuesto en el art. 41.4 ET para las consultas en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El convenio colectivo puede ser modificado durante su vigencia si así lo acuerdan las partes negociadoras; pero si el convenio es de carácter estatutario (y por consiguiente negociado de acuerdo con lo dispuesto en el Título III del ET) su modificación habrá de hacerse por un convenio de la misma naturaleza^[7]. No cabe la modificación de un convenio colectivo estatutario por un simple pacto colectivo posterior, aunque en él intervengan todos los representantes patronales y de los trabajadores que hubiesen constituido la mesa negociadora del convenio^[8]. La legitimación para negociar una modificación parcial del convenio reside en los representantes actuales legitimados y no en los que negociaron el convenio que se modifica^[9].

Si el período de consultas concluye con acuerdo, éste debe determinar «con exactitud» las nuevas condiciones aplicables en la empresa, cuya vigencia no podrá exceder la del convenio inaplicado. Habiendo acuerdo se presume que hay causa justificativa para el «descuelgue»; en consecuencia, dicho acuerdo no podrá ser impugnado, salvo en el caso de que estuviera viciado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si el período de consultas no concluye en acuerdo, cualquiera de las partes puede someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio. A falta de este sometimiento, o cuando no se alcanzara acuerdo en el seno de aquélla, las partes podrán recurrir a los procedimientos de solución de conflictos establecidos en los acuerdos interprofesionales, incluido el arbitraje vinculante. Con carácter subsidiario, cualquiera de las partes puede someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (cuyas decisiones y las de los árbitros que pueda designar son impugnables ex art. 91 ET) o, en su caso, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas^[10].

El resultado de los referidos procedimientos de solución de desacuerdos debe comunicarse a la autoridad laboral «a los solos efectos de depósito» (art. 82.3 in fine ET).

4. Referencia jurisprudencial

A) La figura coloquialmente identificada como *descuelgue* del convenio solo puede surgir cuando concurren una serie de circunstancias tanto de tipo normativo (se desea alterar una condición de trabajo presente en un convenio colectivo), ámbito negocial (la empresa es la unidad de negociación), causal (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), procedimental (período de consultas en los términos del artículo 41.4), material (referida a las materias contempladas en el ET), subjetivo (necesitándose acuerdo o laudo) y cronológico (la vigencia no puede superar la del convenio inaplicado) ^[11].

B) Eso significa que la posibilidad de acogerse al mecanismo de referencia no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para llegar a ese resultado. Así, de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, solo el agotamiento de las vías que el texto legal abre -como acudir a la comisión paritaria del convenio, a los procedimientos del *art. 83ET* en su caso, y, finalmente, a la

correspondiente Comisión consultiva de convenios- pueden acabar por permitir a la empresa el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral^[12].

C) Es imposible que por la vía del art. 41 se proceda a alterar lo previsto en convenio colectivo. La alteración impuesta por la empresa excede con mucho de lo permitido por el artículo 41.2 ET y "aun cuando en el presente caso, alguna de las medidas adoptadas por la empresa en relación con alguno de los colectivos trabajadores afectados pudiera tener encaje en el citado apartado 2 del artículo 41, el conjunto de medidas no puede conllevar -como aquí acontece- la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores^[13].

D) A su vez, para interpretar los términos del convenio colectivo hay que estar a la doctrina confirme a la que La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (artículos 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículos 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (artículos 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (artículos 3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, rec. 1234/2001). Y los convenios acuerdos colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el "espiguelo" (STS 4 junio 2008, rec. 1771/2007)^[14].

E) No cabe suplir el procedimiento previsto legalmente por la obtención de una autorización judicial para proceder a inaplicar el convenio colectivo, ni siquiera invocando las razones de fondo o las construcciones generales sobre *rebus sic stantibus*^[15].

F) 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 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 del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador. Ciertamente que el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colectivo anterior (art. 82-3 del ET, en relación con el 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^[16].

5. Diferencias entre modificación sustancial y descuelgue.

Las SSTS 17 diciembre 2014 (rec. 24/2014), 23 junio 2015 (rec. 315/2013) y 616/2016 de 6 julio (rec. 155/2015), entre otras, enumeran las principales diferencias y semejanzas entre la MSCT y el descuelgue:

- Las causas para una y otra son similares, pues en ambos casos se pretende buscar una solución a un problema por el que atraviesa la empresa que se traduce en dificultades económicas o sencillamente en su falta de *competitividad, productividad o en necesidades de organización técnica o del trabajo en la empresa*.

- La lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta, siendo ejemplificativa la contenida en el art. 41.1 ET; el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación es cerrado. Las dos tablas son casi coincidentes, si bien el

art. 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el ET art. 41.

- Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al *descuelgue*.

- El empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el ET art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET (art. 41.6 ET).

- La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo.

- Mientras que la duración del descuelgue no puede ir más allá del tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una MSCT no aparece legalmente limitada en su duración temporal.

- Hay también diferencias respecto de la impugnación (plazos, modalidad procesal, etc.) y de las consecuencias. En determinados casos de MSCT el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Conviene diferenciar los supuestos en que estemos ante la aplicación de un mandato normativo. Al no hallarnos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni ante un inaplicación o descuelgue del convenio colectivo, sino ante una variación impuesta por la normativa excepcional aplicable a partir del estado de alarma causado por el COVID-19 resulta equivocado aplicar las previsiones del artículo 82.3 ET^[17].

IX. Apunte final

La STS-CONT sienta una doctrina clara: a) Admite la propia competencia para determinar, de manera prejudicial, la validez de un descuelgue. b) Considera ilegal el descuelgue habido en el caso. c) Legitima el proceder de la TGSS, reclamando las diferencias de cotización derivadas de la disminución retributiva.

El problema, sin embargo, no acaba aquí. Sin ir más lejos, la STS-CONT 740/2024 de 6 mayo^[18] entiende que la TGSS, la ITSS y el orden contencioso, por respeto a los principios de seguridad jurídica y negociación colectiva, así como al principio de reserva de jurisdicción, no puede considerar inválido e inaplicable un acuerdo de prorrogación de un acuerdo de descuelgue salarial de un convenio colectivo, con base a una indiciaria infracción formal del procedimiento seguido, referida a la elusión de la obligación de notificación de la formalización del acuerdo de descuelgue a la Comisión Paritaria, por cuanto corresponde a la jurisdicción social conocer de las causas de nulidad de dichos acuerdos.

Referencias:

1. ^ Se trata del día inicial para el cómputo del plazo de caducidad de nueve meses previsto en el artículo 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.
2. ^ ECLI:ES:TS:2020:2401; Ponente, Sr. Toledano Cantero.
3. ^ STSJ-CONT Aragón 140/2021 de 27 julio (rec. 305/2016). Ponente, Sr. Zapata Hígar. ECLI:ES:TJSJAR:2021:1385.
4. ^ ECLI:ES:TS:2022:16361ª. Ponente. Sr. Fonseca-Herrero Raimundo.
5. ^ En aplicación de lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte ha de abonar las costas del recurso de casación causadas a su instancia y las comunes por mitad.
6. ^ [6] Particularidad de la causa económica en estos procedimientos es que la Ley entiende que hay disminución persistente del nivel de ingresos o ventas cuando se prolonga por dos trimestres consecutivos, respecto de los mismos trimestres del año anterior (art. 82.3 ET). La STC 8/2015 considera ajustado a Derecho el procedimiento regulado en dicho precepto.
7. ^ STS Sala General de 30 de junio de 1998, Rec.2987/1997 seguida en SSTS de 21 de febrero de 2000, REc.686/1999, de 18 de octubre de 2004, Rec.191/2003
8. ^ SSTS-SOC 11 de julio de 2006, Rec.107/2005; 24 de septiembre de 2015, Rec.54/2014
9. ^ STS-SOC 312/2024 de 21 febrero (rec. 29/2022).
10. ^ [10] STC 119/2014, de 16.7 y TC 8/2015, de 22.1, declaran constitucional dicha competencia.
11. ^ STS-SOC 971/2017 de 29 noviembre (rec. 23/2017, Casbega).
12. ^ STS-SOC 616/2016 de 6 julio rec. 155/2015.
13. ^ STS-SOC 11 diciembre 2013 (rec. 40/2013)
14. ^ Por todas, STS-SOC 1148/2024 de 17 septiembre (rec. 275/2023).
15. ^ STS-SOC 406/2024 de 29 febrero (rec. 323/2021).
16. ^ Por todas, STS-SOC 515/2022 de 2 junio (rec. 230/2021).
17. ^ Por todas, STS-SOC 950/2024 de 25 junio (rec. 88/2022).
18. ^ ECLI:ES:TS:2024:2240. Ponente, Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat.