

En la ciudad de Sevilla a 10 de diciembre de 2012, Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, actuando como Árbitro nombrado por las partes conforme al compromiso arbitral por ellas suscrito en fecha 13 de noviembre de ese mismo año (nº. de expediente SERCLA 41/2012/188) en el marco de las previsiones enunciadas en el artículo 24 del Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía de 22 de diciembre de 2003 (BOJA nº. 24/2004, de 4 de febrero), ha dictado el siguiente

LAUDO ARBITRAL



En el conflicto colectivo de interpretación y aplicación de normas suscitado en el ámbito de la empresa pública municipal EMVISESA, Empresa Municipal de Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla, domiciliada en calle Bilbao 4, de esta ciudad, y que tiene por partes a la propia empresa, representada por D. _____, con DNI _____ y poder notarial bastante expedido por la notaría de D. José L. Lledó González de esta ciudad el día 8 de mayo de 2008, y de otra el comité de empresa, representado por su presidente, D. _____, DNI. _____

Comparecen ambas partes ante el árbitro el día 5 de diciembre a las 10:00 horas en la sede del SERCLA, Avenida de República Argentina 25-1º, asistidos, la empresa por el letrado D. _____ y el presidente del comité por el también miembro del comité D. _____, y asistido el árbitro por el director del servicio de arbitraje del SERCLA D. Francisco Javier Millán de Cózar.

El objeto del arbitraje se encuentra especificado en dos motivos en el escrito de iniciación del procedimiento, a saber:

“Controversia sobre la aplicación del RD-Ley 20/2011 de 20 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección del Déficit Público”, en relación con los artículos 3.2 y 32 del Convenio Colectivo de EMVISESA, sobre los siguientes puntos:

“1. Procedencia del abono del 2,4 % como actualización del IPC 2011; y

2.Actualización de precios/salarios de 2011 (para el año 2011) de aquellos conceptos retributivos que se vean modificados”.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. La empresa cuenta en la actualidad con 103 empleados y un comité de empresa de nueve representantes, y figura inscrita como sociedad mercantil de un solo socio, el Ayuntamiento de Sevilla, en el Registro competente, como se deduce de los Estatutos reformados aprobados por el pleno del referido Ayuntamiento en funciones de junta general de la entidad en sesión extraordinaria de 15 de febrero de 2008, a seguido de la promulgación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público 30/2007. EMVISESA se rige por la Ley de Sociedades Anónimas así como por las específicas normas en materia de régimen local para las sociedades mercantiles en las que el capital pertenece, directa o indirectamente, de forma íntegra a la entidad local (art. 1 de los Estatutos).

A efectos de los aspectos económicos y jurídicos que se debatirán en el presente laudo, resulta de importancia el art. 10 de dichos Estatutos, a cuyo tenor la junta general de la entidad estará constituida por la Corporación en Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, y que goza de la más amplia competencia en el gobierno de la Compañía, pudiendo adoptar válidamente acuerdos sobre cuantos extremos se sometan a su deliberación. Existe por ello un control indirecto por parte del Excmo. Ayuntamiento respecto de las decisiones adoptadas por la empresa, que deriva de su carácter de socio único y por tanto de su control de la junta general, encargada entre otros aspectos de aprobar las cuentas anuales (art. 38).

Debe hacerse notar, por cuanto explica una parte de los retrasos sufridos por la solución del conflicto en presencia, que EMVISESA forma parte de la Corporación de Empresas Municipales de Sevilla (CEMS), que actúa como grupo de empresas presidido por el alcalde de la ciudad y dentro del cual concurre con las otras empresas municipales EMASESA, LIPASAM, TUSSAM y Giralda Televisión. CEMS carece de empleados y se orienta a unificar procesos de contratación externa con proveedores aprovechando economías

de escala, pero sin incidencia en la autonomía de gestión ni en la independencia laboral, según se aseguró a este árbitro por ambas partes y por otras fuentes. Con anterioridad a CEMS la integración entre las empresas municipales, iniciada en 2003, adoptaba más nítidamente la forma de agrupación de interés económico, la cual dejaba mayor iniciativa a cada una de sus integrantes.

SEGUNDO. Las relaciones laborales de EMVISESA se rigen por el convenio colectivo de empresa para el cuatrienio 2008-2011 (BOP 286 de 11 de diciembre de 2008), cuya vigencia pactada expiró el 31 de diciembre de 2011 (art. 3). El convenio vino negociado y suscrito por la entidad y por la representación legal de los trabajadores o comité de empresa, y en su artículo 3, al que nos referiremos con frecuencia en el laudo, establece una denuncia automática el 30 de noviembre de 2011 "sin perjuicio de su aplicación a todos los efectos hasta el momento de la aprobación de otro Convenio que lo sustituya". Y en efecto, la comisión negociadora para la renovación del convenio está ya constituída, sin que a este árbitro conste el nivel al que hayan podido llegar las negociaciones en curso.

El convenio establece una cláusula, el artículo 32, a cuya virtud todas las condiciones económicas deben ser revisadas con carácter retroactivo desde el 1 de enero de cada año su el índice de precios al consumo experimentara durante el año un incremento superior al previsto para el personal del sector público en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. El artículo citado coincide con similares disposiciones de otros convenios colectivos del Ayuntamiento y de sus empresas municipales, y se retrotrae en el tiempo al antiguo convenio general del Ayuntamiento y al del la gerencia Municipal de Urbanismo cuando la estructura jurídica del servicio se plasmaba en el Patronato Municipal de Casas Baratas, antecedente de EMVISESA. Durante los primeros años de vigencia del convenio la empresa satisfizo el requisito puntualmente mediante el abono en los meses de enero de la desviación salarial que se hubiera producido entre la cifra prevista por la Ley de Presupuestos para el año anterior y la realmente producida en dicho año y que se hacía pública por el Instituto Nacional de Estadística en ese mismo mes.

A partir de la promulgación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (Ley 39/2010, de 22 de diciembre), cuyo Título III, Capítulo I, reguló en sentido restrictivo los gastos de personal del sector público al establecer la congelación de dichos gastos, la práctica de la empresa cambió, y en enero de 2012, cuando el índice de precios al consumo desveló que la desviación del coste de la vida había alcanzado el 2,4 %, no procedió a abonar el complemento correspondiente. Dicha Ley vino seguida del RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que prohibió a partir de 1 de enero siguiente cualquier incremento de las retribuciones o de la masa salarial establecidas.

Arbitral



TERCERO. A lo largo de todo el año 2012 el problema de la desviación del IPC del año 2011 ha estado presente tanto en las deliberaciones de la comisión paritaria del convenio como en la correspondencia entre el Director Gerente de EMVISESA y la Dirección General de Hacienda y Gestión Presupuestaria del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla. Ya con fecha de 20 de febrero de 2012, el Director Gerente remite una consulta a la D.G. de Hacienda citada pidiendo aclaración sobre la aplicabilidad del RD-Ley 20/2011 a EMVISESA y si correspondía cumplir o no lo establecido en el convenio colectivo. El día 5 de marzo respondía la Teniente de Alcalde delegada del área de Hacienda y Gestión Presupuestaria del propio Ayuntamiento y, si bien asumía que le correspondía el control del gasto en la medida en la que incidiera o repercutiera en el presupuestos municipal, consideraba que en razón a la singularidad propia de cada empresa municipal una respuesta rigurosa y global exigía un previo pronunciamiento de la propia empresa acompañado de un informe de los servicios jurídicos de la misma sobre la adecuación al RD-Ley. El 14 de marzo se reúne la comisión paritaria del convenio –que funciona al mismo tiempo como comisión paritaria de la empresa-, y en su segundo punto del orden del día se discute el abono de las “cantidades correspondientes al desvío en la previsión del IPC del ejercicio 2011”. La representación de la empresa informa de la consulta evacuada a la Dirección General de Hacienda, a lo que la representación laboral pregunta por el motivo de la consulta, al entender que no hacía falta dado que se trataba de una deuda del año 2011. La empresa argumenta que la necesidad de actuar de manera conjunta de todas las empresas encuadradas en la Corporación de Empresas Municipales y el principio de seguridad jurídica había impelido a consultar de tal forma al objeto de que fueran los servicios centrales municipales los que determinaran la interpretación uniforme del RD-Ley. De nuevo la representación laboral interrogó sobre la posible existencia de un plazo para la respuesta, o para la actuación de EMVISESA en caso de silencio, a lo que la empresa explicó que se estaba efectuando un exhaustivo seguimiento del asunto pero que de cualquier modo la contestación no debía demorarse en el tiempo. La sesión termina acordando ambas partes considerar el problema como punto permanente de todas las reuniones de la comisión paritaria hasta tanto no se resolviera. Diez días más tarde, el 23 de marzo, la comisión paritaria vuelve a reunirse y lleva como segundo punto del orden del día el abono del desvío, como se había acordado, pero la parte empresarial comunica que no se ha producido novedad alguna y que se va a presentar nuevo escrito a la Dirección General de Hacienda al respecto. El comité de empresa solicita que se habilite la posibilidad de conceder préstamos especiales a cuenta de la regularización del IPC del año 2011, a lo que la empresa se niega ante la incertidumbre sobre la validez jurídica del pago.

Verbo
A

Al mes siguiente, y con fecha 13 de abril, una nueva reunión de la comisión paritaria, con el tema del desvío del IPC en su primer punto del orden del día se salda con el informe jurídico de la empresa, así como del borrador sobre cuantificación individualizada de los atrasos. Pocos días más tarde, el 18 de abril, EMVISESA remite el citado informe jurídico de sus servicios a la Dra. Teniente de Alcalde Delegada de Hacienda, informe en cuyo apartado



Retribuciones se pronuncia favorablemente por abonar el incremento del 2,4 % y por actualizar el complemento de antigüedad.

El informe jurídico parece haber clarificado y suavizado la situación en el interior de la empresa, pero al mismo tiempo imprime un cierto impulso o impaciencia para que pueda ser resuelta, como se deduce de la reunión de la comisión paritaria del 9 de mayo, con el tema del desvío del IPC 2011 como primer punto del orden del día. La empresa comunica que no ha habido novedad sobre la cuestión, a lo que el comité pregunta si tiene previsto un plazo para efectuar el abono en el caso de que la respuesta de la Teniente de Alcalde demore su contestación. La respuesta va en la dirección de otras anteriores, en el sentido de que es intención de la empresa abonar dichas cuantías, pero que hasta que no obtenga la autorización no va a hacerlo. El comité indica que no pueden seguir indefinidamente sin respuesta, por lo que si la situación no varía en breve convocarán una asamblea de trabajadores. La empresa aduce que probablemente la Teniente de Alcalde Delegada resuelva una vez se publiquen los Presupuestos Generales del año 2012, publicación que se espera para fines del mes. Ese plazo es aceptado por el comité, a pesar de entender que no existe relación entre los presupuestos de 2012 y "el abono del IPC de 2011".

Pero en la reunión de 13 de junio ambas partes –de nuevo en el punto primero del orden del día- buscan ya alternativas, y mientras que el comité propone acudir a un laudo arbitral, la empresa sugiere esperar un plazo razonable, y, en caso de que se demorara la respuesta, buscar una vía alternativa para resolver el conflicto. El comité propone concretar cuál pudiera ser dicha vía alternativa en la siguiente reunión de la comisión paritaria, que se convocaría una semana más tarde. El 21 de junio las partes de comisión paritaria entran a discutir directamente la vía alternativa, en el único punto del orden del día de la convocatoria. La empresa propone la iniciación de un procedimiento de conflicto colectivo para que sean juzgados de lo social los que determinen la solución del problema; por su parte, el comité prefiere acudir a la vía arbitral, toda vez que los plazos son más cortos que los de los tribunales. La empresa contraargumenta con la idea de tratarse de una cuestión jurídica, por lo que los tribunales procurarían una mayor garantía frente a la resolución arbitral, ante lo que el comité decide estudiar la oferta para resolver de asunto de la forma más ágil y beneficiosa para los trabajadores.

La siguiente reunión viene convocada más de tres meses después, el 9 de octubre, lo que no se debe únicamente al intervalo vacacional, sino también al nombramiento de una nueva comisión paritaria, la cual queda constituida en la nueva reunión, y probablemente a la existencia de negociaciones entre las partes para resolver un conflicto que se alarga ya más de medio año. De ello da fe el hecho de que la nueva comisión retoma el asunto con una declaración por parte de los representantes laborales de aceptar la propuesta de la empresa e iniciar el procedimiento judicial para reclamar las cantidades del IPC, decisión que además se presentará a los trabajadores en asamblea. A pesar de ello, el comité vuelve a proponer el sometimiento del conflicto al SERCIA

mejor



por el interés existente en resolver el conflicto cuanto antes y por el ahorro de costes en la contratación de abogados. La empresa vuelve a la argumentación de las mayores garantías de la actuación judicial, aunque se compromete a plantear la cuestión a nivel interno y resolver antes de que se convoque la asamblea de trabajadores.

Dos semanas más tarde, el 25 de octubre, tiene lugar la última reunión en que se trata el tema. En el ínterin parece haber habido negociaciones que han llegado a un punto de coincidencia, pues la reunión comienza con la entrega por el comité a la empresa de la solicitud de mediación ante el SERCLA previo a la vía judicial, escrito que la empresa acepta como adecuado. El 13 de noviembre, como ya indicado más arriba, la partes firman el compromiso de arbitraje y proceden a la designación de árbitro, sin más noticia escrita sobre la evolución intermedia que produce el abandono de la solución judicial por parte de la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antes de entrar en los puntos solicitados por las partes en el compromiso arbitral es necesario resolver una cuestión previa que repercute en la solución a adoptar, puesto que tiene que ver con el hecho de que el convenio cuya aplicación se alega esté o no en vigor en la actualidad. De estimar la segunda opción, los puntos planteados por las partes carecerían de objeto y no habría de entrarse ni siquiera en su ponderación.

El convenio colectivo de EMVISESA pertenece al tipo comúnmente denominado "estatutario" y debe por ello ajustarse a la regulación contenida en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (RD-Leg. 1/1995). Con respecto a la vida del convenio más allá del término final pactado por ambas partes, y más en concreto, por cuanto hace a la denominada ultraactividad una vez producida la denuncia de su terminación (art. 86.3 ET), el Estatuto ha sufrido varias reformas tendientes a solventar la excesiva prolongación de estas situaciones que, en cuanto normales, deberían terminar en un tiempo prudencial.

Recordemos que en el momento de entrar en vigor el convenio, en diciembre de 2008, el Estatuto contemplaba la siguiente norma del art. 86.3: "Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre un acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales. La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieran establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio". Este árbitro mantiene algunas dudas sobre la licitud de una denuncia como la establecida en el convenio de referencia, a saber, una denuncia automática que se produce bajo el principio *dies interpellat pro hominem*, al 30 de noviembre de 2011, siendo así que en la naturaleza de la denuncia debe estar el que se haga llegado el momento como

V. J. J. J.

se deduce también de los requisitos establecidos en otro artículo del Estatuto, el 85.3, en concreto los de fijar la forma y condiciones de la denuncia del convenio, así como “el plazo de preaviso para dicha denuncia”. No obstante, este laudo no es lugar idóneo para resolver la duda, que debiera tener un cauce específico de impugnación, una ausencia que nos faculta para continuar con el análisis de la posible invalidación del convenio a virtud de las sucesivas reformas ocurridas desde su entrada en vigor. En último extremo la nulidad de la denuncia habría conducido a otra figura de continuidad del convenio, la prórroga anual (art. 86.2 ET), ahora sí ampliamente automática ante la falta de denuncia y no afectada por las reformas posteriores.

SEGUNDO. Las reformas sobre la ultraactividad de los convenios han sido tres, y han alterado profundamente una normativa que se remonta a la Ley de Convenios Colectivos 38/1973, de 19 de diciembre, art. 11 *in fine*, aún durante la Dictadura. Cada una de las reformas pueden haber incidido sobre la vida del convenio que nos ocupa, por cuanto establecen unos plazos de duración de la ultraactividad cada vez más cortos. En primer lugar ocurre la modificación impulsada por el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, pocos meses antes de que operara la denuncia automática del convenio. Después de activada la denuncia, el artículo pertinente del Estatuto resulta de nuevo modificado por el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Finalmente una última reforma adviene por la Ley de la misma numeración 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Arf

a) La Disposición Transitoria Primera del RD-Ley 7/2011 establecía que “Las reglas contenidas en este real decreto-ley, relativas a los plazos para la denuncia de un convenio colectivo, plazo para el inicio de las negociaciones de un nuevo convenio y plazo máximo de negociación, serán de aplicación a aquellos convenios colectivos cuya vigencia pactada termine a partir de la entrada en vigor de aquél”. Al haber entrado en vigor dicho RD-Ley el 12 de junio de 2011, el convenio de EMVISESA quedó afectado de pleno por sus reformas. Las cuales, en lo que a nuestro propósito se refiere, establecían dos plazos sucesivos, uno para iniciar las negociaciones y otros para concluir las, que en total sumaban para los convenios de larga duración un total de quince meses y medio. A su término, no obstante, la solución del legislador tendía a mantener el *statu quo*: en defecto de pacto –decía-, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.

b) Por su parte, el RD-Ley 3/2012, en lo referente a la ultraactividad de los convenios, modifica el art. 86.3 ET de manera más drástica, pues si bien establece un plazo mayor para la negociación del nuevo convenio, el plazo pasa a ser aparentemente de mayor imperatividad. Transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, dice el nuevo texto, aquél perderá, salvo

pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. Sin embargo se mantiene el "salvo pacto en contrario", pero ahora en sentido activo, de tener que pactar la continuidad en lugar de generarla su ausencia, un punto de endurecimiento que permitía en todo caso a los negociadores evitar los efectos de guillotina del plazo perentorio siempre que hubieran sabido anticiparse a las intenciones del legislador, o bien *a posteriori* ponerse de acuerdo para continuar con la vigencia del convenio, lo que no siempre sería fácil. Respecto a la aplicación a los convenios ya denunciados, el RD-Ley señalaba en su Disposición Transitoria Cuarta que "En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados en la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, el plazo de dos años al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada al mismo por este Real Decreto-Ley empezará a computarse a partir de su entrada en vigor". Por cuanto dicha entrada en vigor se produjo el 12 de febrero de 2012, el término final de la ultraactividad se produciría en el mismo día del año 2014.

c) Pero la convalidación del RD-L antes citado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, estableció nuevas modificaciones al respecto, y el texto resultante reducía a la mitad el plazo establecido, en concreto un año. En su Disposición Transitoria Cuarta determina que "En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor". Entrada en vigor que se produjo el día 8 de julio, por lo que la decadencia del convenio de EMVISESA acaecería el mismo día del año 2013.

firmado

De las sucesivas reformas, todas ellas aplicables al convenio que nos ocupa, éste ha salido indemne sin ver afectadas su validez y eficacia, las cuales se mantendrán hasta mediados del próximo año, salvo que las partes acuerden lo contrario.

TECERO. Resuelta la primera cuestión sobre la vigencia del convenio en sentido afirmativo, el siguiente paso entra de lleno en el *petitum* de las partes, pues se trata de dilucidar si lo establecido en el convenio colisiona con lo establecido en la normativa estatal de crisis, en concreto con el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre.

Los términos de la cuestión se plantean, en primer término, en el sentido de conocer si existe concurrencia conflictiva entre el abono del desvío del coste de la vida del 2,4 % correspondiente al año 2011 pero que debe hacerse en el año en curso, y en segundo término, si dicha concurrencia ha de vencerse en el sentido de vencerse a favor de la norma más favorable, el convenio colectivo, o a favor de la norma de mayor rango, el Real Decreto-Ley. Ambas cuestiones se ven afectadas además por las circunstancias de extrema crisis financiera y económica que vive el país, las cuales asignan a las normas estatales de crisis un carácter de excepcionalidad que refuerza su carácter imperativo. A este



respecto hemos de recordar la existencia de un precepto *ad hoc* en el Estatuto Básico del Empleado Público 7/2007, el art. 38.10, a cuya virtud "Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público". Y si bien tratamos aquí de un convenio y no de un acuerdo o pacto de funcionarios, no es menos cierto que nos hallamos genéricamente dentro del sector público y que la negociación colectiva dentro de semejante ámbito queda condicionada por un *ambiente normativo* bastante diferente al del sector privado, como ha puesto de relieve la jurisprudencia que ha tratado del conflicto ley-convenio en circunstancia de crisis económica.

CUARTO. Definamos los términos del posible conflicto de normas. Por una parte, el convenio colectivo 2008-2011 establecía en su artículo 3 que "será[n] objeto de acuerdo entre las partes, y en consecuencia estará[n] sujeto[as] a revisión, de acuerdo con lo que determine la Ley de Presupuestos de cada año o norma que lo sustituya, todas las condiciones económicas, salariales o no salariales, contenidas en el presente Convenio". En síntesis, todas las condiciones económicas del Convenio se revisarán conforme a lo que establezca la Ley de Presupuestos de cada año.

El artículo 32, apartado 2, del mismo Convenio completa lo anterior con la siguiente norma: "Todas las condiciones económicas, salariales o no salariales, contenidas en el presente Convenio serán revisadas con carácter retroactivo desde el 1 de enero de cada año si el Índice de Precios al Consumo (I.P.C.) desde la indicada fecha hasta el 31 de diciembre del mismo año experimenta un incremento superior al previsto para el personal al servicio del sector público que se contenga en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año".

Ambos artículos se manifiestan con meridiana claridad respecto a los conceptos económicos objeto de la posible revisión: los contenidos en el Convenio. Por tales hemos de entender, en primer término, los del Capítulo VI del Convenio, "Del salario", pero el artículo 3 habla de condiciones económicas "salariales o no salariales", por lo que también entran en el ámbito de las normas los conceptos contemplados en el importante y sustancioso Capítulo VII, "Prestaciones sociales" -precisamente el artículo 32 acabado de referir se contiene en dicho Capítulo VII-, así como la Disposición Adicional Segunda, relativa a la caseta de FERIA. Con respecto a la Disposición Adicional Primera y al Fondo de Préstamos y los servicios médico-farmacéuticos municipales a que alude, se trata en el primer caso de una prestación con regulación propia, no "contenida" por ello en el Convenio, y en el segundo de una prestación en especie, y no monetaria. Tampoco se encuentra contenida en el Convenio, y por ello no entra en el ámbito del laudo, la aportación al Plan de Pensiones de la entidad.

A su vez, las condiciones salariales del Capítulo VI se cuantifican en el Anexo 4,

Apéndice

"Cuadro de retribuciones", Anexo II, "Complemento de Jefatura", Anexo III, "Complemento de mayor dedicación" y Anexo IV, "Importe trienios", con unos importes pertenecientes al año 2008 que han venido siendo actualizados hasta 2010 mediante acuerdos sucesivos en la comisión paritaria del convenio/comisión paritaria de la empresa.

Los dos artículos del Convenio nos interesan para el análisis de la posible concurrencia de normas, pues el laudo debe decidir tanto "del abono del 2,4 % como actualización de IPC 2011", como de la "actualización de precios/salarios de 2011 (para el año 2012) de aquellos conceptos contributivos que se vean modificados", según indica el compromiso de arbitraje.

QUINTO. Frente al Convenio se sitúan dos normas estatales. La primera de ellas es la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011, Ley 39/2010, cuyo artículo 22 establece lo siguiente:

"Uno. A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público: (...) f. Las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación. g. Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.

Artículo 22

Dos. En el año 2011, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2010 resultantes de la aplicación, en términos anuales, de la reducción de retribuciones prevista en el artículo 22.Dos.B) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo".

Cuestiones principales a depurar en la concurrencia ley-convenio hacen referencia, en primer lugar, a las empresas públicas comprendidas en el ámbito de la Ley para determinar si EMVISESA se encuentra dentro de ellas y por tanto afectada por la congelación retributiva que establece el apartado dos, y en segundo lugar, al alcance de la congelación de dicho apartado, que remite a su vez a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010.

En cuanto a la primera cuestión, EMVISESA se constituye según ya se dijo como sociedad anónima a tenor de sus vigentes estatutos de febrero de 2008, y si bien su capital social se encuentra totalmente suscrito y desembolsado por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla (art. 5 de los estatutos), tiene independencia económica frente al mismo y se somete a la responsabilidad habitual de las sociedades anónimas con su propio patrimonio, como indican los artículos 39 y 41 de los estatutos. En ellos hay dos referencias a la Hacienda local –es decir, municipal– que obligan a someter las cuentas de EMVISESA a las normas municipales de régimen local en aquello que le sea imperativamente de aplicación, sobre fiscalización, control, eficacia y otros



ámbitos, referencias que no convierten a la empresa en una entidad subsidiada, como requiere el artículo 22.Uno.f de la Ley 39/2010 para incluir en su ámbito de congelación a las sociedades mercantiles que perciban aportaciones de cualquier naturaleza del sector público destinadas a cubrir déficits de explotación.

Respecto a si EMVISESA entra en el carácter de "entidades públicas empresariales" del mismo artículo y Ley, letra g, obviamente el artículo está aludiendo a las entidades públicas empresariales de los artículos 53 de la LOFAGE 6/1997 y 85 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985 que no sean sociedades mercantiles a las que acaba de mencionar en la letra anterior, de donde cabe deducir que se refiere a otras estructuras como por ejemplo los consorcios, naturaleza de la que participa el Consorcio de Empresas Municipales de Sevilla (CEMS). Surge así un problema indirecto por la relación de ésta con la empresa objeto del laudo, que debe resolverse negativamente por cuanto no condiciona económicamente a ésta ni la convierte por ello en empresa subsidiada.

Hemos de concluir, por tanto, que EMVISESA no se encuentra afectada por la congelación determinada por el artículo 22 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

SEXTO. La posible inclusión de la empresa municipal que nos ocupa en el artículo 22 de la Ley de Presupuestos para 2011, que hemos resuelto negativamente, nos exime de entrar a debatir el alcance de la congelación salarial en base a la Ley de Presupuestos para 2010.

Las dudas producidas por la inclusión o no de la empresa dentro del ámbito de la congelación salarial, y que afectó a todas las empresas municipales del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, debieron estar detrás de la congelación de hecho decretada por la dirección de la empresa a lo largo de todo el año 2011 y también del vigente 2012, en tanto que la Delegación de Hacienda municipal guardaba silencio, como se ha visto. EMVISESA prefirió congelar las condiciones económicas a su nivel de diciembre de 2010, si bien otras empresas municipales optaron por una solución intermedia, habitual en situaciones parecidas de "adelanto de convenio" o también de "adelanto de atrasos", valga el oxímoron, para suavizar las correcciones de futuro mediante el avance mensual de una parte de cuanto se prevé que habrá que abonar más adelante. Tal fue el caso de la empresa municipal EMASESA, que acordó un adelanto a cuenta de la desviación del IPC consistente en un 2% del salario.

SÉPTIMO. Al haber descartado la concurrencia del Convenio con la Ley de Presupuestos del Estado para 2011, nos queda por resolver la del Convenio con el Real Decreto-Ley 20/2011, cuyo artículo 2 dice lo siguiente sobre las retribuciones del personal y altos cargos del sector público:

"Uno. A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público: (...) f. Las sociedades mercantiles públicas.



Dos. En el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo. En consecuencia, a partir del 1 de enero de 2012, no experimentarán ningún incremento las cuantías de las retribuciones y de la masa salarial, en su caso, establecidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011”.

Como se advertirá, hay un matiz importante entre el texto de este RD-Ley y la Ley de Presupuestos acabada de analizar: el RD-Ley habla simple y llanamente de todas las sociedades mercantiles públicas, no de las que perciban subvenciones para cubrir déficits de explotación. No existen dudas respecto a que en el caso del RD-Ley EMVISESA queda incluida, por lo que sufrirá en toda su extensión la norma que a continuación impone el mismo RD-Ley sobre congelación de retribuciones para 2012.

El núcleo del conflicto se encuentra en la aplicación de la norma, o si se quiere, en la interpretación de su texto cuando dice que en el año 2012 las retribuciones no podrán experimentar incremento respecto a las del 2011.

OCTAVO. Qué pueda entenderse por incremento durante el 2012 apunta a dos posibles criterios, el del devengo y el del pago. Por el criterio del devengo, los incrementos se habrían causado en el 2011 y no se verían afectados por la congelación del 2012; en cambio por el criterio del pago, que tiene un relativo impacto en las partidas de caja y presupuesto, la desviación del IPC estaría en el año 2012 y se vería alcanzada de lleno por la prohibición de aumentos retributivos.

Para resolver la cuestión no son argumentos decisorios los de oportunidad, pues lo que el Reglamento que rige el presente laudo exige son los argumentos jurídicos. De ahí que no podamos alegar el hecho de que ante la duda sobre la aplicación a la empresa de la Ley de Presupuestos para 2011 EMVISESA prefirió aplicar a congelación cuando era más clara la exclusión que hemos visto más arriba, al punto de que otras empresas municipales decidieron adelantar casi el íntegro. Tampoco podemos argüir con éxito el argumento de que la opción por el momento del pago antes que por el del devengo favorece los movimientos incumplidores en las épocas de crisis, contraviniendo en la materia laboral la interpretación pro operario en caso de duda: el hecho de que optando por el pago se permite retrasar al máximo la satisfacción de la deuda es un argumento de buena fe, que exigiría la demostración del dolo e introduciría al intérprete en un laberinto de intenciones. Ni siquiera, en fin, podemos argumentar en este laudo que al retrasar los pagos, no un año, sino casi dos, la empresa ahorra una apreciable cantidad en intereses de la deuda. Es cierto que a los eventuales atrasos del año 2011 debería aplicarse el brocardo jurídico “in illiquidis non fit mora”, puesto que solo hasta principios de enero de 2012 no se conoció la desviación del IPC, pero no queda argumento de peso para haber retrasado casi un año más la solución del problema.

Arjahn

Los argumentos deben ser jurídicos, y por ello hemos de determinar estrictamente si los atrasos devengados en 2011 pero con obligación de pago en 2012 quedan sometidos a la congelación del 2012 o no. Dicho en otros términos, el problema se concreta en conocer qué régimen jurídico gobierna la obligación salarial, si el del devengo o el del pago.

NOVENO. Desde el punto de vista de las empresas, el criterio preferido por el legislador en cuanto a régimen mercantil, contable y tributario es el del devengo. Así se establece en el Plan General de Contabilidad, al indicar que "la imputación de ingresos y gastos deberá hacerse en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan y con independencia del momento en el que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos". En sentido similar se pronuncia el artículo 38.d del Código de Comercio cuando afirma que "Se imputará al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro". E igual cabe decir de la vigente Ley General Tributaria, pues como señala el catedrático de la Universidad Complutense R. Falcón y Tella, la Ley "deja claro que la liquidación no es constitutiva, sino meramente declarativa, al definir el devengo en el art. 21.1 como el momento en que se entiende realizado el hecho imponible y se produce el nacimiento de la obligación tributaria", mientras que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia vienen afirmando que la normativa aplicable en materia tributaria es la vigente en el momento del devengo, lo que constituiría un "principio típico del derecho transitorio", en terminología, por ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 1991¹.

Arreda

DÉCIMO. En materia laboral los conflictos de Derecho Transitorio tienen una larga tradición que respecto a las cuestiones salariales los especialistas suelen datar en tres momentos de nuestra historia reciente: la congelación de septiembre de 1996, la reducción del 5 por 100 de mayo de 2010, y las reducciones y congelaciones de la crisis financiera actualmente vigentes. Pero los conflictos no han venido solo por las congelaciones y reducciones salariales, sino también por la promulgación de nuevas normas estatales de alto rango que provocaban un desfase respecto a lo establecido en la negociación colectiva. Cabe señalar las dos más importantes: una, la reducción de la jornada máxima legal de 42 a 40 horas semanales en 1985, entrando en colisión con los convenios que aplicaban las 42 horas; otra, la reforma de la negociación colectiva por la reciente Ley 3/2012 al establecer el convenio de empresa prioritario e invalidar todo intento de inhibir tal prioridad a través de convenios sectoriales.

UNDÉCIMO. En los conflictos laborales a los que hacemos referencia inciden determinadas normas legales, principios jurídicos y jurisprudencia que jalonan la decisión jurídica hasta el momento presente. Han surgido para referirse al

¹ R. Falcón y Tella, "Devengo y determinación de la norma aplicable en la nueva Ley General Tributaria", Madrid 2004, págs. 29 y 32. Si bien el autor apunta algunas excepciones al principio del devengo, como cuando la ley determina la aplicación de la normativa vigente en el momento de ocurrir el hecho imponible, en casos en que es distinto del momento del devengo.



más amplio problema de la concurrencia de normas, de las que la concurrencia conflictiva es una parte. Su aplicación al conflicto de EMVISESA plantea un universo de opciones derivado del carácter acumulativo o sucesivo del conjunto, que resulta en una superposición no coordinada de sus mandatos. Veamos cuál es el universo normativo en presencia, para buscar mientras tanto el hilo conductor que nos lleve a la decisión arbitral.

Respecto a las normas legales, la concurrencia entre normas de distinto rango como son las que nos ocupan del RD-Ley y el Convenio se encuentra regulada por el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores (RDL 1/1995), en base a dos criterios: el criterio de jerarquía, que otorga prevalencia aplicativa a la norma de mayor rango, se aplica en las colisiones entre normas legales y reglamentarias del Estado, como puede ser Ley y Decreto, pero no sirve para las colisiones entre normas de distinto origen, como la que nos ocupa entre RD-Ley y Convenio, que en cambio se rigen por el principio de norma más favorable, aunque no en todos los casos. De seguir aquí el criterio de lo más favorable para el trabajador, las dudas habrían quedado resueltas de manera fulminante con la prioridad del Convenio sobre el Decreto-Ley. Pero ello significaría que cualquier legislación sobrevenida debería esperar a aplicarse a los convenios y relaciones jurídicas que nacieran con posterioridad, de manera que la legislación de emergencia no cumpliría su función hasta cuando ya fuera demasiado tarde. De ahí que una parte de la doctrina y jurisprudencia que ha intervenido en este tipo de conflictos haya argüido que no es el de norma más favorable, sino el de jerarquía, el que debe regir las relaciones Ley-Convenio. En sí misma, esta doctrina es excesiva, porque aparta sin ningún argumento el principio natural en tales casos, de norma más favorable, pero ha de reconocerse que algunas excepciones sí tiene, de modo que la doctrina podría ser válida si pudiera ajustarse a alguna de ellas. En efecto, la norma más favorable se aplica para los casos en que la ley presente un carácter de inderogabilidad relativa, mejorable solo *in melius*, lo que se da en los casos de condiciones de trabajo, prerrogativas de los representantes, y similares, pero no cuando la norma es absolutamente inderogable, como son por ejemplo las de procedimiento electoral o procedimiento judicial. En el tema de la congelación salarial del Convenio EMVISESA nos hallaríamos *prima facie* una condición de trabajo de carácter cuantificable, que se somete claramente al principio de norma más favorable, pero aquí operan las excepciones a que aludimos.

Wojcik

DUODÉCIMO. En efecto, el conflicto de EMVISESA no gira realmente en torno a la cuantía del salario, como en apariencia hace, sino en torno a la norma aplicable a la cuantía salarial –si la devengo o la del pago–, que es cosa distinta y se rige por el principio de jerarquía normativa. EL fulcro de la decisión estaría en torno a qué criterio fuera el determinante para seleccionar la norma aplicable, de manera que si eligiéramos el criterio del devengo estaríamos reconociendo el derecho a percibir los atrasos, mientras que si eligiéramos el del pago la norma aplicable sería entonces el RD-Ley.

Pero además, el principio de norma más favorable está sufriendo una fuerte



erosión desde hace unos años por parte de otro principio no mencionado en las normas laborales expresamente, pero que aparece en el importante artículo 84 ET y de manera menos clara en otros artículos del mismo cuerpo legal, cuando menciona por ejemplo la no afectación de los convenios de Comunidad Autónoma por los estatales o la superioridad de los convenios de empresa prioritarios. Se trata del principio de especialidad, a cuya virtud tendría prevalencia aplicativa la norma de mayor proximidad o cercanía a las situaciones contempladas. Ahora bien: por lo común, el principio de especialidad suele resolverse en Derecho del Trabajo conforme al criterio territorial, a tenor del cual prevalece el Convenio de empresa por encima del de sector, como vemos en el art. 84 ET, pero no es el único criterio utilizable. En el caso que nos ocupa, el Convenio de EMVISESA se firma en 2008, a las puertas de la crisis económica y financiera, mientras que el RD-Ley se dicta en plena onda depresiva, con cifras millonarias en desempleo y déficit público. La norma más cercana a la situación de 2012 es, desde esta perspectiva, el RD-Ley, que no por acaso se intitula "de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público".

DÉCIMOTERCERO. Hay otros dos principios a tener en cuenta en el conflicto que nos ocupa, cuales son el de *rebus sic stantibus* y el de irretroactividad. A virtud del primero, un contrato –y el convenio colectivo lo es, en cuanto firmado por ambas partes- no es exigible cuando la base del negocio queda destruída por una situación muy grave y completamente nueva e imprevista que destruye el equilibrio contractual. Eventualmente el principio ha aparecido en la jurisprudencia para validar alguna congelación salarial, como veremos después, a pesar de que la jurisprudencia civil clásica se ha mostrado muy reacia a aplicar el principio en supuestos de riesgo de empresa.

Verbo

El principio de irretroactividad opera en sentido inverso al acabado de ver, pues prohíbe la aplicación retroactiva de una norma, teniendo por precepto básico el del artículo 9 de la Constitución, a cuyo tenor se reconoce la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En el plano económico no sancionatorio la vertiente más conocida donde opera es en Derecho Tributario, donde los impuestos comienzan a aplicarse a las situaciones nacidas desde su promulgación, salvo excepciones. La aplicación de tal irretroactividad al conflicto que nos ocupa significaría enervar la eficacia *ex ante* del RD-Ley, pero no resolvería el problema principal, el de establecer la normativa aplicable, si la del devengo o la del pago. De todos modos en Derecho del Trabajo rige habitualmente el principio de retroactividad *in mitius*, o retroactividad relativa, en el sentido de que una norma comienza a aplicarse desde que entra en vigor a todas las relaciones existentes en ese momento, incluso las nacidas antes, las cuales cambiarán su régimen jurídico desde la entrada en vigor de la nueva norma con efectos desde esa fecha.

DÉCIMOCUARTO. Algunos elementos de juicio para la decisión que adoptaremos al final se encuentran ya en el elenco de normas y principios acabado de revisar, a despecho de su evidente desorden y amontonamiento



Nos queda por analizar la jurisprudencia para completar el argumentario jurídico que nos sirva para resolver el conflicto.

El Tribunal Constitucional (TC) ha mantenido con firmeza la jerarquía normativa de la ley sobre el convenio colectivo en multitud de sentencias, como por ejemplo las 177/1988, 171/1989, 92/1994, 62/2001 y Auto 34/2005. En ellas el TC no solo proclama el respeto debido por el convenio a la ley formal, sino también y más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico. Y en verdad que la ley marca los límites funcionales de los convenios de donde éstos no pueden salirse, si bien por otro lado existe un contenido nuclear en donde la ley debe dejar un espacio a la negociación colectiva so pena de incumplir el mandato constitucional de garantizar la fuerza vinculante de los convenios (art. 37 CE). La jerarquía normativa la ha defendido con energía en varios casos referidos a congelaciones y reducciones de condiciones de trabajo, si bien con argumentos diferentes.

Así, la sentencia TC 210/1990 resolvió el conflicto planteado por la promulgación de la Ley 4/1983, que implantaba la jornada de 40 horas, entrando en colisión con numerosos convenios que en ese momento aplicaban la jornada máxima anteriormente vigente de 42 horas. Frente al argumento contrario de que todo convenio es el resultado de un equilibrio contractual en el que se produce un *quid pro quo* que quedaría alterado profundamente si de improviso de restaran dos horas a la jornada, el TC resolvió que la ley había de aplicarse desde su entrada en vigor, sin esperar a que agotaran su duración los convenios en curso. "Del art. 37.1 CE no emana ni deriva -dice- el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio colectivo permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en la ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia. Finalmente -continúa- es cierto que la incidencia inmediata sobre un convenio colectivo en vigor de lo establecido en una ley posterior al mismo puede alterar lo que se ha dado en llamar el equilibrio interno del convenio y la concepción de éste como un conjunto integrado de prestaciones y contraprestaciones que se explican unas en función de otras. Ahora bien, y al margen de lo anterior, si se pudiera razonablemente concluir que el equilibrio interno del convenio ha quedado sustancialmente trastocado (...) no tendría como consecuencia la invalidación y/o inaplicación de la Ley, sino, en su caso, la readaptación del convenio a la vista del cambio del contexto legal en que aquél fue suscrito (...). En consecuencia, quien alegue y acredite que una Ley, dictada vigente el convenio colectivo, provoca el mencionado cambio absoluto y radical de las circunstancias, podría pedir la rescisión del convenio, pero en ningún caso pretender, con amparo en el art. 37.1 CE, la postergación de la plena efectividad de la norma legal". Para el TC, el principio de jerarquía postula por la aplicación de la Ley, y en caso de colisionar con el convenio, éste podrá ser readaptado a virtud de la implícita cláusula *rebus sic stantibus* (fdto. 3).

TC 210/1990

Pero el principio de jerarquía no se enfrentaba en ese caso al de norma más favorable, puesto que la Ley introducía justamente una reducción de la jornada máxima. Habría que esperar a otra situación más reciente y próxima a la que

nos ocupa, la congelación salarial de septiembre de 1996, cuando el nuevo Gobierno popular decidió congelar el salario de los empleados públicos para 1997, en abierta contradicción con los incrementos conforme al IPC previstos por el Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994 para el periodo 1995-1997. El argumento de Gobierno fue la necesidad de elaborar unos presupuestos austeros para poder cumplir con los criterios de convergencia con la Unión Europea que, entre otros asuntos, fijaba un déficit público no superior al 3 % del PIB. En sentencia de 7 de noviembre de 2000 la Audiencia Nacional anuló la decisión, pero la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 (R. 1074/2001) revocó la de la Audiencia al entender que las circunstancias de 1996 y 1997 habían sido muy diferentes a las existentes en el momento de alcanzarse el acuerdo de 1994, y se corría el riesgo de incurrir en un desequilibrio presupuestario. Hay también otros argumentos en la sentencia: "La cuestión de la reserva de ley, examinada en múltiples sentencias por el Tribunal Constitucional (sentencia 83/84, que sienta la doctrina general que se reiterará en las posteriores sentencias 99/87 y 178/89), reconoce que la legislación básica tiene que ver con la fijación de límites a las retribuciones complementarias a través de los Presupuestos Generales del Estado, siendo de aplicación el artículo 149.1.18 de la Constitución y así, la sentencia 63/86 del Tribunal Constitucional fundamenta en los artículos 149.1.13 y 149.1.18, la posibilidad de que se establezcan límites máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos y esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se reitera después en las sentencias constitucionales 96/90, 220/92, 62/2001 de 1 de marzo y 24/2002 de 31 de enero, impidiendo la aplicación de disposiciones o cláusulas que se opongan al tope o límite máximo fijado por la Ley estatal de Presupuestos Generales del Estado" (fdto. 18).

Ator

Posteriormente los sindicatos recurrieron ante el Tribunal Constitucional, que en auto de 31 de enero de 2005 (R. 33/2005) se apoyó de igual modo en la cláusula implícita *rebus sic stantibus* en el principio de jerarquía normativa para convalidar la decisión de no aplicar el Acuerdo: "el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, y así este Tribunal en su STC 210/1990 de 20 de diciembre lo estableció, con cita de las SSTC 58/1985, de 30 de abril; 177/1988, de 10 de octubre; y 171/1989, de 19 de Octubre".

La cuestión llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en dictamen de 10 de septiembre de 2008 desestimó la alegada violación del derecho de libertad sindical.

DÉCIMOQUINTO. La congelación salarial de 1997 se había instrumentado en la Ley de Presupuestos, por lo que todavía quedaba la duda de si el elevado rango de la norma estatal pudiera haber influido en la decisión de los tribunales. La duda quedó resuelta ya en plena crisis financiera actual por la controversia suscitada por el RD-Ley 8/2010 al reducir las retribuciones de los

empleados públicos un promedio del -5%, contraviniendo lo establecido en los convenios colectivos en vigor. El Auto TC 85/2011, de 7 de junio de 2011, respondiendo a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional entendió que el RD-Ley no afectaba a la fuerza vinculante de los convenios, ni siquiera de los que habían sido afectados por la reducción, pues éstos mantenían la fuerza vinculante propia de tales instrumentos, y tampoco regulaba el régimen general del derecho a la negociación colectiva. Tal doctrina ha sido luego seguida por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo convalidando los recortes en cadena de las leyes de presupuestos autonómicos y de otras normas similares, de las que citaremos las SS.TS. 19 de diciembre de 2011 (R. 64/2011), 10 de febrero de 2012 (R. 107/2011), 18 de abril de 2012 (R. 192/2011), 20 de abril de 2012 (R. 219/2011), 17 de mayo de 2012 (R. 252/2011), 22 de mayo de 2012 (R. 212/2011), 5 de julio de 2012 (R. 243/11), y 13 de junio de 2012 (R. 191/2011): el RDL 8/2010, vienen a decir, no regula el régimen general del derecho a la negociación colectiva ni la fuerza vinculante de los convenios, aparte de que como tiene declarado el TC es el convenio colectivo el que debe someterse a las leyes y normas de mayor rango jerárquico y no al revés, porque así lo impone el principio de jerarquía normativa.

Otras sentencias, como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de setiembre de 2012 (R. 4089/2012), han examinado la reducción del 5% para casos concretos de entidades como Telemadrid o Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y la han declarado inaplicable por la exclusión realizada por el mismo RD-Ley 8/2010, tanto *nominatim* como genérica de las sociedades mercantiles.

DÉCIMOSEXTO. El más reciente debate sobre recortes laborales se ha producido con motivo de la creación del llamado "convenio de empresa prioritario" y su supremacía en ciertos aspectos sobre los convenios anteriores, incluso de nivel estatal. El RD-Ley 7/2011, sobre medidas urgentes sobre la negociación colectiva, modificado por el RD-Ley 3/2012 y por la Ley 3/2012, ha suscitado una notable conflictividad inicial por las denuncias de la Administración laboral por ilicitud de convenios de ámbito estatal y sus normas estructurales, que hasta el momento ha generado una sentencia de menor rango pero de cierto nivel científico, por cuanto avanza un peldaño más sobre la jurisprudencia del TS que ya parecía consolidada. Se trata de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de setiembre de 2012 (R. 95/2012), sobre ilicitud del V Convenio Colectivo General del sector de Derivados del Cemento, cuyo supuesto de hecho se aproxima como ningún otro al que produce el conflicto objeto del presente laudo. El Convenio referido se había negociado antes de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012, pero se había firmado después, si bien retrotraía sus efectos hasta el 1 de enero de 2011, siendo así que el RD-Ley 3/2012 entró en vigor el 12 de febrero de 2012. En dicho Convenio, como también sucede en el que nos ocupa en el presente laudo –en el que ya se ha hecho referencia al informe jurídico de la empresa–, la representación de los trabajadores (CCOO y UGT) se oponían a la demanda de común acuerdo con las Asociaciones de Empresarios firmantes. Se da la circunstancia, aunque solo sea *obiter dicta* a nuestros propósitos, que no existía concurrencia

Apoyado

conflictiva alguna entre el Convenio General y algún convenio de empresa prioritario, puesto que según alegaban los sindicatos en el sector de Derivados no existen convenios de empresa. La sentencia de la Audiencia Nacional arguye los mismos razonamientos jurídicos que hemos visto utilizados por el TS, como no podía ser menos, y determina en base a ellos que los convenios han de ajustarse a la ley con independencia de que existieran con anterioridad, "porque tal es el juego de la jerarquía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico". Pero a partir del fundamento jurídico 4º inicia un interesante análisis de la retroactividad de las normas que tienen importancia para nuestro caso, aun cuando solo desde el punto de vista técnico, dado que el tribunal del que la sentencia emana carece de virtualidad doctrinal par crear jurisprudencia.

DECIMOSÉPTIMO. El principio de jerarquía normativa, dice la Audiencia Nacional, ha de conjugarse con otro principio general que inspira nuestro ordenamiento jurídico, positivizado en el art. 2.3 del Código Civil, a tenor del cual las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario. "Sin embargo, una cosa es que el RD-Ley no pueda aplicarse retroactivamente, y otra muy distinta que no despliegue efectos sobre una norma jerárquicamente inferior que sigue operando tras su entrada en vigor". La sentencia se acoge a la distinción entre diversos grados de irretroactividad, citando a doctrina científica, y distingue entre la de grado medio, a cuyo tenor la nueva ley regula los efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada pero solo cuando hayan de ejecutarse después de estar vigente la nueva ley, y la de grado mínimo, "que es la más generalizada en Derecho del Trabajo y que implica que la Ley nueva se aplica solo a los efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente la misma". Y cita jurisprudencia a favor de que la retroactividad mínima no incumple el principio de irretroactividad, por cuanto la incidencia en los derechos en cuanto a su proyección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad, según la sentencia TS. de 27 de junio de 2000 (R.J. 2000/5970), al encontrarse más próxima a la noción de efecto inmediato, pues la nueva regulación se aplica a los efectos que nazcan tras su vigencia, como indica la sentencia TS. 23 de setiembre de 1991 (R.J. 1991/6474).

V. Rodríguez

La sentencia de la Audiencia concluye el razonamiento del siguiente modo: "es decir que, con independencia de la fecha de suscripción del V Convenio (...) la nueva redacción del art. 84.2 ET vincula a este instrumento normativo pero solo a los efectos desplegados a partir de la entrada en vigor de la norma con rango de ley el 12 de febrero de 2012".

Si, como dice la Audiencia, la Ley nueva se aplica solo a los efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente la misma, los resultados para el conflicto de EMVISESA podrían ayudar grandemente a la solución de la controversia. Sin embargo aún nos queda un último tramo por salvar, puesto que por efectos del Convenio posteriores a la entrada en vigor del RD-Ley tanto podemos entender a los efectos nacidos antes pero

reclamados después como a los nacidos y reclamados después. Ese tramo habremos de resolverlo en solitario.

DÉCIMONOVENO. Hemos recorrido el panel de argumentos jurídicos aplicable al caso, desde la Constitución a las sentencias de los tribunales, y en él hemos advertido la existencia de principios superpuestos y sin armonizar, así como una jurisprudencia muy apegada al terreno y excesivamente conservadora, pues en su mayoría se limita a proclamar la prevalencia de la ley sobre el convenio sin siquiera haber advertido previamente que el artículo 3 ET establece la prevalencia de lo más favorable en el núcleo principal de las condiciones de trabajo, donde la ley solo establece estándares.

Una primera conclusión hemos de extraer después del debate técnico-jurídico, y es la de que en el conflicto sobre los desvíos salariales 2011 a partir del RD-Ley 20/2011 no tiene aplicación el principio de norma más favorable contemplado por el art. 3 ET, ya que en realidad no se discute aquí la cuantía del salario 2011, sino el pago de una parte del mismo en un momento posterior a dicho RD-Ley. Al no estar sometidos al principio de norma más favorable, recupera su lugar el principio de jerarquía normativa, por lo que lo establecido en el RD-Ley prevalece sobre lo pactado en el convenio.

Ahora bien: si se mira con atención la clase de concurrencia que aquí se dilucida, en realidad el Convenio no colisiona con el RD-Ley porque se limita a decir que el desvío del IPC correspondiente a 2011 forma parte del sueldo, mientras que el RD-Ley indica que "en el año 2012, las retribuciones no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011". De este modo, los salarios de 2011, incluyendo la desviación del IPC, no pueden experimentar alteración en adición, en la manera y con peculiaridades que la norma establece.

Artículo

Cabría oponer a lo anterior la afirmación de que la nueva norma se aplica desde el momento de su entrada en vigor y por ende regula desde ese momento los efectos posteriores de la norma anterior. Podríamos, en consecuencia, considerar como efecto posterior el de la proclamación del IPC-2011, que se produjo el 13 de enero de 2012 mediante resolución del Instituto Nacional de Estadística en el Índice General de Precios al Consumo para el año 2011. Y rebatir el argumento analizado en el fundamento jurídico Noveno de este laudo, de que el Ordenamiento se atine a la fecha del devengo para determinar la norma aplicable a la obligación, y no a la fecha de pago de la misma, con el contraargumento de que la publicación del IPC por el INE no corresponde a ningún pago, sino a la determinación de esa parte de la deuda salarial consistente en la desviación de precios. Determinación o concreción, en fin, podría ser entendida como el momento a partir del cual nace esa parte de deuda, y con ella el devengo, y en definitivas cuentas la aplicación del RD-Ley 20/2011.

El argumento no se acepta. El hecho de que la desviación del IPC se conociera ya entrado en vigor el RD-Ley no impide entender que la resolución del INE tiene valor meramente declarativo y no constitutivo y que la deuda salarial se

ha ido construyendo mes a mes del 2011 con la desviación correspondiente, que solo para evitar discrepancias queda cuantificada en la cifra definitiva proclamada por el INE, pero que también mes a mes han ido señalando el propio INE y otros institutos y organismos económicos y estadísticos. Si se quiere, podemos decir que la desviación existe desde que surge, y no desde que el INE hace el balance final como resumen de sus declaraciones parciales, que se componen de series mensuales y medias anuales, y que *publican* el IPC mensual con un mes de retraso y *adelantan* el IPC de cada mes el último día del mismo. El hecho de que el Convenio remitiera a la publicación anual y definitiva del IPC por el INE significa en puridad un doble ahorro para la empresa, que mantiene en caja los fondos de la desviación hasta el año siguiente y que evita posibles confrontaciones sobre la cuantía del desvío.

VIGÉSIMO. El segundo *petitum* del compromiso arbitral hace referencia a si deben o no actualizarse los salarios de 2011 para el 2012 en aquellos conceptos retributivos que se vean modificados.

La decisión de este árbitro se basa en el mismo argumento sustentado para resolver el primer *petitum*, a saber, que las desviaciones del IPC se producen y consolidan mes a mes, y que la decisión de transferir al dato final el momento de la liquidación y pago no puede hacernos olvidar que el devengo se ha producido al final de cada uno de los meses del año 2011 en los que se ha trabajado para la empresa.

Se aplica al respecto al artículo 32 del Convenio, que considera como salario a las desviaciones producidas en el año, y no el 3.2, que impone la revisión negociada de las condiciones económicas de acuerdo con lo que al respecto determine la Ley de Presupuestos o norma que lo sustituya. Ello es así porque el artículo 3.2 se refiere a negociar las condiciones futuras, mientras que de lo aquí tratado es de la consolidación para el futuro de las desviaciones producidas el año anterior.

En razón de lo expuesto, el árbitro designado por las partes

HA DECIDIDO

Primero. Procede el abono del 2,4 por 100 como salario devengado por la desviación del IPC del año 2011.

Segundo. Procede la actualización y consolidación para 2012 de la parte de salario devengada en 2011 por la desviación del IPC y cuantificada en el número anterior en el 2,4 por 100 del salario de 2011 para aquellos conceptos retributivos que se vean modificados.

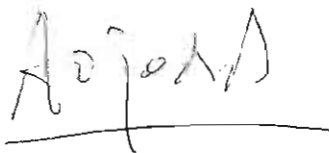
Art. 10.1



El presente Laudo Arbitral, de carácter vinculante y de obligado cumplimiento, tendrá la eficacia jurídica de un convenio colectivo, pudiendo impugnarse ante la Jurisdicción Social dentro del plazo y por los motivos establecidos en el art. 27 del Reglamento de Funcionamiento del SERCLA y en base al artículo 91.2 del Estatuto de los Trabajadores, RDL 1/1995.

Por el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía se procederá a la notificación del presente Laudo a las partes en conflicto, adoptándose las medidas necesarias para su depósito y registro.

Dado en Sevilla el 10 de diciembre de 2012



Firmado y rubricado: Antonio Ojeda Avilés

