

Expediente: SNC/04/2014/inapl/01

Asunto: Inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo

Solicitud:

Fecha: 7 de abril de 2014

### LAUDO ARBITRAL

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La empresa \_\_\_\_\_ cuenta con un centro de trabajo dedicado a la actividad de hostelería sito en la localidad de \_\_\_\_\_ (Málaga), siendo dicho establecimiento denominado \_\_\_\_\_

Las relaciones laborales entre la empresa \_\_\_\_\_ y los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta y dependencia de la misma en el centro de trabajo denominado \_\_\_\_\_ se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Málaga y provincia (Código de Convenio 2900945) publicado en el B.O.P. de Málaga el 28 de julio de 2006, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 1.1.a), 2 y 3.1.

Sin perjuicio de otras modificaciones, el citado Convenio Colectivo fue objeto de prórroga para los años 2010 y 2011 publicada en el B.O.P el 2 de septiembre de 2009, siendo publicada la revisión salarial y tablas salariales correspondientes al año 2010 en el B.O.P. de 31 de mayo de 2011. El 24 de octubre de 2012 se publicó en el B.O.P. el Acuerdo de la comisión negociadora sobre prórroga, modificación y revisión salarial (tablas salariales 2012-2013) del Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Málaga y provincia citado.

**SEGUNDO.** La empresa \_\_\_\_\_ dirigió el día 29 de octubre de 2012 al presidente del comité de empresa del centro de trabajo \_\_\_\_\_ al objeto de "*presentar formalmente la propuesta de la empresa para iniciar el procedimiento de descuelgue del convenio colectivo de Hostelería de Málaga*" tras la "*publicación el pasado 24 de octubre de 2012*" en el BOP de Málaga de las tablas salariales para 2012-13 y prórroga del convenio colectivo de referencia. La razón que se alegó era la situación económica negativa así como la disminución persistente del nivel ingresos y ventas.

En dicho escrito se relata el procedimiento de descuelgue seguido hasta esa fecha de la siguiente forma:

- a. Que el 14 de septiembre de 2012 se comunicó inicio de proceso de “descuelgue del Convenio Colectivo de Hostelería vigente y aplicable en esa fecha”. Hubo un período de consultas, iniciado el 17 de septiembre de 2012 y finalizado el 1 de octubre de 2012.
- b. Que la empresa puso a disposición la documentación justificativa de los motivos económicos alegados (sin especificarla).
- c. Que al no haberse alcanzado acuerdo, el día 2 de octubre de 2012 la empresa se dirigió a la Comisión Paritaria del convenio colectivo.
- d. Que transcurrido un plazo de 7 días sin que la Comisión Paritaria se pronunciase, la empresa procedió al descuelgue y a comunicar por escrito (el día 11 de octubre) la decisión a los trabajadores afectados, que consistía en lo siguiente:
  - Eliminar la Mejora del Plus de Transporte a todos los trabajadores cuya cuantía asciende a 102,52 euros mensuales.
  - Reducir la Paga Extra de Diciembre a 641,40 euros por 12 meses de trabajo.
  - Reducir la Paga Extra de Junio a 641,40 euros por 12 meses de trabajo.

A continuación la empresa concreta, en dicho escrito, la propuesta del nuevo procedimiento de descuelgue “*quedando las materias sometidas a descuelgue en la misma situación y cuantía que las determinadas...en fecha de...14 de septiembre de 2012*”, si bien ahora se hace mención, además de lo indicado para Mejora del Plus de Transporte y Pagas Extras, a que la inaplicación afecta a “*la subida del 0,5% en el salario y en los complementos salariales establecida en las tablas salariales publicadas con fecha 24 de octubre de 2012*”.

En cuando a la documentación económica justificativa la empresa indica en el citado escrito que se vuelve a poner a disposición la misma documentación que en el anterior período de consultas porque “*ha transcurrido únicamente un mes desde su comunicación y por lo tanto no haberse generado nuevos datos económicos*”.

**TERCERO.** El período de consultas constó de dos actas, una inicial del día 31 de octubre de 2012 y otra final del 16 de noviembre de 2012 donde se recoge que la empresa propone “*como última opción*” idéntica propuesta que la del escrito de 29 de octubre de 2012, finalizando sin acuerdo.

En el acta inicial de 31 de octubre de 2012 consta que “*por parte de la empresa se explican los motivos de índole económica motivadores del inicio de los trámites para el descuelgue...siendo aportada la documentación económica donde se puede comprobar el cumplimiento de los requisitos económicos exigidos para llevarlo a cabo*”. La documentación económica que se adjunta a la citada acta son dos folios que contienen el resumen de producción (en euros) a fecha de 31 de agosto de 2012 y su comparativa con

el año 2011, en la página nº uno consta una firma de miembro de comité de empresa que acredita su conocimiento, fechada el propio 31 de agosto de 2012. Dicho resumen de producción se refiere al Hotel

**CUARTO.** El día 11 de diciembre de 2012 se celebró reunión de la Comisión Paritaria del convenio colectivo del sector de la hostelería de la provincia de Málaga, del cual se pretendía la inaplicación, finalizando el acto sin acuerdo.

**QUINTO.** El día 4 de diciembre de 2012 la empresa comunica mediante carta a los trabajadores afectados que *“tras la imposibilidad de alcanzar acuerdo alguno con la representación legal de los trabajadores, procedemos a comunicarle que para el próximo año 2013 la empresa se descolgará del Convenio Colectivo de Hostelería de los siguientes conceptos Salariales... (plus de transporte y pagas extraordinarias de junio y diciembre en los términos antes expresados)”*.

**SEXTO.** El día 17 de diciembre de 2012 el sindicato CCOO presenta ante el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (en adelante SERCLA) escrito de iniciación de procedimiento de conciliación-mediación previo a la vía judicial con la pretensión de que se declare nula la decisión empresarial de descuelgue de convenio colectivo.

El día 18 de enero de 2013 se celebró acto ante la Comisión de Conciliación-Mediación del SERCLA finalizando el procedimiento sin avenencia.

**SÉPTIMO.** El día 19 de diciembre de 2012 el sindicato CCOO presentó demanda ante el orden jurisdiccional social sobre conflicto colectivo.

El día 20 de diciembre de 2013 la titular del Juzgado de lo Social número seis de Málaga dictó sentencia estimando la demanda interpuesta y declarando injustificado lo acordado por la empresa en escrito fechado el día 4 de diciembre de 2012, concretando en su fundamento de derecho segundo que *“no cabe ante la falta de acuerdo que la empresa pueda aplicar el descuelgue de forma unilateral”*, citando como apoyo la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 1 de marzo de 2013.

El 21 de enero de 2014 fue notificada la sentencia indicada del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, al menos al sindicato demandante.

**OCTAVO.-** El 11 de febrero de 2014 tuvo entrada en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (en adelante CARL) previa remisión por correo el 7 de febrero de 2014, un escrito de la empresa solicitando la resolución de discrepancias

surgidas en el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo iniciado el 29 de octubre de 2012.

En la alegación quinta de la solicitud se dice que *“adjunto al presente se aporta toda la documentación en relación al descuelgue, comunicación del inicio del periodo de consultadas, actas de desarrollo, acta ante la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de Hostelería de Málaga y acta del resultado del conflicto ante el SERCLA”*. En dicha documentación *“en relación con al descuelgue”* no figura documentación económica o contable alguna, salvo la mencionada en el antecedente de hecho TERCERO relativa al resumen de producción anexo al acta inicial del periodo de consultas fechada en 31 de octubre de 2012.

En la alegación sexta de la solicitud se dice que *“igualmente, esta parte aporta documentación económica aportada por la empresa al Comité de Empresa, donde se acreditan las graves causas económicas motivadoras del Descuelgue del Convenio Colectivo”*. Dicha documentación económica consiste en dos informes de auditoría de cuentas anuales, uno suscrito el 20 de noviembre de 2012 y otro suscrito el 21 de junio de 2013 conteniendo documentación relativa respectivamente a los ejercicios 2011 y 2012 (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto y la memoria normal del ejercicio anual).

El día 18 de febrero de 2014 el CARL formula requerimiento a la empresa para que subsane varias deficiencias relacionadas con la identificación del solicitante, representantes legales de los trabajadores y trabajadores, condiciones de trabajo afectadas, documentación relativa a las causas justificativas, así como la acreditación de entrega de documentación a la otra parte de la discrepancia. Concretamente el punto 5 del requerimiento hace mención a la ampliación de la documentación acreditativa de la concurrencia de causas económicas y el punto 6 a la acreditación de entrega de documentación a la otra parte.



El día 3 de marzo de 2014 tuvo entrada en el CARL (previo envío por correo el 26 de febrero de 2014) escrito de la empresa con documentación adjunta al objeto de cumplimentar el requerimiento formulado por el mismo. En cuanto al punto 5 del requerimiento la empresa amplía la documentación económica incluyendo, además de las cuentas anuales de 2011 y 2012, copia de la cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas de 2013 ya que *“las cuentas anuales del año 2013, no se aportaron a consecuencia de no estar disponibles a día de hoy, por lo que en su defecto ésta parte procede a aportar como documento adjunto...”*. En cuanto al punto 6 consta que el 25 de febrero de 2014 recibió la representación legal de los trabajadores el escrito de la empresa de solicitud al CARL y la documentación anexa, incluida la económica.



El día 4 de marzo de 2014 el CARL comunica al comité de empresa la posibilidad de formular alegaciones, las cuales se presentan el 11 de marzo de 2014.

El día 21 de marzo de 2014 el CARL, reunido en Comisión Permanente decidió por unanimidad designar a quien suscribe como árbitro de los previstos en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 (en adelante ET), en sus redacciones dadas por la Ley 3/2012 y Ley 1/2014, para dictar Laudo arbitral para la resolución de las discrepancias surgidas en el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo de referencia.

**NOVENO.** El día 31 de marzo de 2014 se celebró comparecencia, previa citación, con la presencia de ambas partes. En representación de la empresa compareció

\_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ En representación de los trabajadores comparecieron por el comité de empresa \_\_\_\_\_ por la sección sindical de CC.OO. \_\_\_\_\_ como asesores del sindicato CC.OO. \_\_\_\_\_

La representación empresarial se ratificó en el contenido de su solicitud, expuso como antecedentes la evolución en la gestión de los recursos humanos del Hotel \_\_\_\_\_ desde que empezó su explotación por la empresa, así como el incierto futuro en cuando a la resolución de las discrepancias con la inaplicación del convenio colectivo que la empresa estaba llevando a cabo toda vez que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga de 20 de diciembre de 2013 considera que no es firme porque hay planteado un incidente de nulidad que ha de ser resuelto por el propio Juzgado, así como el anuncio de recurso de suplicación que manifiesta haber formulado.

Por la representación legal de los trabajadores se hizo un recorrido por las distintas medidas de ajuste laboral que ha efectuado la empresa desde que en 2009 inició la gestión del Hotel \_\_\_\_\_ considerando que no está justificada la causa económica. A tales efectos presentan un documento conteniendo una serie de consideraciones para fundamentar sus posición haciendo constar que la documentación económica de 2013 se entregó al comité de empresa el 24 de febrero de 2014 y adjuntando diversos anexos con documentación contable, actas de reuniones, comunicaciones de la empresa, demanda, etc.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Competencia del CARL

Para que opere en las empresas la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, el artículo 82.3 del ET regula un procedimiento que puede discurrir por tres etapas sucesivas y derivadas cuya finalidad es obtener un acuerdo entre las partes antes de acudir a la decisión del órgano previsto en su penúltimo párrafo. En este caso las

tres etapas han sido cumplimentadas: una primera mediante celebración de un período de consultas con los representantes de los trabajadores que finalizó sin acuerdo (ver antecedentes de hecho SEGUNDO Y TERCERO), la segunda a través del sometimiento de la discrepancia a la Comisión Paritaria del convenio que resultó sin acuerdo (ver antecedente de hecho CUARTO), la tercera acudiendo al procedimiento para solución de discrepancias establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico, previstos en el artículo 83 del ET, en este caso el SERCLA (Acuerdo interprofesional de 3 de abril de 1996 publicado en BOJA de 23 de abril de 1996, y Acuerdo interprofesional de 4 de marzo de 2005 publicado en BOJA de 8 de abril de 2005), finalizando el acto sin avenencia (ver antecedente de hecho SEXTO). Sin embargo, existe una anomalía consistente en que la empresa no esperó a agotar las sucesivas etapas descritas y exigidas legalmente para lograr bien un acuerdo bien una decisión del órgano competente (de forma directa o a través de laudo arbitral), que le habilitara para la inaplicación del convenio colectivo sino que antes de acudir a la Comisión de Conciliación-Mediación del SERCLA había decidido unilateralmente y comunicado la inaplicación del convenio colectivo (ver antecedente de hecho QUINTO). Sin embargo, en lo que en a este fundamento de derecho interesa, debe considerarse cumplimentada esta tercera etapa, legalmente prevista para intentar un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, pues se abordó la inaplicación en el centro de trabajo Hotel del convenio colectivo del sector en la comparecencia de 18 de enero de 2013 en el SERCLA, aunque formalmente pudiera tener otro origen, una reacción sindical ante la decisión unilateral de la empresa de inaplicar el convenio colectivo, y otra finalidad, solventar una nueva situación conflictiva y subsidiariamente abrir la vía de la reclamación judicial, como luego aconteció.

La cuarta etapa puede abrirse como consecuencia de finalizar sin avenencia la reunión en el SERCLA. Esta cuarta etapa se pone en marcha porque, una vez superadas las tres anteriores, "cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma (de la discrepancia) a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (en adelante CCNCC) cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos" en virtud de lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 82.3 del ET. Haciendo uso de tal posibilidad, el 11 de febrero de 2014 tiene entrada en el CARL la solicitud empresarial de resolución de las discrepancias existentes en el procedimiento de inaplicación. Pero esa solicitud empresarial se caracteriza por dos notas, la primera de ellas es el transcurso de más de un año desde que se cerró la tercera etapa, al finalizar sin avenencia la comparecencia en el SERCLA el 18 de enero de 2013. La segunda nota es que la solicitud se presenta habiendo decidido la empresa unilateralmente con más de un año de anterioridad, el 4 de diciembre de 2012, la inaplicación del convenio colectivo, manteniendo dicha decisión a la fecha de la solicitud.

Para conocer si el CARL es competente para solventar la discrepancia en los términos del artículo 82.3 del ET hay que distinguir dos espacios temporales: desde el 4 de julio de 2013 y antes del 4 de julio de 2013, pues desde el 4 de julio hay una declaración expresa, contenida en normativa organizativa autonómica, con una finalidad exclusivamente

clarificadora a efectos de lo dispuesto por la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo (BOE del 16) que establece que la CCNCC podrá conocer de estas solicitudes si en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor las CCAA no hubieran constituido y puesto en funcionamiento un órgano tripartito equivalente y en tanto no se constituya.

El Decreto 69/2013, de 2 de julio, por el que se modifica el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, y los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, aprobados mediante Decreto 96/2011, de 19 de abril (BOJA del 4 de julio) establece en su Disposición Adicional Única que *"El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales es el órgano competente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para ejercer la función prevista en el artículo 82, apartado 3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo"*. Que la finalidad de la norma es clarificar quién es el órgano competente en Andalucía para casos como el que nos ocupa resulta patente porque el Decreto 69/2013 no es una norma que afecte a la constitución o puesta en funcionamiento del CARL, se trata simplemente de corroborar que su composición, competencias y funcionamiento, reguladas por la Ley 4/1983, de 27 de junio, son las idóneas para calificar al CARL como "órgano correspondiente en las comunidades autónomas" (en terminología del ET) u "órgano tripartito equivalente" (en terminología del Real Decreto-Ley 5/2013), en ambos casos por comparación con la CCNCC. En consecuencia, desde el 4 de julio de 2013 es meridianamente claro para la empresa que el CARL es el órgano competente a quien ha de dirigirse para solventar las discrepancias surgidas en el procedimiento previsto en el art. 82.3 del ET, pues el centro de trabajo afectado está ubicado en la provincia de Málaga. Pese a ello transcurren más de siete meses desde la publicación en BOJA y la entrada en vigor del Decreto 69/2013 hasta la presentación de la solicitud por parte de la empresa.

En cuanto a la calificación del CARL como competente para solventar este tipo de discrepancias con anterioridad al 4 de julio de 2013 es preciso concluir si existe esa similitud exigible por el ET entre la CCNCC y el CARL mediante el estudio de la composición, naturaleza y funciones de ambos órganos.

En cuanto a la composición y naturaleza de la CCNCC, la Disposición Final Segunda del ET lo configura como órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. En esta línea el apartado IV del preámbulo de la Ley 3/2012 se refiere a la CCNCC y órganos correspondientes de la comunidades autónomas resaltando que "se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española".

Por lo que respecta a la composición y naturaleza del CARL es perfectamente homologable a lo expuesto en el párrafo anterior para la CCNCC. En atención a lo dispuesto por los artículos 5, 15 y 17 de la Ley 4/1983 está integrado por 30 miembros, 10 designados por la Administración autonómica, 10 por las organizaciones sindicales más representativas y 10 por las organizaciones empresariales más representativas. En virtud de los artículos 10 y 14 de la Ley 4/1983 los acuerdos se alcanzan por mayoría absoluta de sus miembros. El CARL es un órgano colegiado adscrito a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (artículo 2.4 del Decreto 149/2012, de 5 de junio, publicado en BOJA el 13 de junio).

Respecto de las funciones de la CCNCC, y aunque no existe un paralelismo pleno porque ello supondría la invasión, confusión o duplicación de competencias, la comparación arroja una conclusión favorable a que se trata de "órganos correspondientes", tal y como se analiza a continuación:

#### 1º Función en la negociación colectiva

La Disposición Final Segunda apartado 1.a) del ET establece como función de la CCNCC la de asesoramiento y consulta sobre el ámbito funcional de convenios colectivos, convenio aplicable a las empresas y la consulta para la extensión prevista en el artículo 92 ET.

Por su parte, el artículo 3.2.d) de la Ley 4/1983 señala como función del CARL facilitar la negociación colectiva mediante los apoyos materiales y personales que posibiliten los más altos niveles de diálogo y entendimiento. Por otra parte la Orden de la Consejería de Empleo de 30 de noviembre de 2007 (publicada en BOJA el 21 de diciembre de 2007) designó al CARL como órgano consultivo competente para la emisión de informe en el procedimiento de extensión de convenios.

#### 2º Función científica

La Disposición Final apartado 1.b) del ET atribuye a la CCNCC la función de estudio, información y elaboración de documentación sobre la negociación colectiva, así como la difusión de la misma.

El artículo 3.2.c) de la Ley 4/1983 relaciona como función del CARL la de elaborar o promover dictámenes, estudios o estadísticas en materia de relaciones de trabajo. Obviamente dentro del concepto de relaciones de trabajo se incluye lo relativo a negociación colectiva. Una visita a la página web del CARL ofrece una idea de la ingente labor llevada a cabo por el mismo en cuanto a información, documentación y difusión en materia de negociación colectiva.

#### 3º Función arbitral

La Disposición Final apartado 1.c) del ET encomienda a la CCNCC la intervención en la solución de discrepancias por la inaplicación de condiciones de trabajo de acuerdo con el artículo 82.3 del ET.

Como se ha dicho más arriba, la intervención de la CCNCC u órgano correspondiente de la comunidad autónoma puede realizarse mediante la designación de un árbitro. Pues bien, el artículo 3.2.e) de la Ley 4/1983 indica como función del CARL la de facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo, incluyendo el ofrecimiento de mediadores y árbitros, pues lo tradicional es que las partes decidan de común acuerdo quién será mediador o árbitro. Ahora, ese ofrecimiento se ha convertido en la designación de un árbitro en los supuestos del reiterado artículo 82.3 del ET.

En atención a lo expuesto, la naturaleza, composición y funciones del CARL, en la triple dirección de la negociación colectiva, científica y arbitral, lo convierten en el órgano correspondiente a la CCNCC en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Pese a ello la empresa durante más de cinco meses, los transcurridos desde que se agotó la vía de solución ante el SERCLA (18 de enero de 2013) hasta el 4 de julio de 2013 (fecha de la entrada en vigor del Decreto 69/2013) no se dirigió al CARL para la solución de las discrepancias. Pero tampoco se dirigió a la Administración laboral, autonómica o estatal, formulando consulta con el fin de conocer cuál era el órgano competente en el caso que nos ocupa.

Por consiguiente, el CARL es órgano competente en los términos del penúltimo párrafo del artículo 82.3 del ET, no pudiendo la empresa justificar su inacción durante más de un año por razón de desconocimiento de tal competencia ya que a partir del 4 de julio de 2013 es pública y expresa dicha condición y con anterioridad no solo no presentó solicitud, por ejemplo con base en los argumentos anteriores, sino que no realizó consulta alguna al respecto a la Administración laboral, viéndose este argumento reforzado por el hecho de que decidió unilateralmente inaplicar el convenio colectivo con anterioridad a haber agotado el intento de acuerdo en el SERCLA, etapa preceptiva y previa a la entrada en funcionamiento del órgano de ámbito autonómico equivalente a la CCNCC.

## **SEGUNDO. Delimitación de la pretensión empresarial y efectos del laudo arbitral**



En este caso es importante concretar la pretensión empresarial en cuanto al ámbito temporal afectado por la misma, puesto que el lapso de tiempo que media entre la finalización de las etapas que se caracterizan por un intento de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores (período de consultas, comisión paritaria, SERCLA) y la solicitud al CARL para que se adopte una decisión al respecto, han sucedido dos hechos de vital importancia:



El primero de ellos es el transcurso de más de catorce meses desde que finalizó sin acuerdo el período de consultas (16 de noviembre de 2012) hasta la solicitud de la empresa al CARL (7 de febrero de 2014). Dicho espacio temporal es superior a un año si

se computa como término inicial la comparecencia sin acuerdo ante el SERCLA (18 de enero de 2013). En ambos casos se trata de un período muy amplio si se compara por ej. con la duración prevista legalmente para el período de consultas, que no será superior a 15 días (artículo 41.4 del ET por remisión del art. 82.3 del ET).

.- El segundo hecho es que la empresa decidió unilateralmente inaplicar el convenio colectivo mediante comunicación de 4 de diciembre de 2012 y que la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga dictó sentencia el 20 de diciembre de 2013 declarando *“injustificado lo acordado por la empresa en escrito fechado el día 04.12.2012”*.

Respecto del primero de los hechos descritos, el largo lapso de tiempo transcurrido hasta presentar la solicitud empresarial, ni el ET ni su desarrollo reglamentario establecen plazo alguno para someter la solución de la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. Por ello no se sustenta un pronunciamiento al respecto basado en una consulta al calendario. Sin embargo a nadie escapa la preocupación sobre la razonabilidad de la solicitud empresarial en cuanto al momento en que se formula.

El régimen de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en Convenio Colectivo es de naturaleza causal. El ET en su artículo 82.3 exige la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ¿pueden dichas causas modificarse a lo largo de más de un año? El preámbulo de la Ley 3/2012 establece la tramitación de tres *“vías autónomas”* de autocomposición antes de activar la vía decisoria del CARL. En consecuencia, para el ET lo preferible y prioritario es intentar el acuerdo entre las partes. Para procurar el acuerdo es necesario que la consulta a los representantes de los trabajadores se realice sobre la base de una información suficiente respecto de las causas y su *“conexión de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad”* con las medidas en que consista la inaplicación pretendida (ver Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2013, nº de procedimiento 316/2012 y de 11 de febrero de 2014, nº de recurso 356/2013). Durante los más de 12 meses que discurren desde el fin de la tercera y última vía de acuerdo pudieron cambiar sustancialmente las causas que en teoría justificaban la inaplicación del Convenio Colectivo de referencia, lo que hubiera supuesto desnaturalizar el período de consultas y demás vías autónomas de solución de la controversia.

En el sentido expuesto parece manifestarse el Preámbulo de la Ley 3/2012 cuando en su apartado IV expone el fundamento del contenido del Capítulo III de la citada Ley sobre medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción del empleo, entre las que se cita el recurso a reducciones temporales de salario. Dicho Preámbulo mantiene que el objetivo de tales medidas es favorecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. El trascurso de más de 12 meses para que la empresa formule

su solicitud al CARL permite poner en duda si las “*circunstancias concretas*” que motivaron la apertura del período de consultas se han mantenido idénticas en el devenir temporal. La argumentación de la representación de los trabajadores, puesta de manifiesto por escrito en la comparecencia ante este árbitro, en el sentido de que si la diferencia entre las pérdidas de 2012 y las sufridas en 2013 es de solamente de 28.000 € el problema no se debe a los salarios parece apuntar a que el contenido del período de consultas podría haber diferido un año después.

Por otro lado, la carencia de plazo fijado legal o reglamentariamente para acudir a la vía de solución de organismos como el CARL no debe implicar que se abandona a la libre y unilateral decisión empresarial la elección del momento en el que haga uso de la posibilidad legal prevista por el penúltimo párrafo del artículo 82.3 del ET. Por el contrario, hay que entender que dicho plazo está sometido a un juicio o al menos a una consideración sobre su razonabilidad. Así se ha puesto de manifiesto en las Decisiones adoptadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos recaídas en los expedientes 14/2013, 17/2013 y 21/2013, en virtud de las cuales se inadmitieron sendas solicitudes empresariales de inaplicación de Convenio Colectivo, basándose en el excesivo período de tiempo que mediaba entre la finalización de los mecanismos de autocomposición y la solicitud ante la misma.

Sin embargo, el motivo indicado no ha sido alegado por la representación legal de los trabajadores en la comparecencia celebrada ante quien suscribe y, en consecuencia, no corresponde resolver sobre el mismo considerado de forma aislada.

En cuanto al segundo de los hechos indicados al comienzo del presente fundamento jurídico, la decisión unilateral de la empresa de inaplicar el convenio colectivo con una antelación superior al año a la solicitud al CARL, y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga declarando injustificada la decisión, motivan alguna consideración al respecto.

Son reiterados los pronunciamientos judiciales sobre la imposibilidad de la inaplicación unilateral por la empresa del convenio colectivo en cuyo ámbito está incluida la misma, precisando que para los descuelgues de los convenios colectivos debe seguirse el procedimiento regulado en el artículo 82.3 del ET (ver Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2013, nº de recurso 344/2012). Si a pesar de la Sentencia recaída sobre el asunto y la consolidada doctrina judicial al respecto la empresa mantiene su decisión de inaplicación, al menos hasta la comparecencia arbitral, hay que plantearse si la solicitud empresarial al CARL tiene por objetivo principal convalidar una situación viciada. Sin embargo, un descuelgue convencional unilateral significa un incumplimiento del convenio colectivo aplicable que no puede subsanarse por un laudo arbitral a posteriori, que vulneraría el propio procedimiento legalmente previsto para su existencia.

El argumento anterior despliega su máxima intensidad si se relacionan los efectos del laudo con las condiciones que se pretenden inaplicar, pues estas son de contenido económico (salario en cuanto a las pagas extras e indemnizatorio en cuanto al plus de transporte), pues para el período anterior a la fecha de dictar el presente Laudo la empresa pretende una inaplicación o “descuelgue salarial” con efectos retroactivos.

El artículo 82.3 del ET establece que el acuerdo de inaplicación “no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio colectivo en dicha empresa”. Por tanto se fija legalmente un término final, pero nada se dice sobre el término inicial. A este respecto las resoluciones judiciales que se pronunciaron sobre el anterior régimen de descuelgue descartaban la retroactividad de los acuerdos de descuelgue salarial (el único previsto normativamente) por razones de seguridad jurídica. En este sentido se mantenía que no se podían afectar salarios devengados ni operar sobre condiciones que hubieran sido disfrutadas en años anteriores, concluyendo que la inaplicación operaba como expectativa de cara al futuro. Según recoge POQUET CATALÁ “la inaplicación del régimen salarial, esto es, los efectos del descuelgue no tiene lugar desde la mera puesta en marcha del procedimiento tendente a la consecución del descuelgue, sino que mientras se tramita el citado procedimiento se deben aplicar las condiciones del convenio colectivo, y solo cuando se llegue al acuerdo tendrá efectos el descuelgue” (STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 2002 (AS 2002, 2750), SSTSJ Andalucía, de 1 de diciembre de 2011 (PROV 2012, 60742), de 17 de enero de 2012 (PROV 2012 83023), de 8 de marzo de 2012 (AS 2012, 1361), SSTSJ Baleares, de 18 de febrero de 2002 (AS 2002, 1220), de 28 de febrero de 2002 (AS 2002, 1358).

En Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante TSJA) de 17 de enero de 2013 (JUR\2012\83023) y de 8 de marzo de 2012 (AS\2012\1361) se niega la posibilidad de efectos retroactivos de los “descuelgues” salariales al entender en el primer caso que *“El descuelgue salarial es una medida excepcional que supone dejar sin efectos unas retribuciones fruto de la negociación colectiva y que tienen carácter normativo, conforme al artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 37.1 de la Constitución Española ( RCL 1978. 2836 ), imponiendo una renuncia obligada de derechos a los trabajadores que está proscrita en los demás casos por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores... por lo que la solicitud que formula en el año 2.010 de descuelgue salarial para el año 2.009 en realidad pretende que se convalide su actuación irregular de no abonar a los trabajadores el salario que le corresponde, lo que la Sala no puede admitir de forma alguna”,* y en el segundo *“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...”*. Si bien estas sentencias se pronunciaron sobre un precepto convencional concreto y con una legislación previa a la vigente, ilustran sobre el derecho de los trabajadores a percibir el salario devengado, sin que una inaplicación de Convenio Colectivo pueda afectar al derecho generado consistente en la percepción del salario previsto en una norma, aunque esta sea de origen y naturaleza convencional. Los efectos de un “descuelgue” salarial son siempre futuros, en nuestro caso con posterioridad a la

fecha del Laudo y no anteriores o retroactivos porque ello supondría la supresión de un derecho reconocido normativamente, vulnerando con ello el principio constitucional de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Mucho más contundente y expresiva es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (AS\2013\1033), dictada estando vigente la Ley 3/2012, conteniendo un amplio estudio del mecanismo de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en Convenio Colectivo de acuerdo con lo dispuesto en el actual artículo 82.3 del ET (dejando a salvo la reforma operada en el mismo por el Real Decreto-Ley 11/2013). En dicha Sentencia se afirma con claridad que los efectos de un acuerdo de inaplicación (y por ende de un laudo arbitral que tiene la misma eficacia) no pueden tener efectos retroactivos en general y en particular respecto de los salarios aunque no se hayan percibido, pero sí hayan sido devengados: *“No se pueden atribuir efectos retroactivos al acuerdo de inaplicación de las condiciones, de modo que no puede afectar a, por ejemplo, salarios ya devengados, aunque aún no hayan sido percibidos, todo ello por el principio de seguridad jurídica y porque la «exégesis del precepto no permite un descuelgue salarial retributivo con carácter retroactivo, sino de futuro», pues de lo contrario, se obligaría a los trabajadores a devolver parte de los salarios recibidos. En definitiva, con la aplicación del descuelgue las expectativas del mismo son de futuro por cuanto no pueden operar sobre salarios o condiciones que han sido disfrutadas en los años precedentes, incluso aunque se trate de salarios ya devengados, pero no percibidos. Es más, la inaplicación del régimen salarial, esto es, los efectos del descuelgue no tienen lugar desde la mera puesta en marcha del procedimiento tendente a la consecución del descuelgue, sino que mientras se tramita el citado procedimiento se deben aplicar las condiciones del convenio colectivo, y sólo cuando se llegue al acuerdo tendrá efectos el descuelgue”*.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 29 de mayo de 2013 (nº de recurso 130/2013) cuando dice que la concurrencia de causa económica *“está prevista únicamente para los salarios no devengados, no contemplándose, de ningún modo, una reducción retroactiva de los salarios, puesto que no cabe reducir salarios de trabajos ya prestados, que han de retribuirse al precio convenido en el momento de la prestación”*.

En consecuencia, en el presente caso hay que concretar la petición empresarial a la inaplicación de condiciones económicas con efectos desde la fecha del presente laudo.

### TERCERO. Período de consultas

Ya hemos puesto de manifiesto el largo período de tiempo transcurrido desde el cierre del período de consultas (16 de noviembre de 2012) hasta la remisión empresarial del escrito inicial de solución de discrepancias (7 de febrero de 2014). Procede ahora hacer alguna consideración en torno a la validez del período de consultas y para ello nos basamos en

la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2013, nº de recurso 211/2013).

Según la citada sentencia, el árbitro puede pronunciarse sobre el período de consultas. En concreto su fundamento de derecho TERCERO parte de que ni la exposición de motivos ni los artículos 22 y 24 del RD 1362/2012, de 27 de diciembre, prevén que el árbitro deba *“pronunciarse sobre las irregularidades producidas en el período de consultas, lo que provocará, de aplicarse literalmente los preceptos aludidos, un vacío legal importante, puesto que la comisión o el árbitro no se pronunciarían sobre la vulneración de derechos fundamentales, que se haya producido en el período de consultas, sobre la insuficiencia de información o sobre la exigencia de buena fe durante el período de consultas, limitándose a realizar un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, lo que no parece razonable... ni puede ser esa la intención del legislador”*.

Por otra parte, la referida sentencia declara en su fundamento de derecho SEXTO que *“el período de consultas se constituye...en una manifestación específica de la negociación colectiva...que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente...que ... se entiende...a tenor con el 64.1 del ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen...si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida”*.

Pues bien, en el caso que nos ocupa hay que plantearse si un período de consultas celebrado con más de un año de antelación sobre la solución de discrepancias contenía la información económica suficiente para pronunciarse situación futura tan distante.

Sin embargo, el motivo indicado no ha sido alegado por la representación legal de los trabajadores en la comparecencia celebrada ante quien suscribe y, en consecuencia, no corresponde resolver sobre el mismo considerado de forma aislada.

#### **CUARTO. Alegaciones de la representación legal de los trabajadores.**

El 11 de marzo de 2014 se presentó al CARL escrito de alegaciones por parte de la representación legal de los trabajadores que es pertinente analizar.

La primera alegación consiste en que en el acta de 9 julio de 2012 ambas partes acordaron expresamente “no someterse a laudo arbitral”. Sin embargo dicha acta no se corresponde al presente procedimiento que se inició mediante comunicación empresarial de 29 de octubre de 2012, por lo que dicha alegación no puede prosperar.

La segunda alegación consiste en que la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 ya de Málaga ya referida no es firme. Sin embargo, ya se dejó constancia de que el presente Laudo no despliega sus efectos con carácter retroactivo y por lo tanto, no colisiona con el período temporal a que se refiere la Sentencia, dictada el 20 de diciembre de 2013, sin que la falta de firmeza de la misma exima a este árbitro de pronunciarse en los términos a que le obliga el ET, por lo que dicha alegación no puede prosperar.

La tercera alegación se fundamenta en la discrepancia sobre la existencia de causa económica, manteniendo que el resultado de explotación no depende de los costes de personal, sino de los gastos financieros de adquisición del inmueble, que no puede ser soportado por los trabajadores. Dicha alegación guarda relación con el pronunciamiento de este árbitro sobre las causas económicas que se realiza en el siguiente fundamento de derecho.

#### QUINTO. Causas económicas

El artículo 24 del RD 1362/2012 establece en su apartado 2 que el laudo deberá pronunciarse en primer lugar sobre la concurrencia de las causas alegadas, sean económicas, técnicas, organizativas o de producción, que den lugar a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo.

La empresa alega causas económicas.

Según el artículo 82.3 del ET se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios.

La cuestión es determinar en qué documentación justificativa de la causa alegada debe basarse el árbitro para pronunciarse sobre la concurrencia de la causa, en este caso económica.

Si este árbitro no quiere desvirtuar la letra y el espíritu de la ley no puede fundamentar su decisión en información de la que no se dispuso durante el período de consultas, pues en otro caso sustituiría el papel asignado a los representantes de los trabajadores en el período de consultas como manifestación de la negociación colectiva, vaciando de contenido este último derecho. Por consiguiente la información que ha de valorar este árbitro es lo que la jurisprudencia califica de "información suficiente" comunicada, conocida y debatida durante el período de consultas, salvo que sea complementaria o aclaratoria de lo ocurrido en dicho período de consultas.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente laudo, la única información económica que queda constancia que se manejara en el período de consultas y que, como tal, haya sido comunicada al CARL son dos folios donde se recoge el resumen de producción (en euros) cerrado a 31 de agosto de 2012 comparándolo con el 2011. Resulta evidente, por otra parte, que las cuentas anuales de 2012 con su informe de auditoría y la cuenta de pérdidas y ganancias de 2013 no estaban disponibles a la fecha de cierre del período de consultas, y que incluso el informe de auditoría con las cuentas anuales de 2011 se suscribió el 20 de noviembre de 2012, una vez cerrado el período de consultas. Este árbitro desconoce si antes del 25 de febrero de 2014 (fecha acreditada de recepción de documentación) la representación legal de los trabajadores tuvo conocimiento, con otro motivo, de la documentación económica de 2011, 2012 y 2013, pero no consta así en el expediente tramitado ante el CARL.

Si se considera el tiempo transcurrido desde el cierre del período de consultas (16 de noviembre de 2012) al de remisión empresarial del escrito de solicitud de solución de discrepancias al CARL (7 de febrero de 2014) no puede menos que calificarse de insuficiente la información económica que este árbitro debe circunscribirse a valorar para pronunciarse sobre la concurrencia económica, ya que desde el resumen de producción cerrado a 31 de agosto de 2012, sobre el que pivotó el período de consultas, hasta la remisión de la solicitud empresarial, los representantes legales de los trabajadores pudieron y debieron conocer la información y documentación económica de los años 2011, 2012 y 2013 antes relacionada en un período de consultas, permitiendo así que este árbitro pudiera estudiar dicha documentación y basar en la misma la constatación o no de la causa económica, lo cual tiene vedado en este momento.

En atención a lo expuesto y considerando que los efectos de inaplicación de condiciones económicas del convenio colectivo del sector de la hostelería de Málaga, establecidas por Acuerdo de la comisión negociadora sobre prórroga, modificación y revisión salarial (tablas salariales 2012-2013), publicado en BOP de 24 de octubre de 2012, solo pueden tener lugar a partir del día de la fecha de este laudo, quien suscribe no aprecia causa económica actual con el examen únicamente del documento "resumen de producción (en euros) a 31 de agosto de 2012 comparado con el año 2011" y circunscrito al Hotel Palmasol, que fue el único que consta en el expediente como conocido durante el período de consultas.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora en el presente laudo se toma la siguiente

## DECISIÓN ARBITRAL

No procede la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo del sector de la hostelería de Málaga y provincia (Código de Convenio 2900945), según el Acuerdo de la comisión negociadora sobre prórroga, modificación y revisión salarial (tablas salariales 2012-2013) publicado en el B.O.P. de 24 de octubre de 2012, referidas al plus de transporte y a las pagas extraordinarias de junio y diciembre, solicitada por la empresa \_\_\_\_\_ mediante escrito dirigido al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, con entrada en el mismo el 3 de marzo de 2014, de acuerdo con lo expresado en los cinco fundamentos jurídicos precedentes, especialmente en el fundamento jurídico quinto, por entender que de la documentación justificativa de la causa alegada no se concluye que concurra causa económica actual, al ser insuficiente la información contemplada en el período de consultas a la que debe limitarse este árbitro.

Sevilla, 7 de abril de 2014



Fdo: Víctor de Santos Sánchez

Árbitro designado por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores)

