

LA IMPOSIBLE RETROACTIVIDAD PLENA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: EL CASO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE LA PROVINCIA DE SEVILLA

LUIS OCAÑA ESCOLAR

Abogado

ÍNDICE

1. LA NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE SEVILLA
 - 1.1 El proceso negociador
 - 1.2 El resultado de lo negociado en materia salarial
2. LA IMPOSIBLE RETROACTIVIDAD PLENA DEL CONVENIO COLECTIVO
 - 2.1 Sobre la vigencia de los convenios colectivos
 - 2.2 La entrada en vigor del convenio colectivo
 - 2.3 La naturaleza jurídica de los convenios colectivos en cuanto normas del ordenamiento
 - 2.4 Por qué las partes no pueden disponer de un derecho perfeccionado
 - 2.5 La notoria infracción de las normas que regulan la exégesis contractual
 - 2.6 La unidad del convenio colectivo y la utilización de la técnica del “espiguelo”
 - 2.7 La violación de los principios de condición más beneficiosa, garantía “ad personam” y principio pro operario
 - 2.8 La imposible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*
 - 2.9 La jerarquía normativa y la imposible retroactividad *in peius*
 - 2.10 El imposible descuelgue
 - 2.11 La inexistencia de enriquecimiento injusto
 - 2.12 El principio *tempus regit actum*
3. CONCLUSIONES

1. LA NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE SEVILLA

1.1. El proceso negociador

El vigente convenio colectivo para el sector de la hostelería de Sevilla se publicó en el BOP de Sevilla número 241 de 17-10-2013 y expresamente en su artículo 4 denominado “Ámbito temporal” establece una vigencia temporal “para dos años, iniciando su vigencia el día uno de enero de 2013, sea cual sea la fecha de su publicación en el Boletín Oficial” de la provincia y su duración será hasta el 31 de diciembre de 2014.” Se trata, por consiguiente, de un convenio de duración determinada.

Este convenio fue firmado el 9 de mayo de 2013 y fueron partes firmantes por el banco empresarial la Asociación de Hoteles de Sevilla, la Asociación Empresarial de Hostelería, la Asociación Provincial de Salas de Baile y Disco-

tecas y la Asociación de Salas de Fiestas, Cafés Cantantes y Tablaos Flamencos y por el banco social, las centrales sindicales UGT y CC.OO.

El anterior convenio colectivo para el sector de la hostelería de Sevilla se publicó en el BOP de Sevilla número 114 de 20-5-2010 y expresamente en su artículo 4 denominado “Ámbito temporal” se establecía una vigencia temporal “para tres años, iniciando su vigencia el día uno de enero de 2010, sea cual sea la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial» de la provincia y su duración será hasta el treinta y uno de diciembre de 2012.” Se trata, también, de un convenio de duración determinada.

Cabe destacar que no se pactó –como pudiera haberse hecho ex artículo 86.1 ET y no se hizo– distinto período de vigencia para ninguna materia o grupo homogéneo de materias, cual pudiera ser la salarial.

1.2. El resultado de lo negociado en materia salarial

En el artículo 9.5 del convenio derogado se indicó expresamente la subida salarial para cada año de vigencia del convenio debiendo ajustarse los salarios al IPC real que resulte a 31 de diciembre de cada año, conviniendo las partes que en el mes de febrero siguiente a cada año, se regularizarán los salarios, de tal forma que si el IPC real es superior al incremento a cuenta que se produzca, las empresas abonarán la diferencia, y si el IPC real es inferior al incremento a cuenta que se produzca, los trabajadores vendrán obligados a devolver a la empresa la diferencia.

En el año 2012 el IPC real ascendió al 2,9%, conforme a lo publicado por el INE (Instituto Nacional de Estadística).

El incremento a cuenta pactado para 2012 es, por tanto, del 1,5% por lo que en febrero de 2013 debieron regularizarse los salarios con un incremento salarial del 1,4% (diferencia entre el IPC real y el incremento a cuenta, esto es 2,9%-1,5%).

Esta norma está vigente desde el 1-1-2010 y extiende su vigencia hasta el 31-12-2012. En fecha 31-12-2012, las cantidades correspondientes al incremento salarial de 2012 son cantidades consolidadas, vencidas y líquidas y exigibles, si bien esta exigibilidad se beneficia de un período de carencia que se extiende hasta febrero de 2013.

Sin embargo y pese a que el ámbito temporal del nuevo convenio está expresamente limitado a dos años naturales (del 1-1-2013 al 31-12-2014, ambos inclusive) y es coherente con la sucesión de convenios, el artículo 9.2 del nuevo convenio contraviene sorprendentemente lo negociado en la norma anterior (así como su propio articulado) indicando que se “renegocian” los incrementos salariales pactados para el año 2012.

Esta “renegociación” se concreta fundamentalmente en dos aspectos:

- a) Se reduce el incremento salarial en un 1,4%, pues pasa del IPC real en 2012 (2,9%) al 1,5%

- b) Se amplía en 2 años y 4 meses el plazo para el abono de tales cantidades hasta el 30 de junio de 2015, cuando estaba previsto el 28 de febrero de 2013

Ahora bien, no se trata de una revisión *ante tempus*, posibilidad prevista en nuestro ordenamiento jurídico durante la vigencia del convenio, sino de una “renegociación *post tempus*” fuera de plazo, restrictiva de derechos, sin apoyo jurídico alguno y sobre materia indisponible para quienes la han negociado, como veremos a continuación.

2. LA IMPOSIBLE RETROACTIVIDAD PLENA DEL CONVENIO COLECTIVO

2.1. Sobre la vigencia de los convenios colectivos

Dice el artículo 86.1.2 del Estatuto de los Trabajadores: “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión.”

En consecuencia no podrá reputarse válida ni la negociación ni la revisión efectuada por los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación fuera de la vigencia del convenio colectivo.

En consecuencia, la “renegociación” operada por el artículo 9.2 del nuevo convenio colectivo no puede reputarse válida al haberse efectuado el 9-5-2013, es decir, fuera del ámbito de vigencia temporal del Convenio. Esta posibilidad está prevista por la norma que la prohíbe pues solo se permite la negociación de la revisión, es decir su novación, durante el período de vigencia.

Obvio resulta que desde el 1-1-2013 nos encontramos en el período de vigencia del nuevo convenio, por lo que a partir de tal fecha resulta materialmente imposible negociar la revisión del convenio anterior, cuya vigencia expiró el 31-12-2013. En dicha fecha las partes solo podrían negociar la revisión del nuevo convenio, pero en ningún caso del convenio no vigente. En caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto absurdo cual es que se pudieran “renegociar” todos los convenios anteriores. El principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) proscribiera tal comportamiento.

Por tanto, las partes que negociaron (ni ninguna otra) no tienen competencia para renegociar lo negociado en los términos que lo hace el artículo 9.2 del nuevo convenio.

2.2. La entrada en vigor del convenio colectivo

Dice el artículo 90.4 del ET que “El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes”

Existente el convenio, solo puede regir hacia el futuro. Y ello por mandato expreso del artículo 90.4 ET, que ya ha sido reproducido. En este sentido el propio convenio colectivo establece su entrada en vigor el 1-1-2013 por lo que no puede regular situaciones jurídicas anteriores a dicha fecha. Es la propia norma la que establece cuando entra en vigor (con el habitual efecto retroactivo desde su fecha de publicación hasta el fin de la vigencia del convenio que sucede) por lo que no puede evitarse la aplicación de tal norma con un artículo (el 9.2) que es incoherente con la misma (artículos 4 y 7) y la contradice abiertamente sin fundamento jurídico alguno.

2.3. La naturaleza jurídica de los convenios colectivos en cuanto normas del ordenamiento

Señala la doctrina especializada que los convenios colectivos son normas esencialmente temporales, tanto por su función como por exigencia legal (Martín Puebla).

Y la mención al ámbito temporal concreto expresado en el convenio como dato obligatorio no remite sin más a cualquier duración sino a una de tipo determinado, aunque su cuantificación se deje a voluntad de las partes. Luego la autonomía colectiva no puede ignorar esa naturaleza esencial del convenio y la fijación de una duración determinada debe ser congruente con la naturaleza temporal del mismo, permitiendo que, con una razonable periodicidad, las partes legitimadas puedan volver sobre sus contenidos revisándolos, modificándolos, adaptándolos, o suprimiéndolos, según acuerden (...) Lo que se pretende es dar una disciplina de futuro a las relaciones jurídicas contenidas en su ámbito así como establecer las vinculaciones precisas, también hacia el futuro, entre los propios sujetos negociadores. (González Ortega).

2.4. Por qué las partes no pueden disponer de un derecho perfeccionado

Estamos ante una disposición que afecta a una deuda devengada, vencida, líquida y exigible. Es un derecho ya incorporado al patrimonio de cada trabajador. No pueden las partes disponer de las cantidades salariales devengadas por cada trabajador durante cada uno de los 365 días que componen el año 2012. Cada día de 2012 se ha ido devengando la parte proporcional de la subida salarial (1/365 parte del 2,9%) y ello conforme a la norma que rige tal relación laboral.

De hecho, de ser válido el artículo 9.2 del nuevo convenio nos encontraríamos ante un absurdo jurídico consistente en que quienes prestasen servicios durante 2012 y no los continúen prestando en 2013 o en la actualidad cobrarían la subida del 2,9% mientras que los trabajadores que sigan prestando

servicios tras la publicación del nuevo convenio no cobrarían tal subida, sino la “nueva” del 1,5%.

A modo de ejemplo, podemos señalar que de dos trabajadores “gemelos” con idéntica categoría profesional e idénticas condiciones salariales, nos encontraríamos que:

- De un lado, el “gemelo A” que prestó servicios solo durante noviembre de 2012, cobrará la subida del 2,9% referida a ese mes
- Y de otro lado, el “gemelo B” que prestó servicios durante noviembre de 2012 y sigue prestando servicios hasta la actualidad, no cobrará la subida del 2,9% referida a ese mes sino otra subida del 1,5%

Es decir, que a unos trabajadores (por ejemplo, eventuales o que terminaran su relación laboral antes del nuevo convenio) se les aplicaría un régimen salarial y a otros trabajadores se les aplicaría otro régimen salarial, referido al mismo período de prestación de servicios. Esto no solo es un absurdo jurídico sino que está proscrito expresamente al establecer una doble tabla salarial, discriminatoria a todas luces y que contraviene el más elemental principio de igualdad retributiva, así como el artículo 26 ET.

De hecho, no puede disponerse sobre una actividad laboral o comportamiento ya agotado pues no puede ser revivido de ninguna manera. Los acontecimientos y actos sucedidos y realizados no pueden ser eliminados de la realidad, del pasado en el que están insertos. El convenio sólo podrá regular el comportamiento futuro –como efectivamente también hace-.

2.5. La notoria infracción de las normas que regulan la exégesis contractual

Seguimos a este respecto la completa explicación ofrecida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de diciembre de 2001: “Declaran, por su parte, las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Código Civil que “se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otra manera o no los reconozca”; y que “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma...”; preceptos que -como recuerda la STS de 26 de junio de 1998- “(...) son considerados tanto por la doctrina jurisprudencial como por la científica, como las normas básicas de nuestro ordenamiento que regulan las consecuencias y efectos de la sucesión y modificación de disposiciones jurídicas” y, por ello también, “la sucesión de las normas estatuidas en dos convenios colectivos sucesivos”.

Considera dicha sentencia -en aplicación de la normativa citada y respecto a las consecuencias de la distinta regulación Convencional de la excedencia voluntaria- que “(...) las nuevas normas sólo serán de aplicación a las situacio-

nes... nacidas al amparo del convenio anterior, en aquellos casos en que tales normas así lo establezcan de forma nítida y clara”, sin que sea suficiente con “el simple cambio o modificación de los preceptos convencionales para que la nueva regulación se extienda a las... reconocidas con anterioridad al mismo...”.

2.6. La unidad del convenio colectivo y la utilización de la técnica del “espiguelo”

Aceptar la validez del artículo 9.2 del vigente convenio colectivo supondría la aplicación de la técnica denominada “espiguelo normativo”, en cuanto que no se pretende la sustitución íntegra del contenido del convenio colectivo de 2012 por el contenido íntegro del convenio colectivo de 2013, lo que implicaría la alteración del equilibrio interno del mismo y no se respetaría la unidad de regulación de la materia (por todas, se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1996).

A este respecto debemos señalar que ambos convenios contienen cláusulas de vinculación a la totalidad y unidad de convenio (artículo 6 de ambos convenios). Por ende, no se puede modificar lo que las partes tuvieron presente al momento de la negociación por medio del espiguelo, ya que esto no es lícito como reiteradamente ha dicho la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en múltiples ocasiones (por todas, se cita la Sentencia de 27 de junio de 2011).

Y de igual manera la proscripción referida al “espiguelo” afecta no solo a la concurrencia de convenios sino también a la sucesión de los mismos. Dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 1998 que: “no puede estimarse que los preceptos de los sucesivos convenios resulten ajenos al principio prohibitivo del espiguelo de normas”.

2.7. La violación de los principios de condición más beneficiosa, garantía “ad personam” y principio pro operario

El propio Convenio colectivo recoge en su artículo 7.1 que se respetarán las condiciones más beneficiosas que vengán disfrutando los trabajadores o las que pudieran ser implantadas por disposición legal o reglamentaria, cuando resulten más beneficiosas para el trabajador en su cómputo anual y en conjunto. Idéntico artículo ya existía en el Convenio anterior, por lo que se deduce una nueva contradicción de lo dispuesto en el artículo 9.2 que contraviene nuevamente lo dispuesto por el propio Convenio.

2.8. La imposible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

En cuanto a la cláusula «rebus sic stantibus» se exigiría para poder invocarla: 1) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias exis-

tentes en el momento de celebración del contrato, 2) desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de los contratantes; y todo ello debido a circunstancias sobrevenidas y radicalmente imprevisibles, lo que no se da en el supuesto analizado. Ni hay alteración extraordinaria ni hay desproporción alguna en acordar la subida salarial a la subida del coste de la vida. De igual manera tampoco concurre circunstancia sobrevenida y radicalmente imprevisible, lo que queda además demostrado por la fecha de adopción del acuerdo impugnado.

Así mismo, para el Tribunal Supremo la cláusula *rebus sic stantibus*, entendida como “remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 15 de enero de 2008) no permite la aplicación de la misma al caso controvertido, en primer lugar, porque la aplicación de esta regla excepcional sólo “corresponde en casos de contratos de tracto sucesivo o de larga duración” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2009) entre los que no se incluyen normalmente los pactos o acuerdos colectivos de salarios previstos de un año para otro o para periodos breves de dos o tres años (como ocurría en el presente convenio); y en segundo lugar, porque esta cláusula no es de aplicación a los convenios colectivos del Título III del ET, habida cuenta del papel que tienen en el sistema de fuentes de regulación de las relaciones de trabajo, que excede obviamente de la eficacia relativa que es propia de las obligaciones contractuales en sentido estricto.

La inaplicación de esta cláusula ya había sido mantenida por el mismo Tribunal Supremo previamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010 a propósito de la interpretación del convenio colectivo de Bimbo Martínez Comercial, S.A., que rechazaba que la “sobrevenida onerosidad de la prestación salarial”, pudiera servir como argumento para permitir una regularización a la baja del salario, por aplicación de la cláusula en cuestión, ya que las posibilidades de aplicación de la misma deben entenderse restrictivamente respecto de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en ningún caso respecto de las pactadas en convenio colectivo al tener éste eficacia normativa ex art. 37 CE.”. Aparte de que, continua diciendo la sentencia, tampoco concurrían los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo para la aplicación de la figura, de “a) alteración extraordinaria de las circunstancias, b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes cuyo equilibrio se ve aniquilado, y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles” (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998 y 14 de octubre de 2008). Estos requisitos no concurren en el caso pues, a juicio del Tribunal Supremo, ni era imprevisible el fenómeno de recesión económica, puesto que muchas voces autorizadas lo pronosticaron, ni el desfase en el incremento del coste salarial puede calificarse de exorbitante, inasumible y decisivamente aniquilador del equilibrio del convenio.

A la misma conclusión se llega en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2010 y de 1 de marzo de 2011 en la que reiterando doctrina de la Sala se recuerda que la argumentación de la sobrevenida onerosidad de la prestación salarial no puede justificar la consecuencia de revisión salarial a la baja al no ser de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*. En definitiva tal y como ha reiterado la jurisprudencia a tenor del art. 82.3 ET incluso en situación de crisis económica generalizada, el precepto convencional (de incremento salarial) obliga a la empresa a su cumplimiento mientras mantenga su vigencia salvo que alcance un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2011)

2.9. La jerarquía normativa y la imposible retroactividad *in peius*

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional razonó en la Sentencia de 10-5-10: “el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego establecido por la ley”, citando en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 mantuvo que “aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la Sentencia del TC 58/1985 “la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva”.

“Puede afirmarse, por tanto, que es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007, apoyándose en sus propias sentencias de 9 de marzo de 1992 y 16 de febrero de 1999, en la que se proclamó que “la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible” y que “en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada”, lo que permite concluir que el art. 37.1 de la Constitución no se vulnera mecánicamente por la entrada en vigor de una ley que repercuta sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes, aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente

en la Constitución (art. 37.1), puesto que la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio deriva de la propia Constitución, como se desprende de su art. 7 , que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley, debiendo recordarse, a estos efectos, la sentencia T. Co 58/1985 , en la que se dijo que “(...) La negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y convertir lo negociado en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandatos” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010. Estos razonamientos han sido igualmente reiterados por la propia Audiencia Nacional en su sentencia de 10 de septiembre de 2012.

La propia Audiencia Nacional en su reciente sentencia de 10 de julio de 2013 establece al respecto: “no creemos ajustado a derecho, que la reducción salarial se retrotraiga contra el precio de trabajos ya realizados, porque dichas retribuciones estaban perfectamente consolidadas al momento de la retroacción, tratándose, por consiguiente, de manifestaciones de retroactividad máxima, que no están amparadas por el art. 9.3 CE. Debe resaltarse, por otra parte, que las tablas salariales de 2012 debieron abonarse en su momento por la empresa demandada, quien pudo, si concurrían causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, descolgarse del convenio a lo largo de 2012, pero al no hacerlo así, lucrándose del trabajo de sus trabajadores en ese período sin abonarles el precio convenido, aunque así lo pactaran posteriormente con los representantes de los trabajadores, constituyó un auténtico fraude de ley, así como un abuso de derecho”

En efecto, el principio de jerarquía normativa que determina el sometimiento de los convenios al marco legal indisponible, ha de conjugarse con otro principio general que inspira nuestro ordenamiento jurídico, positivizado en el art. 2.3 del Código Civil: “Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”. Este principio está basado a su vez en el de seguridad jurídica que consagra el art. 9 de la Constitución española.

“La regla general de no retroactividad del art. 2.1 del Código Civil impide la «retroactividad plena, o sea la retroactividad que alcanzara a regular derechos ya nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior” (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000 y de 11 de junio de 2001). En cambio, el principio de irretroactividad no impide la llamada retroactividad mínima, por cuanto, “la incidencia en los derechos en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000); más bien “se trataría (...) de un grado mínimo de retroactividad más próximo a la noción de efecto inmediato,

pues la nueva regulación se aplica a los efectos que nazcan tras su vigencia” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1991).

La necesaria matización del principio de irretroactividad distinguiendo grados es defendida por el Tribunal Supremo, cuando mantiene, con cita de las Sentencias del Tribunal constitucional 42/1986, 99/1987 y 199/1990, que «la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico –que, de otra parte, recortaría el ámbito del poder legislativo–, por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva –a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución– cuando recae sobre «relaciones consagradas» y afecta a “situaciones agotadas”, pues lo que dicho precepto 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”» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1991)

Coincidente con este criterio resulta ser el del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que en su sentencia de 12 de diciembre de 2003, establece: “En materia de Derecho de Trabajo, como bien señala la doctrina científica, impera el principio general favorable a la irretroactividad de las normas, principio consagrado con carácter general para todo el ordenamiento jurídico en el artículo 2.3 del Código Civil, según el cual «las Leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario», y, en todo caso, son expresamente irretroactivas las disposiciones sancionadoras y las no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución). Ciertamente es que en las normas sectoriales (convenios colectivos) es frecuente el uso de la técnica de la retroactividad, caso de Convenios cuyos efectos se retrotraen a la iniciación de las negociaciones o a la del día de su entrada en vigor, pero con todo, es la retroactividad de grado mínimo la que suele aplicarse en el Derecho del Trabajo, es decir, aquella en que el nuevo Convenio se aplica sólo a efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente. Pero en el presente caso, por la empresa se pretende otorgar a la modificación introducida en el convenio una retroactividad de grado máximo, porque se pretende aplicar la modificación operada a situaciones anteriores y a todos sus efectos, incluso los nacidos y ejecutados con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del nuevo Convenio, lo que resulta inaceptable, por cuanto la modificación no puede alcanzar a situaciones y tener consecuencias futuras, derivadas de situaciones producidas con anterioridad.”

El terreno de la retroactividad no es, por consiguiente, ilimitado. El nuevo convenio se aplica a las relaciones jurídicas en curso, sin que esa eficacia pueda siquiera calificarse como retroactividad pura sino como aplicación inmediata de la nueva norma, aunque afecte a relaciones jurídicas nacidas con

anterioridad a la fecha de entrada en vigor del convenio.

No se pueden impedir, lógicamente, los efectos hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la norma, como permiten los artículos 82.4 y 86.4 del ET.

Dice a este efecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 2000 que: “los convenios colectivos entran en vigor en la fecha en que lo acuerden las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del ET, siendo obvio que los derechos nacidos al amparo de un convenio anterior continúan rigiéndose por el mismo y no pueden tener carácter retroactivo las disposiciones del nuevo convenio que desconozcan los mismos al ser de aplicación con carácter supletorio las disposiciones transitorias del Código Civil”.

2.10. El imposible descuelgue

No estamos tampoco ante un supuesto de descuelgue (aunque *de facto* pudiere parecerlo o asemejarse mucho), pero aún así, deberíamos estar a lo que establece el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 8 de marzo de 2012 para tales supuestos: “Hay que partir de que, como mantiene nuestra jurisprudencia, “En materia de interpretación de las cláusulas convencionales, se ha mantenido y reiterado la regla general según la cual “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual” (STS de 15 septiembre 2009). Y de los términos del precepto no se deduce que la sentencia haya cometido ninguna de esas infracciones sino, por el contrario, que acertó cuando resolvió sobre la imposibilidad de aplicar el descuelgue con efecto retroactivo, ya que, como se indica en alguna de las sentencias antes citadas, las expectativas del mismo son de futuro por cuanto no pueden operar sobre salarios que han sido abonados en los años precedentes, según tablas salariales del convenio, y aun admitiéndose la posibilidad de descuelgue -por darse los condicionamientos previstos en la norma- estos serán para la anualidad siguiente y con la duración indicada por ese precepto convencional, es decir, de un año desde la aprobación de la medida, acto que se configura con carácter constitutivo, con independencia de que se contemple la posibilidad de nueva autorización en la forma y procedimiento previsto en la misma norma, sobre la base de su aplicación a salarios “futuros” no pudiéndose acomodar, como es obvio, los percibidos por los trabajadores en años precedentes.

Se trata de revocar el importe de una cantidad que tenía el carácter de

cantidad vencida, líquida y exigible, y que el trabajador había perfeccionado una vez abonado dicho importe. Reducir su cuantía implica altera un derecho laboral del trabajador, como es el derecho al salario por el trabajo que ya ha prestado, y determinaría una retroactividad del convenio restrictiva de derechos individuales.”

2.11. La inexistencia de enriquecimiento injusto

Como bien afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010, las subidas salariales en este escenario de crisis no implican un enriquecimiento injusto del trabajador, puesto que el convenio colectivo, en calidad de negocio jurídico válido, es una legítima causa que autoriza y legitima plenamente el beneficio económico obtenido. De igual manera, esta sentencia descarta aplicar en estos supuestos la cláusula de *rebus sic stantibus* porque no existe ni una alteración extraordinaria de las circunstancias marcada por una situación imprevisible, cuando la crisis era pronosticada por voces autorizadas, ni una desproporción exorbitante de las prestaciones de ambas partes, con subidas que no desestabilizan el equilibrio del convenio. Ambas consideraciones conllevan que la única manera de impedir o minorar la subida salarial ante la crisis es el descuelgue acordado con los representantes de los trabajadores en la empresa, en el marco del art. 82.3 ET, sin que sea viable, en ningún caso, la supresión o modificación de los salarios del convenio colectivo.

2.12. El principio *tempus regit actum*

Conforme a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia de 28 de abril de 2004, «Nuestro ordenamiento jurídico se inspira en el principio «tempus regit actum» o de irretroactividad, por virtud del cual cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo.—Desde esta perspectiva pues, aun admitiendo la validez de los convenios colectivos regresivos hay que afirmar que los derechos nacidos al amparo de la norma anterior han de ser respetados, máxime cuando se trata de derecho del tracto único; y así parece entenderlo el propio TS en su sentencia de 2-12-1998 cuando en su fundamento de Derecho IV dice literalmente: estamos ante una sucesión de Convenios, en el que por imperativo del artículo 84 ET , rige el principio de modernidad, sin que, como pusieron de relieve las Sentencias de esta Sala de 16 diciembre 1994 , 10 febrero 1995 y 26 febrero 1996 sea de aplicación el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución; en consecuencia cabe que el nuevo convenio colectivo o pacto sea más regresivo que el anterior

(...) Como esta Sala declaró en sus Sentencias de 26 de junio y 28 de octubre 1998, es totalmente lícito y conforme a la Ley que un convenio colectivo modifique o altera las normas reguladoras de materias que se contenían en un convenio anterior, otra cosa será la aplicación de dichas normas o situaciones particulares nacidas al amparo del Convenio anterior, en aquellos casos en que tales normas así lo establezcan de forma nítida y clara».

3. CONCLUSIONES

De aceptarse la validez de lo negociado en el artículo 9.2 del actual convenio colectivo para el sector de hostelería de Sevilla nos encontraríamos ante una irregular situación jurídica que supondría:

- a) El amparo de un fraude de ley y abuso de derecho, pues se pretende evitar la aplicación de un artículo firme y no impugnado del convenio colectivo anterior mediante un mecanismo inválido para tal fin con mera “apariencia de legalidad” y solicitando su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia
- b) La utilización de un “proceso de negociación y acuerdo” de “descuelgue encubierto” al margen de las reglas establecidas para la modificación de los convenios colectivos o para los descuelgues
- c) El empleo de normas con pretendido efectos *erga omnes* y eficacia general al margen de lo establecido por el Título III del Estatuto de los Trabajadores en cuanto se refiere a: concepto, contenido, vigencia, legitimación, comisión negociadora, procedimiento, tramitación y validez
- d) Un resultado manifiestamente abusivo pues supone una modificación salarial después de prestados los trabajos, lo que implica la violación del derecho al salario de los operarios afectados
- e) Una operación carente de la más mínima fundamentación jurídica, más allá del criterio de conveniencia de las partes que pretenden pactar una suerte de “descuelgue generalizado encubierto”
- f) Un acuerdo adoptado por un órgano manifiestamente incompetente, pues la modificación de un convenio colectivo no corresponde a la comisión negociadora de otro convenio diferente. De igual manera se ha modificado al margen del procedimiento previsto y de manera extemporánea y fuera de plazo, “regulando” incluso sobre cantidades prescritas para burlar el plazo de ejercicio, en su caso, de las acciones judiciales correspondientes
- g) Una operación jurídica realizada al margen de la Comisión Paritaria y sin haberse emitido informe alguno ni haber acudido siquiera a la

cláusula de inaplicación, pese a estar expresamente prevista (artículo 41 del convenio).

- h) Se trataría, además de una vulneración flagrante del derecho fundamental a la igualdad ex artículo 14 CE y del derecho a la negociación colectiva ex artículo 37.1 CE, así como una violación flagrante de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derechos ex artículo 9 CE.

Por todo ello, debemos inclinarnos por reconocer como nulo radicalmente y de pleno derecho el artículo 9.2 del actual convenio colectivo para el sector de hostelería de la provincia de Sevilla, que debe ser expulsado del ordenamiento jurídico por los motivos jurídicos antes desarrollados. De no aceptarse tal tesis se abriría una posibilidad no prevista jurídicamente para la retroactividad plena de los convenios colectivos, lo que a día de hoy resulta imposible en el actual marco jurídico laboral.